

# Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário

*Diogo R. Coutinho*  
*Jean-Paul Veiga da Rocha\**

## Introdução

O histórico brasileiro de alta inflação legou-nos uma cultura jurídica acostumada com o controle de preços, em suas diferentes modalidades, como o tabelamento, o congelamento, a estipulação de tetos e diversas formas de reajuste e “achatamento” tarifário. Dependendo da conjuntura econômica,

---

\* Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e coorganizadores, com Mario Schapiro, do livro *Direito econômico atual* (Ed. GEN/Método, 2015). Este trabalho é uma síntese de estudos e pareceres jurídicos por nós elaborados, individualmente e em coautoria. Nesta versão excluímos tecnicidades e aspectos peculiares dos casos concretos analisados, procurando tratar de forma mais genérica do controle de preços no setor privado brasileiro.

nenhum setor, serviço público ou não, escapou ou escapa, ainda hoje, a ele. O enredo é recorrente: por meio de portarias, resoluções e congêneres, um órgão da administração pública homologa uma tabela de preços ou cria uma metodologia para seu reajuste. Às vezes, esse ato administrativo decorre de delegação legislativa. Outras vezes, tem a pretensão, de duvidosa legalidade, de impor autonomamente tal controle.

Há ainda as situações em que a própria lei diretamente estipula limites ou descontos obrigatórios para determinadas classes de pessoas, como é o caso da meia-entrada para eventos de cultura e lazer.<sup>1</sup> Por fim, é importante registrar que não somente mercadorias e serviços têm sido objeto, entre nós, de controle estatal, mas também o salário do trabalhador empregado. Tanto o congelamento de salários praticado pelos planos heterodoxos em contexto de crise monetária como a definição dos salários mínimos em tempos de normalidade são também importantes exemplos de intervenção estatal nos preços. Existe, portanto, uma importante agenda de reflexão teórica e prática sobre o tema. A ela não correspondem, porém, estudos e reflexões acadêmicos capazes de enfrentar esse clássico, crucial e fascinante tema de direito econômico.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, no presente trabalho nos dedicamos a uma hipótese bem específica: o pretense controle estatal, por meio de um ato infralegal, do preço de uma atividade econômica que não é juridicamente classificada como serviço público. Em que medida o Estado pode, em um caso como esse, impor preços-teto para, em nome do interesse público, disciplinar preços considerados inadequados ou abusivos pelas autoridades públicas? Que limites há para tanto? Além disso: o controle de preços adotado, se admissível, afeta contratos celebrados anteriormente? Por fim: o que pode ou deve fazer o Judiciário se o assunto a ele for levado?

## 1. A restrição da livre-iniciativa na ordem constitucional de 1988

Ao consagrar a liberdade de iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica, a Constituição de 1988 não deixou de prever hipóteses em que tal liberdade pode vir a ser restringida para que outros valores

---

<sup>1</sup> Além de diversas leis estaduais estabelecerem critérios (muito heterogêneos, vale dizer) para a cobrança de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens, foi editada uma lei federal a esse respeito: a Lei nº 12.933/2013, que passou a produzir efeitos a partir da edição do Decreto nº 8.537, de 5 de outubro de 2015.

ou finalidades, também consagrados constitucionalmente, sejam realizados. A liberdade empresarial, em outras palavras, não pode ser tomada em sentido absoluto, sendo esse o enquadramento constitucional no qual deve ser entendida, no caso brasileiro, a competência estatal para o controle ou fixação de preços no mercado.<sup>2</sup>

Pode-se, em outras palavras, afirmar que o controle de preços no mercado é admissível na ordem jurídica brasileira, a despeito da plena vigência do princípio da livre-iniciativa.<sup>3</sup> Isso não quer dizer todavia, como aqui pretendemos demonstrar, que tal controle possa ocorrer em qualquer caso e, em particular, que possa ocorrer de forma *permanente* e *generalizada* quando se tratar de uma atividade econômica desempenhada em regime de mercado. Há condições para sua admissibilidade e elas podem ser sintetizadas em três planos de análise: da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade.<sup>4</sup>

Da perspectiva da *legalidade*, o argumento segundo o qual pode haver controle estatal de preços no mercado decorre, no nível constitucional, do art. 5º, II e do art. 174.<sup>5</sup> Isto é: o Estado somente poderá, em consonância com as diretrizes da ordem econômica constitucional do país, estipular preços de atividades econômicas desempenhadas em regime de mercado se tal ingerência estiver respaldada em lei em sentido estrito, nunca com base, exclusivamente, em regulamentos ou decretos.

Isso equivale a dizer que, na ausência de previsão legal explícita, determina a Constituição, não pode haver congelamento, fixação, tabelamento ou controle de preços.<sup>6</sup> Dito de outro modo, a fixação de preços deverá ocorrer,

---

<sup>2</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: \_\_\_\_\_. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 102-103.

<sup>3</sup> Nesse mesmo sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 14, p. 1-28, 2002.

<sup>4</sup> Comparato, "Regime constitucional do controle de preços no mercado", op. cit., p. 109.

<sup>5</sup> Dispõe o art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*". Estatui, por sua vez, o *caput* do 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". (grifamos)

<sup>6</sup> Ainda que com base em lei, há quem defenda que tampouco é admissível a fixação de preços de forma ampla, irrestrita e ilimitada no tempo. Ver Comparato, "Regime constitucional do controle de preços no mercado", op. cit., p. 111. Sobre as distinções entre os termos congelamento, tabelamento, fixação e controle de preços como espécies da disciplina jurídica dos preços, ver GRAU, Eros Roberto. Notas sobre o ordenamento jurídico dos preços. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 27, p. 139-176, 1979 e GRAU, Eros Roberto. Tabelamento de preços. *Revista de Direito Público*, v. 21, p. 100-108, 1988. Neste trabalho, os termos fixação, regulação e controle de preços serão adotados primordialmente e de forma intercambiável.

se por intermédio de regulamentos, nos exatos termos previstos pela lei, sem deles se distanciar e sem jamais expandir seu alcance, suas hipóteses ou a duração da restrição à livre-iniciativa ali prevista. Na síntese de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “a conjugação da liberdade econômica com a legalidade representa, afinal, um conjunto de princípios e fundamentos que delineiam, juridicamente, o perfil constitucional das relações entre Estado e sociedade no que se refere à intervenção estatal na economia”.<sup>7</sup>

Da ótica da *igualdade*, o controle de preços de atividades econômicas desempenhadas em regime de mercado determina que a norma que vier a restringir a livre-iniciativa deverá fazê-lo, com base nos parâmetros legais, de modo a regular situações objetivas ou categorias de indivíduos, não casos particulares ou pessoas nomeadas.

Quanto ao plano de análise da *proporcionalidade*, é essencial que a fixação ou o controle de preços não seja desarrazoado, caprichoso ou arbitrário. Isto é, em se tratando da restrição de uma liberdade fundamental — a livre-iniciativa —, é imperioso que o controle de preços seja, cabendo o ônus argumentativo dessa decisão à autoridade pública, *apropriado* (ou *adequado*), *necessário* e *proporcional em sentido estrito*.

