

A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor das Faculdades de Direito da UFRJ
e da FUC

SUMARIO

1. *Introdução. Razão de ser do tema*
2. *Pressuposto metodológico. O direito como sistema*
3. *Os princípios gerais do sistema jurídico*
4. *Sistema econômico e sistema jurídico*
5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*
6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*
7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

1. *Introdução. Razão de ser do tema*

A finalidade deste ensaio é desenvolver uma reflexão crítico-jurídica acerca de um dos mais importantes princípios de ordem econômica e social inserido em nossa Constituição ⁽¹⁾, o princípio da liberdade de iniciativa econômica, precisando-lhe o fundamento, a natureza, a eficácia e a garantia constitucional de que dispõe.

(1) Ordem econômica e social é um conjunto de princípios, normas e institutos que disciplinam a organização econômica dos particulares e do Estado. Caracteriza-se pela natureza imperativa de suas normas e pela função de estabelecer limites à autonomia privada, à propriedade, e à presença do Estado na economia. Na Constituição brasileira é objeto do Título III, arts. 160 a 174. Cf. JACQUES GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, n.ºs 93 e segs.; GERARD FARJART, *Droit Économique*, Paris, 1982, pp. 49 e segs.; WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 182; MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Econômico*, Coimbra, 1984, pp. 28 e segs.; VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, Coimbra, 1979, p. 77.

Justifica-se o tema pela importância de que se tem revestido nos sistemas econômico, político e jurídico das sociedades moderna e contemporânea. Sobre ser uma presença constante nos principais códigos de direito privado (2), através da autonomia privada, de que a liberdade contratual é a maior expressão, razões de ordem político-econômica demonstram-lhe a necessidade de estudo e disciplina jurídica. Entre as primeiras, a constatação de um renascer das idéias liberais, paralelamente à crítica, para não dizer combate, à intervenção desmedida do Estado no campo das atividades econômicas (3). Atesta-se o fim do WELFARE STATE, do Estado-Providência de KEYNES. Nos Estados Unidos processa-se a DESREGULATION, o recuo do Estado na organização da economia. Supera-se a dicotomia dialética capitalismo-socialismo com o advento da sociedade liberal e social (4). Defende-se, finalmente, a economia de mercado, não absoluta como nos primórdios do capitalismo, mas disciplinada pelo Estado no necessário e indispensável para garantir a concorrência e impedir o desaparecimento do próprio mercado pela concentração capitalista.

No campo jurídico, outras razões, não menos importantes, se fazem ouvir. A liberdade de iniciativa econômica é o substrato de uma nova realidade econômica, a empresa, que se projeta, em diversos ângulos, no sistema jurídico e que, no caso brasileiro, tem sido considerada um dos suportes fundamentais do nosso processo de desenvolvimento (5). Por outro lado, no campo específico do direito civil, a proteção constitucional da liberdade de iniciativa econômica pode significar igual proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, o que significa importante instrumento de garantia e defesa do consumidor, inegavelmente a parte fraca na sistemática hodierna dos contratos de adesão, hoje moeda corrente no comércio jurídico, como decorrência da produção e distribuição em massa (6).

2. *Pressuposto Metodológico. O direito como sistema*

A abordagem do tema escolhido tem, como pressuposto metodológico, a consideração do direito como um sistema.

(2) Código Civil francês, art. 1.134; Código Civil alemão, art. 145; Código Civil italiano, art. 1.322; Código Civil português, art. 405, 1.

(3) FARJART, *op. cit.*, p. 398.

(4) RALF DAHRENDORF, *Sociedade e Liberdade*, Brasília, 1981, p. 269.

(5) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 170. As Leis de n.º 4.728, de 14-7-65 (Lei do Mercado de Capitais), n.º 4.596, de 31-12-64. (Lei sobre as Instituições Financeiras) e a de n.º 8.404, de 15-12-76 (Lei das Sociedades por Ações), entre outros diplomas, têm por objetivo, imediato ou mediato, fortalecer a empresa como elemento fundamental do desenvolvimento econômico.

(6) GHESTIN, *op. cit.* n.º 36.

A noção do sistema, como instrumento e método de estudo, permite que o fenômeno jurídico, à semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário e coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social em que o próprio sistema se insere e do qual jamais pode ser desvinculado (7), sob pena de se tornar incompreensível ou, quando muito, perceptível apenas no seu aspecto formal.

