

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/Pr: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê –
Fone: (041) 352-1200 – Fax: 252-1311 - CEP: 80035-000
São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó
Fone/Fax: (011) 878-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454 Curitiba: Juruá, n. 1, 1999.
200 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito
constitucional – Periódicos. I. Título.

00351

CDD 342
CDU 342.951

Celso Antônio Bandeira de Mello¹

Ementa

Liberdade de iniciativa

Intromissão estatal indevida no domínio econômico.

Consulta

A Consulente está comercializando cigarros da marca LM em embalagens com 14 (catorze) unidades. O Secretário da Receita Federal ameaça aplicar pena de multa, fundado em que decorre de disposições normativas constantes do Decreto-Lei 1.593/77 e do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto 87.981, de 23/12/82, que os cigarros nacionais só podem ser vendidos em embalagens continentes de uma vintena. Ante o exposto indaga-se.

São compatíveis com a Constituição de 1988 disposições normativas das quais decorra proibição a que a Consulente comercialize cigarros em embalagens contendo número inferior a uma vintena, notadamente no que concerne à marca LM, ora vendida em embalagem contendo 14 (catorze) unidades?

À indagação respondo nos termos que seguem.

Parecer

1. A Consulente, PHILIP MORRIS, conforme resulta da Consulta, pretende, no exercício de *atividade comercial lícita*, ma-

¹ Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

nifestar sua “livre iniciativa” (CF, arts. °, XIII, 170, “*caput*” e parágrafo único) e fazê-lo de modo a poder disputá-la com os demais comercializadores de mercadoria da mesma natureza, em regime de “livre concorrência” (art. 170, IV). Para tanto, valendo-se de inventiva conatural à livre concorrência, dispôs-se a comercializar uma das marcas de seu produto em embalagens contendo 14 unidades.

A Receita Federal, invocando o Decreto-lei 1.593/77 e o Regulamento do IPI, ambos anteriores à atual Constituição Brasileira, pretende que lhe falece tal direito de exercitar a livre iniciativa e a livre concorrência traduzidas no aludido propósito, visto que o art. 6° do citado Decreto-lei estabelece que os cigarros de fabricação nacional serão distribuídos no varejo, *por vintena*, vinculada a marca à classe de preço em que for enquadrada. Aduz, ainda que, nos termos do art. 195 do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto 87.981, de 23/12/82, também anterior à Constituição, os cigarros nacionais só poderão ser vendidos ou expostos à venda, em maço, carteira ou outro recipiente que contenha *vinte unidades*. Estas as disposições de maior atinência com o tema trazidas à colação pelo órgão governamental.

Indaga-nos a Consulente, se é lícito ao Poder Público, ao dispor sobre questões tributárias, impor-lhe que comercialize seus produtos em embalagens contendo vinte unidades e impedí-la, conseqüentemente, de vendê-los em embalagens de menor continência.

2. Ao respeito desta pergunta poder-se-ia dizer o mesmo que disse o eminente ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, OROZIMBO NONATO, ao propósito de outra questão, mas na qual a resposta era igualmente óbvia: “*O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta negativa*”.

Com efeito, toda atividade lícita é exercitável livremente; todo trabalho, ofício ou profissão, respeitadas as condições de *habilitação profissional* estabelecidas em lei, é desempenhável sem cerceios estatais. Toda atividade econômica legítima pode ser empreendida de acordo com a *iniciativa livre do agente* e disputada

com quaisquer outros empresários, segundo a criatividade de cada qual, de molde a propiciar e incentivar a *concorrência livre* entre eles.

3. Não há confundir - como ao diante melhor se explanará - o poder e dever do Estado, aliás, inafastável, de expedir leis destinadas a prevenir, obstar ou reprimir danos que a ação econômica dos particulares poderia causar em detrimento de interesses coletivos - quais, "*exempli gratia*", os da segurança pública, da salubridade pública, do respeito ao consumidor, da proteção ao meio ambiente - com a expedição de normas interferentes com a *atividade econômica em si mesma considerada*; Isto é, com a espécie de bem produzido ou comercializado ou com a quantificação dele, seja em seu todo, seja nas partidas de venda.