Um controle de preços *apropriado* traduz a ideia de que ele deve, tanto quanto se possa demonstrar, ser a medida capaz de alcançar a finalidade de *policy* (política pública) almejada. *Necessário* significa demonstrar que o controle de preços é a medida mais adequada à disposição da autoridade pública ou regulador, considerando os eventuais prejuízos aos atingidos e à coletividade em geral. Finalmente, *proporcional em sentido estrito* implica que a fixação de preços se justifique mediante um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental restringido (a livre-iniciativa) e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>8</sup>

No plano constitucional, a liberdade econômica é também referida no art. 1º, IV, que dispõe que os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa compõem os fundamentos da República. A ordem econômica engendrada pela Constituição de 1988, assim, reconhece a livre-iniciativa como direito fundamental, mas não deixa de situá-la no todo social e associá-la ao interesse

---

<sup>7</sup> “Congelamento de preços — tabelamentos oficiais. Parecer de Tercio Sampaio Ferraz Jr. disponível em: <[www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26](http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26)>.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, n. 798, p. 25, 2002.

da coletividade. Nesse sentido é que se pode dizer que a livre-iniciativa — assim como sua restrição na forma de controle de preços — está imbuída de valor social.<sup>9</sup>

Tais são, resumidamente, o quadro e as condições gerais a serem observados nos casos nos quais, sob a égide da Constituição de 1988, houver restrições à liberdade empresarial em nome de objetivos de interesse público.

## 2. O regime jurídico das atividades econômicas na Constituição de 1988

Pode-se dizer que desde a ótica da Constituição de 1988 as atividades econômicas enquanto *gênero* são passíveis de classificação em distintas *espécies*. Entre essas espécies podem ser mencionadas as seguintes: os serviços públicos (disciplinados pelo art. 175), os monopólios da União (o rol taxativo do art. 177), os casos, excepcionais, de atuação empresarial direta do Estado na economia (art. 173) e o *caso geral* das atividades econômicas desempenhadas em regime de mercado, disciplinadas e reguladas, entre outras normas, por aquelas contidas no art. 170, parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, bem como no art. 174, que dispõe que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.<sup>10</sup>

De qualquer modo, vale lembrar que a Constituição, a não ser excepcionalmente — como nos casos de monopólio do art. 177 ou nos casos de competências da União e dos Estados dos arts. 21 e 25 —, não enumera quais atividades econômicas, entre as inúmeras desempenhadas em uma economia capitalista complexa como a brasileira, se enquadram em que espécie ou regime jurídico.

---

<sup>9</sup> Para Eros Roberto Grau, o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social da livre-iniciativa* (e não os valores sociais do trabalho e a livre-iniciativa). O inciso IV do art. 1º da Constituição refere-se, para Grau, a uma garantia de liberdade amplamente considerada, pois considera o homem inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 191.

<sup>10</sup> Outras espécies associadas a setores específicos seriam, por exemplo, o caso da saúde (art. 199, *caput*: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”) e da educação (art. 209, *caput*: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:[...]”). Grifos nossos.

Por isso, na prática, é o regime jurídico legal que dá, sempre com base nos princípios e parâmetros constitucionais, contornos normativos mais nítidos e precisos à atividade econômica que se queira disciplinar ou regular. Se tal regime jurídico instituir, por exemplo, o instituto da concessão e criar um regime tarifário, poder-se-á concluir que se trata de um serviço público sujeito à incidência, entre outras, das normas do art. 175 da Constituição, bem como das normas específicas que ordenam a concessão de serviços públicos. Se a lei vier a prever a exploração direta de atividade econômica pelo Estado definindo o que vêm a ser, para dado setor da economia, imperativos da segurança nacional ou circunstâncias de relevante interesse coletivo, poder-se-á tratar de um caso excepcional do art. 173 (“Estado empresário”).

Vale sublinhar, ainda, que o fato de dada atividade econômica pertencer a uma categoria ou espécie, ou obedecer a um dado regime jurídico — um serviço público, por exemplo —, não é, de antemão, representativo do grau da intervenção pública ao qual ela ficará sujeita. Em outras palavras, serviços públicos, monopólios, casos de ação empresarial direta do Estado na economia ou o caso geral das atividades econômicas prestadas em regime de mercado podem — e assim tem sido — ser juridicamente regulados com diferentes graus de intensidade.

Exemplo patente disso é o setor de serviços financeiros, que não é, tecnicamente falando, um serviço público, a despeito de ser intensamente regulado pelo Estado em termos de preços (tarifas bancárias) porque existe adequada autorização legal, específica para tanto. Outro exemplo são certos serviços públicos que, apesar desse *status* jurídico, estão também sujeitos a um regime concorrencial de mercado, como é o caso dos serviços de telecomunicações (telefonia móvel, prestado em regime privado nos termos da legislação).

É nesse sentido que se pode dizer que, se, de um lado, a Constituição traz balizas a respeito dos múltiplos papéis do Estado na economia e, ao fazê-lo, delimita o campo de liberdade econômica privada, de outro lado, a lei é quem define de forma específica, em cada situação ou setor concreto da economia, quais os contornos da intervenção do Estado, a intensidade e a extensão da regulação econômica.

Por essa razão, a compreensão do regime jurídico da atividade econômica (em sentido estrito) cujo preço se queira regular demanda uma reflexão técnica capaz de integrar os ditames constitucionais relativos à ordem econômica ao respectivo regime legal. À luz dessa reflexão integradora é que devem ser, então, situadas e interpretadas de modo consistente as normas regulamentares que sobre tal atividade incidem ou venham a incidir.

### 3. O controle de preços e os contratos anteriormente celebrados

Cumpra, neste ponto, analisar especificamente a situação jurídica dos contratos *celebrados anteriormente à norma* que venha a criar o controle de preços, mas que ainda se encontram em plena execução. Poderiam as normas de controle de preço incidir sobre os contratos celebrados antes de sua edição? Trata-se do conhecido problema do tempo no direito, ou de direito intertemporal, ou, ainda, da *doutrina da irretroatividade do direito*.

Não é raro que os órgãos reguladores administrativos editem normas pretendendo aplicá-las de forma retroativa valendo-se de argumentos de eficiência técnica ou econômica, “interesse social”, “interesse público”, ou, ainda, recorrendo à conhecida noção de “norma de ordem pública”.

Entretanto, o *princípio da segurança jurídica* veda que o direito seja reduzido a mero instrumento de política econômica ou social.<sup>11</sup> Nesse sentido, a doutrina da irretroatividade do direito está exatamente a serviço da segurança jurídica: “o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos”.<sup>12</sup> A doutrina da irretroatividade está, em outras palavras, a serviço do próprio direito. Por isso, não é exagero afirmar que, a rigor, não há direito sem segurança jurídica, e que não pode haver segurança jurídica com retroatividade. Já o dizia, com todas as letras, Benjamin Constant:

A retroatividade é o maior dos crimes que o direito pode cometer; ela é o rompimento do pacto social, a anulação das condições que permitem à sociedade cobrar do indivíduo a sua obediência... A retroatividade retira do direito o seu caráter; o direito retroativo não é direito.<sup>13</sup>

No direito brasileiro, como é sabido, a doutrina da irretroatividade é expressada por meio da seguinte fórmula, com *status* constitucional:

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. Ver, também, TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>12</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 217.

<sup>13</sup> CONSTANT, Benjamin. *Le Moniteur Universel*, 1<sup>o</sup> jun. 1828. p. 754, col. 3, apud NEUMANN, Franz. The concept of political freedom. *Columbia Law Review*, v. 53-57, p. 907, 1953.