O direito como sistema vem, assim, a caracterizar-se não só pela coerência de suas normas quanto pela sua própria dedutibilidade, isto é, o encadeamento e a subordinação de seus elementos em função de sua generalidade e abstração. Todavia, mais do que um sistema dedutivo, deve o direito apresentar-se como um todo lógico e coerente, integrado por normas não contraditórias entre si e não contraditórias nas suas relações externas com o sistema social em que se insere.

Ora, uma das vantagens imediatas da concepção do direito como sistema é permitir uma visão globalizante e compreensiva do fenômeno jurídico, não só como unidade mas também na relação dialética entre seus componentes estruturais e, ainda, entre o próprio sistema jurídico e os demais sistemas componentes do universo social, como o político e o econômico. Permite-se, desse modo, ao interpretar o direito, partir da realidade social, levando-se em conta as relações econômicas e o funcionamento geral das instituições em uma visão interdisciplinar. É o mundo exterior, o mundo social, que dá vida ao sistema jurídico pelo que, qualquer estudo que não o considere somente no aspecto formal, há de considerar não só as estruturas normativas em si, mas também os valores que as determinam e a própria ação exercida pelo direito no meio social (8).

Compõe-se o sistema jurídico de vários elementos, dentre os quais, para nós os mais importantes, os valores e as normas de comportamento e de organização que os realizam. As normas são, assim, do ponto de vista material, a projeção e o instrumento de realização dos valores fundamentais do sistema, sobre os quais esse fundamenta sua própria legitimidade.

(7) PAUL ORIANNE, *Introduction au Système Juridique*, Bruxelles, 1982, p. 22.

(8) LAWRENCE M. FRIEDMAN, *Il Sistema Gluridico nella Prospettiva delle Scienze Sociali*, Bologna, 1978, p. 36.

Entre os valores fundamentais destacam-se a liberdade, a igualdade e o bem comum, que não devem considerar-se de per si, mas em relação com os demais. A liberdade não é possível sem a igualdade e sem a solidariedade ou bem comum (9). E sobre esses valores levantam-se, como cristalizações emanadas da atividade jurisprudencial, os princípios gerais do direito.

3. Os princípios gerais no sistema jurídico

Princípios gerais do direito são idéias jurídicas fundamentais que justificam o caráter racional de todos os ordenamentos (10) e que têm eficácia independentemente da lei. Não se inferem indutivamente da lei nem dedutivamente de um sistema de direito natural. Nascem da própria natureza das coisas e das instituições, significa dizer, emergem das próprias relações humanas (11). Sua importância é crescente no âmbito da ciência jurídica, pelas modificações profundas que os sistemas de direito vêm sofrendo com o advento da sociedade pós-industrial, o que torna conveniente, se não imperioso, um processo de renovação das velhas ordens jurídicas com observância de princípios representativos dos valores fundamentais que presidem a essa mesma mudança. São, por isso, idéias jurídicas gerais que permitem considerar conveniente ou bem fundado certo ordenamento legal, pela sua correspondência com valores jurídicos reconhecidos (12). Não são axiomas de que se possam deduzir normas ou sistemas, nem normas suscetíveis de aplicação imediata a casos individuais (13). Uma de suas características, aliás, é não se referirem concretamente a hipóteses de fato, no que se distinguem das normas jurídicas em geral.

É por isso que se diz serem os princípios gerais do direito manifestações de critérios de conduta com transcendência social, que se impõem por sua própria força persuasiva sem referência a pressupostos conceitos de sua aplicação (14). Não se confundindo com os tradicionais axiomas ou aforismos (15), como as conhecidas

(9) ORIANNE, *op. cit.*, p. 65.

(10) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981, p. 219; KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução portuguesa, Lisboa, 1978, pp. 163, 168; JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der Recherlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1984, p. 11.

(11) LARENZ, *loc. cit.*

(12) LARENZ, *op. cit.*, p. 569.

(13) LARENZ, *op. cit.*, p. 570.

(14) ESSER, p. 65.