4. É que o Estado em regime de livre iniciativa e livre concorrência - consagrados na Constituição do País - não pode interferir na atividade econômica *em si mesma*, desempenhada por particulares. Em sendo ela *legítima*, vale dizer, não proscria por lei, falece ao Poder Público a possibilidade de determinar a quantidade do produzido, ou de fixar o montante do produto a ser comercializado de cada vez e, como é de solar clareza, de quantificar as unidades que deverão ou poderão existir em cada embalagem.

É isto que resulta do Texto Constitucional Brasileiro, seja por força de reiteradas disposições específicas neste sentido, seja por força da globalidade do sistema que abraçou e cujo acolhimento desejou frisar. É o que a seguir se demonstra.

5. Dispõe o dantes mencionado art. 5º, XIII, da Lei Magna:

É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Esta, como as demais disposições constitucionais, existe não apenas para limitar a ação da Administração, *mas também e sobretudo para obstar que a própria lei venha a adotar disposições contrárias aos direitos que lhe confere os cidadãos*. Isso significa

que **nem a lei pode impedir** que alguém abrace dado trabalho, ofício ou profissão. A não ser assim, a garantia substanciada no art. 5º, XIII, seria um "*flatus vocis*", um nada jurídico, e com ela a Lei Suprema não estaria a oferecer a proteção que, ali mesmo, se propôs a dispensar aos cidadãos, pois sua efetividade não promanaria de seu comando, mas do amor ou desamor que os legisladores houvessem por tributar ao bem jurídico resguardado na Constituição. Ou seja: não existiria resguardo constitucional - inobstante estabelecido na Carta Máxima - mas apenas legal e nos termos em que a lei desejasse conferi-lo. Por isto, a lei não poderia "*exempli gratia*", proscrever a profissão de marceneiro, de ferreiro, de publicitário, de corretor de imóveis, de alfaiate, de enfermeiro, de balconista, de contador, de engenheiro, etc. Sem uma razão social valiosíssima, sem um fundamento incontendível, ser-lhe-ia vedado excluir do campo do legítimo o exercício de alguma atividade.

Tratando-se, pois, de atividade legítima - repita-se - a regra constitucional explícita é a da liberdade².

Fixados estes pontos, entende-se que o que a lei pode e deve fazer, conforme dicção do mencionado art. 5º, é fixar as condições de *habilitação profissional*. Com efeito, em tal caso não estará interferindo com a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, ou seja,

² - Subentende-se, evidentemente, que não pode ser abrangida na noção de ofício, trabalho ou profissão, empreendimentos social e juridicamente reprovados ou de natureza criminosa, como a de moedeiro falso, assaltante, proxeneta, espião a serviço de potência estrangeira, conspirador contra a estabilidade das instituições, etc. Não se diga que de toda sorte, é a própria lei quem definirá, a seu sabor, a delimitação do que é ou não legítimo. Pelo contrário, cumpre reconhecer que *nem mesmo a lei*, como dito, dispõe de discricção *total* para definir aqui o campo do lícito e do ilícito. Ao fazê-lo terá de respeitar aquele mínimo ético, aquele mínimo de correlação com a consciência social de seu tempo, absorvida implícita, mas inexoravelmente, na Constituição. É que todo e qualquer texto normativo se produz, se insere e se volta para uma dada Sociedade, encartado que está no tempo e no espaço *que lhe condicionam a produção e a própria inteligência*. O entorno espaço-temporal de qualquer norma condiciona sua compreensão e, pois, o alcance que possui.

com a essência destas atividades econômicas. Estará, apenas, em nome de valores sociais já aludidos - tais como a defesa do consumidor, a segurança, a salubridade - obstando que pessoas, *carentes de qualificações indispensáveis para o resguardado dos sobreditos bens jurídicos*, se abalancem a exercer tais atividades, dessarte, colocando em risco o próprio corpo social. Deveras, se alguém falto de habilitação para exercer a medicina, dispuser-se a fazê-lo, antes que resguardar a saúde dos pacientes, irá, ao menos segundo as probabilidades normais, agravá-la, quando mais não seja por distraí-la do tratamento adequado ministrável por quem se haja preparado com os conhecimentos científicos necessários. Se sujeitos carentes de formação apropriada e legalmente estabelecida, pudessem empreender a construção de casas, pontes, viadutos, instalações elétricas de usinas geradoras de energia, obviamente exporiam a riscos enormes a segurança de tais obras e a integridade física das pessoas. Daí a expressa ressalva constitucional no que atina ao exercício de atividades do gênero.