Art. 5º, XXXVI — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Embora, em suas minúcias, a doutrina seja complexa e comporte distintas versões — algumas delas incompatíveis entre si —, o que é mais relevante para esta reflexão é o que segue:

- (i) Apreender *qual versão* da doutrina da irretroatividade foi consagrada pelo STF, dado que ela está inserida no texto constitucional, cuja interpretação final é daquele tribunal;
- (ii) Delimitar a aplicabilidade dessa doutrina ao *campo regulatório*, ou seja, à extensa parcela da vida social regida direta e concretamente por *regulamentos*, ou seja, atos normativos com pretensão de inovar a ordem jurídica emanados diretamente da administração pública, e não do Poder Legislativo.

Em artigo sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes realizou uma valiosa síntese da jurisprudência do Supremo, especialmente a partir dos casos relatados pelo ministro Moreira Alves:

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ajuda a compreender a natureza constitucional do princípio do direito adquirido no nosso sistema. Resta evidente que, diferentemente do que ocorre em outros modelos, não há cogitar entre nós da invocação das leis de ordem pública para justificar a incidência imediata de leis novas. É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados.<sup>14</sup>

Este entendimento sobre a inconstitucionalidade da retroatividade mínima que viola um ato jurídico perfeito não se confunde com outro, do mesmo STF: o de que não se pode invocar o direito adquirido diante da alteração de situações estatutárias ou de institutos jurídicos em geral. Trata-se de situação distinta, para a qual o Tribunal fixou a tese de que não há direito

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. *Direito Público*, v. 1, p. 54, 2003.

adquirido a regime jurídico, sendo imediatamente aplicável a lei nova. Veja-se, por exemplo, o RE 94.020,<sup>15</sup> no qual o próprio ministro Moreira Alves sustentou ser constitucional a lei nova que alterara o regime jurídico de um determinado instituto — no caso, o da propriedade industrial —, criando novas exigências para evitar a caducidade de registros realizados antes da nova lei.

Há, portanto, uma peculiaridade do *estatuto contratual* que tem recebido tratamento diferenciado do STF.<sup>16</sup> Vejamos, por exemplo, o sintético e claríssimo voto do ministro Moreira Alves no RE 188.366:<sup>17</sup>

### Voto

Min. Moreira Alves (Relator):

1. Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade — a retroatividade mínima —, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração.

Essa orientação, que é firme nessa Corte, não foi observada pelo acórdão recorrido que determinou a aplicação das Leis 8.030 e 8.039, ambas de 1990, aos efeitos posteriores a elas decorrentes de contrato celebrado em outubro de 1989, prejudicando, assim, ato jurídico perfeito.

---

<sup>15</sup> RE 94020 (rel. min. Moreira Alves. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=187504&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%2094020](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=187504&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%2094020)>).

<sup>16</sup> Mendes, "Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil", op. cit., p. 35.

<sup>17</sup> RE 188.366 (rel. min. Moreira Alves, DJ, 19 nov. 1999).

O caso dizia respeito à legislação federal que havia determinado uma metodologia para o cálculo do preço das mensalidades das escolas privadas de acordo com os percentuais de reajuste mínimo mensal dos salários (Lei nº 8.030/1990 e Lei nº 8.039/1990). As leis cuja constitucionalidade se discutiu exigiam que o controle de preço fosse já implementado no mês de abril de 1990, incidindo sobre os efeitos dos contratos anteriormente celebrados — em abril, já havia começado o ano letivo, pois, como é sabido, os contratos entre pais e escolas costumam ser firmados no final do ano anterior, quando da matrícula.

O acórdão não traz dados históricos, mas sabemos que se trata de legislação do governo Collor, em particular leis resultantes de conversão de medidas provisórias. De caráter fortemente intervencionista, com grave restrição da iniciativa privada, da propriedade e da liberdade econômica, a primeira daquelas leis, a 8.030/1990, estipulava, logo em seu artigo 1º, que passavam a ficar “vedados, por tempo indeterminado, a partir da data de publicação da Medida Provisória nº 154, de 15 de março de 1990, quaisquer reajustes de preços de mercadorias e serviços em geral, sem a prévia autorização em portaria do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento”.

A segunda daquelas leis, com base na primeira, criava um fortíssimo controle de preço para as escolas privadas:

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 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.

Três elementos presentes no caso são importantes para a nossa análise, uma vez que permitem a generalização do critério. Em primeiro lugar, trata-se de *empresas privadas* no exercício de atividade de *interesse social*. Em outras palavras: como a educação é considerada pela Constituição um serviço essencial, o seu exercício pela livre-iniciativa, embora não se enquadre, tecnicamente, como serviço público — por não se tratar de concessão ou permissão, mas autorização para exercício de atividade —, tem indiscutível relevância para toda a sociedade.

Diante disso, o que fez o governo Collor? Com a finalidade de promover sua “política de estabilização de preços e salários”, entendeu que poderia utilizar o direito para instrumentalizar sua estratégia de combate à inflação à custa da livre-iniciativa e de outros princípios constitucionais relevantes.

O segundo elemento, explícito na decisão: a lei de política econômica, segundo o governo, seria de *ordem pública*, devendo incidir imediatamente sobre os efeitos de contratos já celebrados *antes dela*. Esse argumento é claramente rechaçado pelo voto do ministro Moreira Alves: o caráter constitucional da vedação da retroatividade impede que mesmo a chamada lei de ordem pública possa prejudicar o ato jurídico perfeito.

A respeito desse segundo aspecto da decisão, a doutrina do direito civil já há muito tempo esclarece que o princípio da não retroatividade não é, no Brasil, uma simples medida de política legislativa, já que possui natureza constitucional. Veja-se:

Não é apenas uma regra imposta ao juiz, a quem é vedado atribuir à lei efeito retro-operante. Mais longe do que isto, é uma norma cogente para o legislador, à sua vez proibido de ditar leis retroativas. Diferentemente daqueles sistemas que admitem possa o legislador manifestar claramente o propósito de impor às disposições legais efeito retroativo, aqui esta liberdade lhe é negada. Assim, a lei que tenha um tal efeito vem maculada da eiva de inconstitucionalidade [...].<sup>18</sup>

O terceiro elemento da decisão do STF a ser levado em conta no caso aqui tratado é o conceito de *retroatividade mínima*, que permite avaliar se houve ou não prejuízo ao ato jurídico perfeito. Como visto, de acordo com o ministro Moreira Alves, “se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração”.

O argumento aqui é muito claro: atingir os efeitos implica atingir a causa, o que consubstancia, sim, uma forma de retroatividade — e não apenas aplicar a lei nova de imediato a efeitos presentes e futuros. Se a causa é um ato jurídico perfeito, o controle estatal das mensalidades escolares, ao atingir os *efeitos* presentes e futuros do contrato — as mensalidades a serem pagas após a edição da lei que instituiu tal controle —, está efetivamente retroagindo. Essa modalidade de retroatividade, denominada de retroatividade mínima, também está vedada pela Constituição.<sup>19</sup>

A posição do ministro Moreira Alves, chancelada pela unanimidade pela Primeira Turma,<sup>20</sup> considerou o controle de preços uma violência contra o ato jurídico perfeito, ou seja, contra os contratos de prestação de serviços educacionais celebrados antes da edição da lei nova, ainda que seus efeitos — mensalidades ainda por quitar — se projetassem no período posterior à edição da lei nova.

A doutrina que se debruça sobre o direito administrativo também enfatiza a situação especial dos contratos em relação à lei nova. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, é taxativo, ao afirmar:

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. I: Introdução ao direito civil — teoria geral de direito civil*. Edição rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 123.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, ver RE 205.999 (rel. Min. Moreira Alves, DJ, 3 mar. 2000. p. 89).

<sup>20</sup> A Primeira Turma do STF era também composta pelos ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Com efeito: perante contratos seria ilógico que os vínculos formados corresse autonomamente sua sorte, regidos pela lei do tempo de sua formação, enquanto são alterados de imediato os efeitos jurídicos sob cujo patrocínio as partes buscaram a composição do negócio. A álea assim instaurada viria a constituir resultado literalmente antitético ao pretendido pela teoria do direito adquirido.<sup>21</sup>

[...]

Se a lei nova pudesse subverter o quadro jurídico dentro do qual as partes avençaram, fazendo aplicar de imediato as regras supervenientes, estaria negando sentido à própria essência deste tipo de vínculo, por instaurar resultado oposto ao que se busca com o instituto do contrato.<sup>22</sup>

Ora, insiste o autor, a ideia de estabilização do direito é inerente ao contrato.<sup>23</sup> Os particulares buscam, no contrato, uma fórmula jurídica que lhes permita a tranquilidade necessária para assumir compromissos para o futuro — comprometendo, para tanto, o investimento presente. Bandeira de Mello faz ainda uma importante observação: até mesmo Paul Roubier, consagrado jurista francês que era avesso à doutrina do direito adquirido, reconhecia em sua obra *Les conflits des lois dans le temps*<sup>24</sup> que os contratos deveriam permanecer sob a égide da lei antiga — o contrato, dizia Roubier, é “um bloco de cláusulas que não se pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi realizado”.<sup>25</sup>

O RE 188.366 confirmou, na verdade, as teses do STF anteriormente desenvolvidas na ADI 493.<sup>26</sup> No julgamento desta paradigmática ação, a partir do longo e erudito voto do ministro Moreira Alves, desenvolveu-se um profundo debate sobre a doutrina da irretroatividade. As teses que prevaleceram são as mesmas analisadas anteriormente.

A conclusão inafastável, portanto, é que o direito brasileiro consagrou a versão da doutrina da irretroatividade que não permite que a lei nova atinja

---

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido e o direito administrativo: uma nova perspectiva. In: \_\_\_\_\_. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 25. No mesmo sentido, discorrendo sobre o direito intertemporal das obrigações no plano do direito privado, Pereira, *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 136-137.

<sup>23</sup> Bandeira de Mello, “Direito adquirido e o direito administrativo”, op. cit., p. 24.

<sup>24</sup> ROUBIER, Paul. *Les conflits des lois dans le temps*. Paris: 1929. v. I, p. 587.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 599.

<sup>26</sup> STF, ADI 493, rel. min. Moreira Alves, *DJ*, 4 set. 1992. p. 14.089.

os efeitos pendentos (*facta pendentia*) de negócios jurídicos celebrados antes de sua entrada em vigor. Nem mesmo lei formal “de ordem pública” poderia estabelecer essa retroatividade mínima, pois o Brasil, ao contrário de alguns outros países, adotou a doutrina da irretroatividade com *status* constitucional, e não apenas em lei ordinária.

Ao perseguir seus objetivos de política macroeconômica ou de política setorial, ou, ainda, de regulação técnica, econômica ou social, intervindo na ordem econômica, não é facultado ao Estado dispor a seu talante das relações obrigacionais preexistentes legalmente estabelecidas. O direito, portanto, não pode ser instrumentalizado a pretexto de maximizar eficiências, combater a inflação, ou reduzir o chamado “custo Brasil”, de modo a atropelar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, violando a segurança jurídica.

### 3.1 A irretroatividade no campo regulatório

O segundo ponto a ser atacado na presente seção é se esse entendimento do STF é aplicável ao *campo regulatório*, ou seja, à parcela da vida social regida direta e concretamente por *regulamentos*, ou seja, atos normativos com pretensão de inovar a ordem jurídica emanados diretamente da administração pública, e não do Poder Legislativo.

No mundo contemporâneo, parcela enorme do direito vigente é produzida por delegação legislativa por agências reguladoras, comissões, comitês, conselhos, autarquias convencionais, bancos centrais e entidades públicas e paraestatais de todas as espécies — o que a literatura especializada chama de *instituições não majoritárias*.<sup>27</sup> “Reguladores produzem direito e nós não gostaríamos que fosse de outra forma” — afirmou, em importante artigo, Bruce Ackerman, em uma provocação sobre a necessidade de se levar a sério a metáfora do *quarto poder*, geralmente atribuída às agências reguladoras e ao banco central.<sup>28</sup>

A maior parte daquilo que nos acostumamos a chamar de direito econômico, portanto, é um conjunto normativo gigantesco, confuso e, não raro, contraditório de normas de distintas hierarquias emanadas de todas essas fontes. Obviamente, essa juridificação da vida social traz graves consequências

<sup>27</sup> Ver os estudos reunidos em THATCHER, Mark; SWEET, Alec Stone (Org.). *The politics of delegation*. Londres: Frank Cass, 2003.

<sup>28</sup> ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 693, 2000.

para o ordenamento jurídico e para a tarefa de seus intérpretes: diante dessa autêntica *inflação legislativa*, como garantir a unidade e a autonomia do direito, sem que ele se dilua nos casuísmos normativos, nos caprichos dos reguladores?

“Os conceitos dogmáticos e as doutrinas”, explica Tercio Sampaio Ferraz Jr., “*não constituem o sistema do direito, mas dirigem-no*”.<sup>29</sup> A autonomia do direito é reforçada graças à capacidade da dogmática de definir os seus próprios limites:<sup>30</sup>

Para solucionar as dificuldades localizadas numa complexa ampliação do horizonte futuro, a Dogmática tem acentuado o grau de abstração da sua conceitualidade. Em outras palavras, com o aumento de incertezas, uma resposta tem sido aumentar o nível de abstração. Por exemplo: dada a injunção de novas situações ditadas pelo crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico, a Dogmática Jurídica procura conceitos mais abertos, capazes de explicar a quebra de hierarquias normativas comum no Direito Econômico que parece revolucionar os velhos princípios da legalidade e da constitucionalidade.<sup>31</sup>

Nesse contexto, não somente é possível, como também se torna indispensável interpretar e aplicar as normas de direito econômico de acordo com o princípio da segurança jurídica — sem o qual o direito, como afirmou Benjamin Constant, deixa de ser direito. Suprimida da sociedade civil a blindagem da irretroatividade, o direito ter-se-ia transformado em outra coisa: num mero instrumento tecnocrático de regulação da vida social, sem legitimidade, sem previsibilidade — enfim, sem qualquer tipo de limite —, a serviço do governante ou do burocrata, independentemente de suas boas intenções.

Não é por outra razão que José Joaquim Gomes Canotilho, em parecer jurídico sobre o tema, alertou, citando e concordando com José Afonso da Silva, para o risco de não se interpretar de forma restritiva o texto constitucional brasileiro: “o operador deontológico da proibição não pode restringir-se a normas legislativas, abrangendo outros atos normativos (regulamentos, resoluções de entidades reguladoras)”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 105.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 97-98.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 191-192.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer jurídico: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, matéria ambiental*. São Paulo: Universidade Secovi, 2013. p. 19. Disponível em:

A pertinência desse posicionamento já consolidado na doutrina e na jurisprudência para o presente estudo é, como se nota, evidente: contratos celebrados antes da criação do controle de preços no setor não podem ter seus efeitos presentes e futuros atingidos pela nova lei, tampouco pelas normas regulatórias que pretenderam dar execução a tal controle.