Os exemplos colacionados demonstram que não há confundir a estatuição de regras que objetivem compatibilizar a plena liberdade econômica e plena livre concorrência com a defesa de valores socialmente encarecidos na própria Constituição, com providências (nada importa se instauradas pela própria lei) que se proponham a interferir com o *conteúdo* mesma da atividade econômica em suas manifestações produtivas ou comerciais inerentes ao respectivo desempenho.

Ingerências desta última espécie teriam de ser consideradas como inconciliáveis com o regime de livre iniciativa e livre concorrência, pois seu objeto não seria a enunciação dos termos de defesa da Sociedade contra práticas agressivas a seu bem estar, mas uma tentativa de conformar atividades econômicas a projetos ou conveniências estatais, comportamento típico dos regimes autoritários e resquícios de um dirigismo econômico de índole fascista.

6. Mas, de fora parte o art. 5º, XIII, onde já se estampa o propósito de assegurar liberdade de atuação profissional às pessoas, a mais

explícita consagração da livre iniciativa e da livre concorrência na esfera econômica se encontra nos precitados arts. 170, “*caput*” e inciso IV, bem como no § 1º do preceptivo referido.

De acordo com o 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 valores da justiça social, observados os seguintes princípios:

I -;

II -;

III -;

IV - livre concorrência;

.....”.

Assim, de acordo com os termos constitucionais a eleição da atividade que será empreendida, assim como o “*quantum*” a ser produzido ou comercializado, tanto como, obviamente, a decisão empresarial sobre as específicas contingências das unidades de venda postas à disposição dos consumidores, resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-los **lhes advem diretamente do Texto Constitucional** e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista.

7. No passado, ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto, porém, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico - feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles - **pode impor-se como obrigatório para o setor privado**. É o que está estampado com todas as letras, no 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”.

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair, os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

8. Demais disso, a inclusão da “livre concorrência” com princípio da ordem econômica, pressupõe a disputa franca entre os empreendedores de negócios congêneres e avaliza o entendimento de que é disto que resultará, pelo incentivo à criatividade de cada qual e pela competição no respeitante a preços, o melhor atendimento aos consumidores, ao mercado, na medida em que dessarte engendra melhoria na qualidade do produto e custos menos elevados. Logo, sua adoção incompatibiliza-se visceralmente com tentativas do Poder Público de anular tais empenhos, de equalizar o comportamento dos agentes econômicos, de forçá-los à adoção de pautas - alheias à defesa ou salvaguarda de interesses coletivos - que lhes refreiem a inventividade e lhes coartem a liberdade constitucionalmente deferida e prestigiada.

É claro que, se fosse dado ao Poder Público ajuizar sobre a conveniência dos particulares decidirem sobre tais questões estar-se-ia desmentindo tudo o que consta dos artigos citados.

Por isto mesmo, as ingerências constitucionalmente admissíveis evidentemente não concernem aos **aspectos económicos propriamente ditos** da atividade empresarial, mas a aspectos relativos à sua adequada inserção no universo de valores sociais. Reportam-se, portanto, tão só e unicamente à compatibilização dos empreendimentos econômicos com exigências conaturais à segurança, à salubridade, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor e outros bens jurídicos que compõem a constelação de interesses coletivos. Ou seja: em nome da proteção dos diversos valores constitucionalmente encarecidos e amparáveis ao estado compete, por via das chamadas leis de “polícia administrativa”, expedir regras que os acautelem. Delas, é

certo, resultarão óbices impeditivos de que atividades econômicas se desenvolvam em contradição com tais interesses básicos.

Entretanto, justamente por ser esta - e não outra - a justificativa suscetível de legitimar ditas contenções, resulta, de um lado, que não são ingerências de **ordem econômica** e, de outro, que não serão admissíveis quando ausentes razões da natureza assinalada. Logo, só terão cabida quando irrompam para socorro dos sobreditos interesses e na medida necessária para tornar a atuação empresarial harmonizada com eles.