Em outras palavras, o chamado Estado Regulador não pode se furtar ao cumprimento do princípio da segurança jurídica. Este último, em seu desdobramento na versão brasileira da doutrina da irretroatividade, de natureza constitucional, tal qual interpretada pelo STF, implica a intangibilidade das relações jurídicas privadas constituídas antes da alteração legal que pretendeu ressuscitar o vetusto *paradigma Sunab*.<sup>33</sup> Entender o contrário seria lançar a ordem econômica ao caos regulatório que, além de juridicamente ilegítimo, seria economicamente disfuncional e desestimulante, devido à insegurança e aos efeitos não pretendidos que provocaria em todos os agentes econômicos envolvidos. É neste ponto da argumentação que o tema clássico da segurança jurídica encontra uma importante reflexão da literatura especializada em regulação. Trata-se do tema do compromisso regulatório.

### 3.2 O compromisso regulatório e as consequências de seu abalo

Em determinados momentos históricos, o Estado define e permite que se cristalizem as *regras do jogo* regulatório. Trata-se de um momento em que se forma entre o poder público e os agentes privados o que se chama no

---

<[www.secovi.com.br/files/Downloads/parecer-juridico-webpdf.pdf](http://www.secovi.com.br/files/Downloads/parecer-juridico-webpdf.pdf)>. Canotilho faz referência a SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: \_\_\_\_\_. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Organização de Carmen Lucia A. Rocha. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 21 e ss.

<sup>33</sup> Fazemos referência à Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab), a autarquia que, de forma policialesca, vigiava os preços controlados pelo Estado, especialmente durante o Plano Cruzado. Desde então, as relações econômicas do país se modernizaram, substituindo o *paradigma Sunab* pelo paradigma da concorrência como maximizadora da eficiência empresarial e do bem-estar do consumidor. Controle de fusões e aquisições, combate aos cartéis e demais práticas anticoncorrenciais passaram a ser a estratégia mais importante para redução dos preços no Brasil, especialmente no setor privado. Desde a Lei nº 8.884/1994 (e, mais recentemente com a edição da Lei nº 12.529/2011), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ganhou nova dinâmica, bem como efetividade que nunca tivera, e vem se estabelecendo como um dos mais importantes órgãos de concretização da Ordem Econômica da Constituição.

jargão da regulação de compromisso regulatório (ou *regulatory commitment*).<sup>34</sup> É, assim, uma espécie de pacto inicial que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado de modo oportuno, e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações atabalhoadas costumam levar, dada a opção passada pelo financiamento privado da infraestrutura, a prejuízos para os cidadãos. Trata-se, portanto, de equilíbrio delicado a ser induzido pelo direito econômico: investimento excessivo pode levar à capacidade ociosa, mas, por outro lado, o subinvestimento pode gerar efeitos bastante negativos para determinado setor — inclusive a precarização das condições de oferta do serviço, como segurança, qualidade, continuidade etc.

Diante desse quadro, é de se entender o modo como o *abalo* do compromisso regulatório — tanto por parte do poder público como por parte da empresa privada — representa um risco para a regulação de serviços privados com relevância social. Além das consequências jurídicas que podem advir da modificação abrupta do regime jurídico dos contratos, há um efeito simbólico poderoso em países que dependem do ingresso e (em especial) da permanência de capitais privados para a ampliação da infraestrutura. A ameaça de mudança das regras com o jogo em curso pode sinalizar uma falta de comprometimento cujas consequências — que não se podem antecipar precisamente — envolvem aspectos outros de governo que não somente a regulação. Dito de outro modo, certas medidas regulatórias podem afetar a percepção de risco do agente e investidor privado que, por seu turno, se alastra contagiando outros investimentos presentes ou futuros em outros setores. O alerta para esse risco demanda a adoção de procedimentos cautelosos, embora não necessariamente ortodoxos ou conservadores, por parte do regulador, para que possa corrigir a rota de sua intervenção sem expropriar indevidamente rendas pactuadas.

Nesse contexto, pode-se dizer, em síntese, que a regulação presente opera de maneira limitada quando se trata de alterar ou modificar os termos do compromisso regulatório firmado e cristalizado no passado. Essa é a lógica econômica que explica a existência, na ordem jurídica, da ideia de proteção do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

---

<sup>34</sup> Sobre o compromisso regulatório, ver SPILLER, Pablo T.; VOGELSANG, Ingo. The institutional foundations of regulatory commitment in the UK: the case of telecommunications., *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 153, n. 4, p. 607-629, 1997; COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Insista-se, portanto, num ponto que é fundamental para a interpretação da ordem econômica constitucional: não se pode permitir — porque a Constituição não o autoriza — que o direito seja reduzido a mero instrumento de política econômica, com desprezo dos demais princípios e garantias constitucionais. Quando isso acontece, como ocorreu nos paradigmáticos casos VASP, Varig e Transbrasil, analisados infra, o governante nada mais está fazendo do que transferir para seus sucessores a conta do intervencionismo que violou os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da propriedade privada.

A jurisprudência do STF serve de alerta a essa recorrente prática: na falta de planejamento, ou mesmo de ideias inovadoras e de estratégias regulatórias sofisticadas, ressuscitar a antiga prática do controle de preços — uma técnica de direito econômico de natureza tipicamente repressiva, levada a cabo nos trágicos tempos de hiperinflação pela extinta Sunab.

Em recente decisão, no dia 18 de setembro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o direito da massa falida da Viação Aérea São Paulo S.A. (Vasp) a ser indenizada pelos prejuízos decorrentes do controle de preços pelo governo federal, especialmente durante o chamado Plano Cruzado (iniciado em fevereiro de 1986, no governo Sarney).<sup>35</sup> O congelamento das tarifas aéreas realizado pelo plano heterodoxo de estabilização econômica,<sup>36</sup> segundo o Tribunal, retirou “das empresas a faculdade de fixar e alterar tarifas de modo a manter a sua higidez financeira, forçando-as a operar em margem muitas vezes aquém da rentabilidade”.<sup>37</sup>

Tratava-se, no caso, de contrato de concessão de serviço público cujo equilíbrio econômico-financeiro fora rompido por normas de política econômica que visavam a combater a alta inflação do país. O dano foi comprovado nos autos por meio de dois laudos periciais. Embora o valor ainda não tenha sido calculado, o número divulgado pela imprensa alcança a cifra de R\$ 3,5 bilhões.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> STJ, Resp 1.248.237/DF, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, *Dje*, 1<sup>o</sup> out. 2014.

<sup>36</sup> Sendo mais preciso, o congelamento tarifário se estendeu até janeiro de 1992 — consubstanciou, portanto, uma técnica de direito econômico utilizada por todos os planos heterodoxos de estabilização, que deixaram graves sequelas jurídicas e econômicas: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990), Collor II (1991).

<sup>37</sup> Resp 1.248.237, voto do relator, p. 18.

<sup>38</sup> Ver: “STJ condena União a indenizar Vasp por Plano Cruzado. *O Estado de S. Paulo*, 18 set. 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,stj-condena-uniao-a-indenizar-vasp-por-plano-cruzado,1562297>>.

A decisão do STJ vem à tona em perfeita sintonia com outros dois casos similares, já julgados pelo STF, de duas companhias aéreas que, igualmente, já não mais existem: Viação Aérea Rio-grandense S.A. (Varig) e Transbrasil.

No caso Varig,<sup>39</sup> o STF, com os mesmos fundamentos do caso Vasp, inclusive prova pericial, condenou a União a indenizar a empresa. Segundo a imprensa, estima-se que o valor possa chegar a R\$ 6 bilhões.<sup>40</sup> Nos intensos debates ocorridos entre os ministros, os temas da segurança jurídica e da responsabilidade objetiva do Estado tiveram destaque. O acórdão publicado, com a transcrição desses debates, já pode ser considerado um dos mais importantes no campo do direito econômico, especialmente em relação ao tema da responsabilidade do Estado com base no risco administrativo, mesmo, vale notar, quando o controle de preços se deu por meio de intervenção estatal lícita.<sup>41</sup>

Este último ponto é relevante, se quisermos compreender como o STF desenhou os limites da intervenção do Estado na economia por meio do controle de preços. Considerando a complexidade do caso, a síntese abaixo pode ser útil para essa compreensão:

(i) O Tribunal, na decisão do caso Varig, não analisou a constitucionalidade nem a legalidade dos planos econômicos. Ao contrário, adotou como premissa sua licitude. Mais que isso, o Tribunal reconhece que o contexto econômico e social justificava esse tipo de intervenção estatal:

29. No período mencionado e submetidos aos cuidados desta ação, o País experimentava clima de tensão política, recrudesciam os problemas do cenário econômico nacional pela ausência de políticas públicas de longo prazo garantidoras do crescimento e da distribuição de renda e o irrefreável aumento da inflação, a qual, em fevereiro de 1986, atingiu o índice de 22,4% ao mês, passando a atuar cada vez mais como elemento desestabilizador da situação institucional interna e de enfraquecimento da posição brasileira na renegociação da dívida externa, como novos gravames a fomentar os riscos de instabilidade social e política.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> STF, RE 571.969, rel. min. Carmen Lucia, julg. 12.3.2014.

<sup>40</sup> Ver: Supremo determina pagamento de indenização bilionária à Varig. *Folha de S.Paulo*, 12 mar. 2014. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/03/1424515-supremo-determina-pagamento-de-indenizacao-bilionaria-a-varig.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/03/1424515-supremo-determina-pagamento-de-indenizacao-bilionaria-a-varig.shtml)>.

<sup>41</sup> STF, RE 571.969, voto da relatora, p. 24-25.

<sup>42</sup> STF, RE 571.969, voto da relatora, p. 20.

[...]

36. Repita-se: não se está a discutir a legalidade da decisão política pela qual se instituiu o Plano Cruzado; resultou ele de ato do Poder Executivo — Decreto-Lei n. 2.283, de 27.2.1986 e Decreto-Lei n. 2.284, de 10.3.1986 — e, obviamente expresso, seu objetivo era combater a inflação e resguardar a ordem econômica e financeira em benefício de toda a sociedade.<sup>43</sup>

(ii) O princípio da segurança jurídica perpassa todo o caso, tendo como seu desdobramento o princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo.<sup>44</sup>

(iii) A manutenção da *qualidade* na prestação do serviço — e, embora não ressaltado explicitamente pelos ministros, da *segurança* do transporte aéreo — impõe “a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, o que pode se dar por meio da repactuação, do reajuste, da revisão e da indenização”.<sup>45</sup>

Já no terceiro caso da série, o Transbrasil,<sup>46</sup> julgado anos antes (junho de 1997), a decisão seguiu o mesmo roteiro, embora os debates entre os ministros tenham sido bem mais sucintos. Segundo a imprensa, a indenização foi posteriormente utilizada pela massa falida para abater uma dívida de quase R\$ 800 milhões com o governo federal<sup>47</sup> — valor que certamente equivaleria, hoje, com juros e correção monetária, a uma cifra bilionária.

Em síntese, somente nos casos das três companhias aéreas, o controle tarifário decorrente da política econômica do governo representou um prejuízo de mais de R\$ 10 bilhões para o contribuinte brasileiro. Esse é o preço que a sociedade brasileira termina pagando por intervenções estatais pouco cuidadas na economia.

<sup>43</sup> STF, RE 571.969, voto da relatora, p. 29.

<sup>44</sup> STF, RE 571.969, voto da relatora, p. 19.

<sup>45</sup> STF, RE 571.969, voto da relatora, p. 19.

<sup>46</sup> STF, RE 183.180, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ*, 1º ago. 1997.

<sup>47</sup> Ver: STF retoma o julgamento sobre indenização bilionária da União à Varig nesta quarta. *Veja*, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/stf-retoma-o-julgamento-sobre-indenizacao-bilionaria-da-uniao-a-varig-nesta-quarta>>.

#### 4. Lições até aqui extraídas

Os três casos citados — que consolidam o entendimento do STF e do STJ sobre o tema — oferecem-nos lições importantes para o direito econômico como um todo, e não somente para as relações estruturadas por contratos de concessão de serviço público.

Em nome da brevidade, essas lições podem ser sintetizadas da seguinte forma, análoga à análise realizada supra dos casos:

(i) Mesmo admitindo-se a legalidade e a constitucionalidade do controle de preços decorrente de política econômica, a metodologia do cálculo do teto para os preços precisa ser muito bem fundamentada, para não ser contraproducente e danosa ao interesse público, ou seja, para que não afete a saúde econômica das empresas nem a qualidade e a segurança dos serviços, e para evitar futuras indenizações vultosas. Se isso é válido para o serviço público, que admite, como regra, o controle tarifário, muito mais válido será para o setor privado (ainda que de relevância social), no âmbito do qual o controle de preços deve ser *excepcional e temporário*;

(ii) O princípio da segurança jurídica — expressado na garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, no caso do serviço público — desdobra-se, no caso do setor privado, na proteção constitucional do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Mesmo admitindo-se a legalidade e a constitucionalidade do controle de preços, sua retroatividade é uma violência inaceitável, abrindo o caminho para o desequilíbrio econômico do contrato e conseqüente abalo do compromisso regulatório — que fora anteriormente celebrado pressupondo determinada remuneração —, e a conseqüente possibilidade de uma futura indenização a ser cobrada do governo pelos prejudicados.

A analogia não seria completa sem uma última diferença entre o contexto de hiperinflação dos casos das companhias aéreas e o período atual de normalidade macroeconômica. O controle tarifário imposto às companhias aéreas foi implementado em contextos dramáticos da sociedade brasileira: com grande tensão social e risco de instabilidade política e institucional,<sup>48</sup> como lembrou

---

<sup>48</sup> Uma pequena amostra do clima de tensão social vigente à época do Plano Cruzado pode ser vista num famoso vídeo em que o cliente de um supermercado, como “fiscal do Sarney”, decide “fechar” o estabelecimento “em nome do Presidente” e “em nome do povo”: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/plano-cruzado/fiscais-do-sarney.htm>>.

a ministra relatora Carmen Lucia, em seu voto no caso Varig, em trecho anteriormente transcrito. Tratou-se, portanto, de situação excepcionalíssima, em que os princípios da liberdade econômica e da propriedade privada foram, na prática, suspensos pela gestão tecnocrática da economia, a pretexto de se evitar o colapso do sistema econômico como um todo. Foi, por isso mesmo, uma medida de caráter geral, universal, aplicável a todos os setores da economia. Mesmo assim, o STJ e o STF entenderam que houve responsabilidade do Estado pelo prejuízo decorrente do controle tarifário, e que as indenizações bilionárias são devidas às empresas.