É o que ocorre, "*verbi gratia*", em relação a empreendimentos cujo desempenho é propício à geração de agravos ecológicos. O mesmo sucede, com relação à produção ou comercialização de determinados bens, tais os agrotóxicos, medicamentos ou alimentos industrializados, em que a lei subordina seu ingresso no mercado a exames ou demonstrações prévias de que não oferecem riscos à saúde e possuem níveis de qualidade adequados. O mesmo dir-se-á em relação a exigência de que produtos perecíveis sejam embalados com exibição clara do prazo de validade e em recipientes capazes de mantê-los em bom estado ou que produtos perigosos estejam envulcrados e transportados de maneira a não causar dano a quem os manuseie e a não por em risco a coletividade, como ocorre com os inflamáveis e explosivos. Como se vê, providências normativas da espécie cogitada são, do ponto de vista lógico e jurídico, tópicos perfeitamente distintos da ingerência na liberdade de iniciativa e de concorrência, porque não se reportam a elas *em si mesmas*, mas à sua localização harmônica no entorno dos valores sociais em que se encartam.

9. *É fundamental realçar, então, que tais normatizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos aspectos econômicos do empreendimento, pois, no que isto concerne os agentes econômicos são livres. Têm assegurado pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça apresentar-se-lhes-à com caráter meramente indicativo, não*

podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inciso IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes.

10. Assim, o que se haverá de examinar, em cada caso, é se a disposição legal produzida ou a ser produzida encontra assento prestante em um destes valores jurídicos que o Estado necessita manter a bom recato ou se, diversamente, ela revela simplesmente interferência em um campo de decisão empresarial, incursão na esfera de opção do agente econômico sobre a forma de conduzir o próprio negócio. É, pois, a existência ou inexistência de uma *consistente relação de causalidade* entre a providência tomada e a defesa de um bem jurídico essencial à coletividade o que, em termos práticos, permite visualizar concretamente se a disposição normativa ou infra-legal se adscreeveu à proteção de um bem jurídico que lhe incumbia acautelar ou se, pelo contrário, invadiu o setor impenetrável da livre iniciativa e da livre concorrência, esfera que o Texto Constitucional colocou a salvo de dirigismos estatais.

11. O que se vem de dizer só é excepcionado nos casos em que **a própria Constituição** entendeu de atribuir um regime especial para determinadas e específicas atividades econômicas que, dessarte, foram isoladas do regime pertinente à generalidade delas, porque a Lei Magna considerou-as *merecedoras de tratamento peculiar, excepcional*. É o que foi especificamente feito para as atividades financeiras, de seguro e capitalização, como resulta do art. 192, incisos I e II e para os empreendimentos privados no setor de ensino, conforme determina o art. 209, II. São, pois exceções confirmatórias da regra.

O caso concreto

12. O caso vertente exhibe situação paradigmática em que as normas coartadoras não concernem à defesa dos bens jurídicos aludidos. Não há relação de pertinência lógica alguma entre os valores

defensáveis pelas chamadas leis de “Polícia” e a fixação do número de unidades obrigatórias em um maço de cigarros. Pelo contrário, como ao diante se dirá, a estipulação em causa segue, até mesmo, rumo antagônico ao que resultaria de alguma preocupação vinculada aos valores que poderiam, quiçá, ao menos explicar alguma ingerência estatal no setor.

Para bem exhibir a completa falta de correlação lógica, de justificativa, de pertinência entre as normas questionadas e algum interesse jurídico valioso, capaz de supedanear providência normativa vinculada a interesses jurídicos essenciais como os já referidos (segurança pública, higidez ambiental, defesa do consumidor, salubridade pública), ou, ainda, com tranqüilidade pública, moralidade pública, etc., bastaria formular-se a seguinte indagação:

O que supeditaria a imposição de venda ou vinte unidades por embalagem e não vinte e cinco, dezessete, onze, ou trinta e duas, por exemplo? Qual o vínculo racional que associaria quaisquer daqueles valores básicos mencionados a um destes números supostos ou à *vintena* mencionada nos diplomas em questão?

Evidentemente, nenhum.