Ora, se até o controle de preço generalizado de toda a economia e, por assim dizer, *legitimado* pelo combate à hiperinflação, uma vez promovido de modo equivocado, pode gerar indenizações de vulto, muito maior é o risco de se criar tal passivo contra o Estado se o controle de preços for criado para um setor de iniciativa privada em períodos de *normalidade* econômica, como consequência de uma política *setorial* — e mais: num contexto em que o governo tem plena consciência da interpretação que o STF consolidou sobre a ordem econômica constitucional.

## 5. A revisão judicial de regulação econômica inconstitucional e ilegal

Esta seção dedica-se à questão da revisão judicial de atos regulatórios e, em particular, à hipótese de questionamento judicial de um novo regime regulatório instituído com a finalidade de criar o controle de preços em determinado setor privado.

Como visto, a fixação de preços deve, no caso brasileiro, atender a certos requisitos constitucionais — os já referidos planos da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Não verificando o Judiciário a observância de tais requisitos, ou mesmo de algum deles, não pode ele considerar constitucional a norma em questão. Mais do que isso: verificada a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou o desrespeito aos requisitos de igualdade ou proporcionalidade, o juiz deve anular a norma que fixa preços em desconformidade com a Constituição e com a lei.

Se forem constatadas a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da medida destinada ao controle de preços de atividade econômica desempenhada em regime de mercado, a única conclusão aceitável é a de que se faz necessária a decretação judicial da nulidade dos atos normativos que extrapolam os

limites constitucionais e legais de restrição da livre-iniciativa. Nesse sentido, na síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello, compete ao Judiciário, com fundamento constitucional no art. 5, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e no artigo 37 (princípio da legalidade), “fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que pareça como frontal violação da ordem jurídica”.<sup>49</sup>

Como se nota, sem que seja o caso de se indagar se a regulação de preços em questão configura um ato administrativo vinculado ou discricionário,<sup>50</sup> a decretação judicial de nulidade do decreto se faz mister por questões relativas a um juízo de legalidade e de constitucionalidade.

## 6. A revisão judicial do mérito da regulação econômica

A presente seção pretende desenvolver o argumento sobre a possibilidade de anulação judicial do controle ou tabelamento de preços inconstitucional ou ilegal em três passos:

- (i) supondo-se, apenas para efeito de raciocínio, que seja legal e constitucional determinado tabelamento de preços, torna-se necessário indagar sobre a possibilidade de controle judicial substancial, do conteúdo ou do mérito dessa medida regulatória, ou seja, da metodologia definida para o cálculo do preço dos serviços;
- (ii) a não ser em casos excepcionais e urgentes, a tarefa do Judiciário numa democracia não é substituir o regulador na estipulação de parâmetros técnicos ou econômicos, mas garantir sua legitimidade democrática — que a decisão

---

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 791. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica o atual sentido ampliado (para além de um controle meramente formal) da revisão judicial de atos da Administração: “[...] quando [...] à lei formal se acrescentam considerações axiológicas — o que aconteceu com a instauração do Estado de Direito Democrático — amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Desse modo, hoje, falar em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma ideia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, p. 3, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf)>.

<sup>50</sup> A questão da discricionariedade do ato administrativo será discutida no tópico seguinte.

regulatória seja adequadamente *justificada*, consistente de acordo com o estado da arte científico e tecnológico, coerente com a finalidade regulatória, com a política pública setorial específica ou com determinado *standard* ou parâmetro definidos pelo legislador, transparente em seus fundamentos, e elaborada com a máxima publicidade e participação possíveis dos interessados e da sociedade civil em geral;

(iii) se constatada, no caso concreto, a ausência dessas características no procedimento que levou à imposição do controle de preços, compete ao Judiciário anular o ato normativo que o instituiu e determinar que o procedimento seja *refeito* desde o início, com a máxima transparência e participação democrática possíveis, evitando as obscuridades que caracterizaram a gênese da fórmula atual e preservando as opções de *policy* definidas em lei pelo Poder Legislativo.

### 6.1 O juízo de admissibilidade

Um dos temas mais controversos no campo da regulação econômica, técnica e social é o alcance do controle ou revisão judicial dos atos dos órgãos reguladores. Já se tornou lugar-comum afirmar que o advento do *Estado Regulador*, em todas as democracias ocidentais, subverteu definitivamente a visão liberal clássica do princípio da separação dos poderes. Os órgãos reguladores de todos os tipos e níveis e o banco central, para alguns importantes constitucionalistas, tornaram-se, em seu conjunto, um autêntico *quarto poder*.<sup>51</sup> Diante desse agigantamento da burocracia reguladora e da multiplicação policêntrica dos regulamentos administrativos, o Judiciário foi historicamente convocado a ampliar e sofisticar o controle sobre o que a doutrina jurídica clássica convencionou chamar de *ato discricionário*.

Seria desnecessário reproduzir, aqui, todo o debate doutrinário sobre discricionariedade. O que importa, do ponto de vista prático e analítico, é compreender que, diante do ato administrativo regulatório que estipulou um regime inconstitucional ou ilegal de controle de preços, o Judiciário poderia adotar, pelo menos, quatro possíveis posturas.

A primeira delas, clássica, seria simplesmente negar de pronto a admissibilidade de ação judicial que questionasse a fórmula adotada pela autoridade administrativa: se a lei em questão concede à autoridade reguladora

---

<sup>51</sup> Ackerman, "The new separation of powers", op. cit.

competência para fixar preços, haveria discricionariedade administrativa para tanto. Seria uma situação de autocontenção extrema do juiz, que permitiria a atuação livre da administração.

A segunda possível postura, diametralmente oposta à primeira, seria o controle judicial profundo e abrangente do ato regulatório: o próprio juiz, substituindo o regulador, fixaria o preço, de acordo com critérios que ele elegeria como adequados. Seria uma hipótese de intenso ativismo judicial, ou de regulação judicial do setor.

Entre os dois extremos, duas situações intermediárias podem ser vislumbradas. O juiz poderia assumir o papel, por assim dizer, de *árbitro* no duelo entre *experts*: havendo conflito entre os pareceres econômicos ou laudos técnicos apresentados pelas distintas partes — regulador e regulado —, o juiz generalista escolheria o parecer ou laudo que lhe parecesse mais convincente, ou mesmo determinaria a realização de um terceiro parecer ou laudo, para depois definir nos autos o novo parâmetro técnico ou econômico a ser seguido.

Uma quarta possibilidade, também intermediária, seria de natureza *procedimental*. O juiz, nessa perspectiva, não tem a pretensão de substituir o regulador. Sua missão é garantir a legitimidade democrática da atuação regulatória. Em termos mais concretos, cabe ao Judiciário, ente outras tarefas, (i) verificar se o regulador foi fiel às finalidades e *standards* (parâmetros) da regulação estabelecidos na lei, o que inclui a estimativa do *impacto regulatório* da norma ou do ato regulatório produzido, (ii) checar se os procedimentos para a atuação regulatória foram respeitados — por exemplo, realização de consultas e audiências públicas com a devida publicidade perante os interessados e toda a sociedade civil; (iii) permitir o confronto dialético entre as justificativas técnicas e econômicas da atuação regulatória estatal e as opiniões profissionais de outras fontes, de modo a buscar o esclarecimento do estado da arte da ciência e da tecnologia que devem embasar a regulação; (iv) certificar-se de que a publicidade e a transparência permearam todo o processo administrativo que levou à decisão tomada, exceto nos casos específicos em que a lei expressamente determina o sigilo; (v) avaliar se, em seu conjunto, o resultado da ação regulatória atendeu a todas essas exigências, permitindo a caracterização do interesse público a partir da ampla e irrestrita participação de todos os interessados e de toda a sociedade civil. Sendo negativa a avaliação judicial, cabe ao juiz anular o ato administrativo, determinando que o regulador o refaça de maneira adequada.

Toda a história do controle judicial da regulação estatal na sociedade pós-liberal tem sido marcada pela alternância entre essas quatro concepções,

em meio à consolidação, em países que adotaram a jurisdição una — como o Brasil —, do princípio constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, art. 5º, XXXV).

Para o juízo positivo de admissibilidade da ação judicial que demande o controle judicial substancial, do conteúdo ou do mérito da medida regulatória discutida no presente estudo, basta que seja descartada aquela primeira concepção: a que afasta, desde o início, a revisão judicial, com base no argumento da discricionariedade administrativa, ou da discricionariedade técnica.

Mesmo os juristas mais apegados aos cânones clássicos não conseguem mais sustentar que a dicotomia discricionário/vinculado ainda seja adequada para resolver a questão da sindicabilidade dos atos regulatórios. O agigantamento da ação administrativa estatal no *Estado Regulador* e seu espraiamento por todas as dimensões da vida social tornaram praticamente obrigatória a ampla possibilidade de revisão judicial. Na tradição continental europeia, mais comum nos manuais de direito administrativo brasileiro, a evolução doutrinária deu-se no sentido de ampliar o exame judicial dos *motivos*, da *causa* e da *motivação* do ato administrativo.<sup>52</sup>

Essa evolução doutrinária decorre de um fato inegável: a ideia de um sentido, de uma intenção, ou ainda, de uma *finalidade* no direito é a expressão clara da tendência da evolução do direito administrativo. Essa tendência é o tema central, por exemplo, da obra de Jhering:

Tudo que encontramos no fundamento do direito deve sua origem a uma finalidade e existe para realizar alguma finalidade. O direito como um todo é simplesmente uma criação da finalidade [...]. É tarefa da ciência — tanto no que se refere à história da formação do direito quanto à formação da crosta terrestre — reconstruir os processos reais, por meio da ideia de finalidade. Para aqueles que não têm receio de investigar e refletir, é no campo do direito, como em nenhum outro, que a finalidade é preche de descobertas. Nisso consiste a mais importante tarefa da teoria da ciência do direito [...].<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade — discricionariedade — seus limites e controle. In: Bandeira de Mello, *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 56-80.

<sup>53</sup> JHERING, Rudolf von. *Law as means to an end*. Tradução de Husik Isaac. Boston: Boston Book Company, 1913. p. 330.

A delegação de poderes para os órgãos administrativos reguladores alterou o esquema clássico da separação dos poderes não somente pelo impressionante deslocamento de competências para a burocracia reguladora, mas também pela correspondente ampliação do controle judicial do quarto poder, de modo a garantir sua legitimidade democrática, especialmente o respeito à *finalidade da delegação* efetuada.

Diante desse verdadeiro quarto poder, o Judiciário não pode se omitir, sob o pretexto de evitar a revisão do mérito do ato administrativo discricionário: “tanto nos atos vinculados quanto no exercício de discricionariedade a lei reclama que seja exata e precisamente atendida sua finalidade”.<sup>54</sup>

No caso concreto em análise, seria o necessário indagar: qual a finalidade deste tabelamento? Ele atende à teleologia do marco jurídico e regulatório do setor de que se trata? Como foi definida a metodologia de cálculo que gerou a fórmula adotada? Qual seu impacto regulatório? Admitir que a resposta regulatória a essas e várias outras questões não pode ser desafiada no âmbito do Judiciário seria ignorar a dinâmica contemporânea do direito administrativo, menosprezando o papel do Judiciário não somente como guardião dos direitos constitucionais, mas também da efetividade das políticas públicas eleitas pelo legislador.

## 6.2 *A amplitude do controle judicial da regulação econômica, técnica ou social*

Ultrapassada a questão do juízo de admissibilidade, próximo passo é compreender sua profundidade. Entre as quatro concepções elencadas supra, aquela que melhor se coaduna com a configuração contemporânea da democracia e da separação dos poderes é a solução intermediária *procedimental*.

Há várias razões para essa visão ser adotada pela maioria das democracias avançadas e pela melhor doutrina contemporânea. Em síntese, a revisão judicial procedimental: (i) evita o risco do ativismo judicial patológico e disfuncional — um modelo em que o juiz substituísse o regulador trocaria a regulação sistemática de determinado setor econômico pela judicialização aleatória da política setorial, multiplicando a insegurança jurídica e ameaçando a consistência e o cumprimento da finalidade da regulação; (ii) evita o

---

<sup>54</sup> Bandeira de Mello, “Legalidade — discricionariedade — seus limites e controle”, op. cit., p. 77.

risco do desmonte de todo o aparato regulatório criado pelo legislador para tratar de determinada matéria; (iii) garante o amadurecimento do processo administrativo regulatório e sua própria legitimidade democrática, até mesmo pelo efeito *pedagógico* que pode exercer sobre o regulador, ao determinar que todos os aspectos procedimentais sejam cumpridos, de acordo com as melhores práticas internacionais, com o estado da arte da ciência e da tecnologia, com as exigências de publicidade e de transparência, além de garantir aos interessados e aos cidadãos em geral que sua voz seja ouvida em meio ao processo de tomada de decisão.

Nunca será demasiado insistir, em homenagem à clareza: a conclusão decorrente de todo o exposto até aqui nesta seção não é, de forma alguma, que o juiz substitua o regulador na estipulação de parâmetros técnicos ou econômicos, mas que o juiz garanta a legitimidade democrática da atuação regulatória — que a decisão regulatória seja adequadamente *justificada*, consistente — insista-se — de acordo com o estado da arte científico e tecnológico, coerente com a finalidade regulatória, com a política pública setorial específica ou com determinado *standard* ou parâmetro definidos pelo legislador, transparente em seus fundamentos, e elaborada com a máxima publicidade e participação possíveis dos interessados e da sociedade civil em geral.

## 7. Conclusão

O tema do controle de preços, como argumentamos no início deste trabalho, é clássico e recorrente no direito público e econômico brasileiro. Em diferentes momentos da história jurídica e econômica do país, questões envolvendo a liberdade econômica *vis-à-vis* sua limitação em nome do interesse público surgiram em inúmeros setores da economia, com uma série de consequências relevantes. Nesse contexto, não raro, sabe-se, iniciativas de controle de preço vêm alcançando atividades econômicas não sujeitas ao regime do serviço público — isto é, atividades econômicas desempenhadas em regime de mercado.

Ao longo deste estudo, argumentamos que a estipulação de mecanismos de controle de preços (entendido em sentido amplo) para tais atividades, apesar de juridicamente possível em tese, demanda que sejam atendidas exigências de diferentes ordens, seja no campo administrativo ou regulatório, seja no âmbito judicial.

Observar as exigências de fundamentação, legalidade, respeito aos contratos assinados anteriormente à instituição do novo regime de controle, bem como observar certos parâmetros na eventualidade de haver revisão judicial dos atos administrativos que instituem o controle de preço, é uma condição para que o interesse público possa vir a ser atendido sem a violação da liberdade econômica assegurada em nossa ordem jurídica. Neste estudo, procuramos contribuir para tornar mais claros tais parâmetros, levando em conta, entre outros elementos-chave, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto — crucial, mas nem sempre objeto de devida atenção na doutrina brasileira.