13. O número em questão foi aleatoriamente decidido. Antes, nada mais fez que tomar em conta o *hábito, o costume* das *próprias* empresas fabricantes do produto. É dizer: algo decidido por elas mesmas, segundo conveniências mercadológicas, tradições prevalentes em dado tempo e **não, pois, com base em algum critério estabelecido por pautas *externas* firmadas em vista dos bens jurídicos cuja cura incumbe ao Estado.**

14. Assim, nenhuma dúvida ou entredúvida pode pairar em que, no caso vertente, ocorre de maneira clara e induvidosa uma injustificável intromissão na esfera da livre iniciativa e da livre concorrência, uma investida inadmissível no campo de livre decisão dos agentes econômicos, pois não comparece fator algum relacionado com a proteção dos interesses que consubstanciam a natureza da regulação pertinente e legitimam a ingerência estatal.

De resto, como dantes se antecipou, a disciplina legal “*sub examine*” segue, até mesmo, vetor antitético ao que resultaria das campanhas governamentais contra o fumo. Notoriamente, o conteúdo do maço ou carteira de cigarro serve de referência para o consumo diário dos fumantes (todos que fumam bem o sabem) e de alerta para que se mantenham dentro de certos limites. Cumpre psicologicamente a função de delimitar um ponto a não ser ultrapassado. Não raro, os que querem melhor controlar-se ou diminuir o número de cigarros fumados servem-se de cigareiras que preenchem com quantidade *inferior* à vintena, no afã de reduzir paulatinamente a quantidade de unidades por dia (O próprio subscritor deste parecer assim o faz...).

Donde, embalagens com quantidade algo inferior à vintena concorrem na mesma direção estimativa das campanhas contra o fumo, presumidamente defensivas da saúde, ao passo que a obrigatoriedade da vintena imposta pelo decreto-lei e normas a ele subalternas - contradita tal orientação.

15. - Note-se, derradeiramente, que o que concerne à esfera de interesses tributários, que são os abrigados nas regras em questão, é a estatuição de referenciais para a incidência de tributos, o que *de modo algum se confunde com a fixação do conteúdo de unidades em embalagens comerciais*, que isto é opção livre do empreendedor. Também não se justificaria que, para compor facilidades ao Fisco - as quais, de resto, poderiam indiferentemente ser obtidas por formas não invasivas da liberdade negocial - ficassem sacrificados bens jurídicos qualificados como primordiais no sistema constitucional brasileiro, como ocorre com a livre iniciativa e a livre concorrência, dado que foram erigidas, respectivamente, em um dos *fundamentos da ordem econômica* e em um dos *princípios* dela.

16. Ao fim e ao cabo não há senão dizer que disposições do teor das questionadas representam um anacronismo, uma expressão de concepções superadas, adversas ao que se entende, como “modernidade” econômica.

A partir da Constituição de 1988, sobreposse em vista do art. 174, que fulminou qualquer veleidade de subordinação dos empreendimentos econômicos privados aos planejamentos governamentais da economia, não mais se pode sustentar a sobrevivência de disposições arrimadas em uma concepção autoritária e “dirigista” de esfera econômica e que despiciendamente coartam a livre ação empreendedora dos particulares. Tais disposições estão hoje caducas. Já foram vencidas pela realidade dos tempos hodiernos e, em sintonia com eles, também pelo Texto Constitucional vigente.

17. Isto tudo posto e considerado à indagação da Consulta respondo:

O Decreto-lei 1.593/77, no que concerne à imposição de que os cigarros de fabricação nacional sejam distribuídos por classes de preço de venda no varejo “por vintena”, bem como a disposição do art. 195 do Regulamento do IPI (aprovado pelo Decreto 87.981/82), segundo o qual os cigarros nacionais só podem ser vendidos ou expostos à venda em maço, carteira ou outro recipiente que contenha vinte unidades, tanto quanto qualquer norma inferior que estabeleça equivalentes imposições, *são inconviventes com a Constituição Brasileira de 1988, porque interferem invalidamente com a livre iniciativa e a livre concorrência*. Por tal razão não mais podem prevalecer nem ser causa de restrições à comercialização de cigarros em embalagens contendo catorze cigarros, como pretende o Consulente em relação a uma de suas marcas.

É o meu parecer.

São Paulo, 22 de dezembro de 1997.