(15) Cf. JAIME MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, 1979.

máximas jurídicas extraídas do *Digesto*, as quais correspondem a fragmentos de jurisprudência ou de doutrina do direito romano, apresentados de forma concisa e de fácil retentiva, os princípios gerais baseiam-se nos mesmos valores do sistema jurídico e exprimem a mesma ideologia social que presidiu à formação desse (16). Independentemente da controvérsia filosófica quanto à sua natureza, em que se defrontam as concepções jusnaturalísticas, para quem os princípios formam parte de um sistema superior ou ideal, com as positivísticas ou históricas, segundo as quais os mesmos princípios estão integrados no sistema, resultando de sucessivas abstrações do “conjunto das normas particulares”, os princípios não são normas, mas sim “orientações e ideais de política legislativa”, “critérios diretivos para a interpretação ou critérios programáticos para o progresso da legislação” (17). Para outros, os princípios gerais são verdadeiras normas apresentando-se como 1) normas gerais, no sentido de que valem para uma inteira matéria ou um ramo do direito; 2) normas fundamentais ou normas-base do sistema, as suas *traves mestras*; 3) *normas diretoras* ou *princípios-guia*, *princípios cardiais*, *indicando uma orientação ético-política* em que um determinado sistema se inspira, caracterizando-o ideologicamente; 4) normas indefinidas, comportando uma série de aplicações; 5) normas indiretas, precisando de outras para atuar, isto é, cuja função consiste em determinar o conteúdo de outras normas (18).

Quanto à sua função, os princípios gerais do direito constituem-se em critérios valorativos obrigatórios para a interpretação e compreensão do sistema jurídico (19). Podem classificar-se conforme tenham função interpretativa, integrativa ou direta (própria dos princípios programáticos da Constituição), que devem inspirar e orientar o legislador ordinário em sua obra, e, de modo geral, todos os órgãos inferiores de produção jurídica, ou tenham função limitativa (20).

De modo geral, podemos considerar os princípios gerais do direito como princípios que explicam, sistematizam e ordenam uma série de regras particulares afins, em razão de sua natureza, de

(16) VILLAR PALASI, *La Interpretación y los Apogemas Jurídicos-Lógicos*, Madrid, 1975, pp. 129/130.

(17) EMILIO BETTI, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, Milano, 1949, pp. 205-212.

(18) NORBERTO BOBBIO, “Principi generali di diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1957, p. 891.

(19) LARENZ, *op. cit.*, p. 168.

(20) BOBBIO, *op. cit.*, p. 896.

seu objeto e de sua finalidade (21). Embora sua existência, como parte do direito, não seja contestada, as condições em que aparecem não permitem, ainda, identificar, de modo claro, o que constitui seu objeto próprio.

Não obstante os princípios jurídicos sejam, de regra, simples idéias diretoras, sem possibilidade de subsunção, reconhecem-se princípios cristalizados em normas jurídicas, chamados "princípios com a forma de proposições jurídicas" (22). Em contraposição a esses, haveria outros que, sem o caráter de norma, mas com a função orientadora ou esclarecedora, poderíamos chamar de "princípios abertos". Exemplo de princípio com forma de proposição jurídica é o da liberdade de iniciativa econômica, explicitado no art. 180, I, da nossa Constituição, a que lhe corresponde, como princípio aberto, o da autonomia privada (23). Tanto uns como outros integram-se no sistema de direito positivo (24).

Se nos ativermos à função dos princípios gerais do direito, como critério de sua classificação, deixando de lado o critério da origem, constataremos que, "no interior de uma ordem jurídica, certas partículas jurídicas elementares são mais importantes que outras (25), que o perfil estrutural das ordens jurídicas é determinado por algumas dentre elas, cuja posição é central, cuja influência repercute sobre toda ordem jurídica. Esta posição dominante afirma-se no conjunto da ordem jurídica ou sobre uma parte das suas instituições e partículas. Sua importância não é mais limitada, marginal e subordinada, mas geral, central e determinante" (26).

Os princípios podem reunir-se em três grupos fundamentais. O primeiro, formado por normas jurídicas primárias, de origem puramente ideológica ou doutrinária, que fixam os fundamentos das relações jurídicas. O segundo, formado pelas regras que presidem à constituição do Estado e de outras instituições, como as pertinentes à constituição econômica, à concepção do papel do Estado e aos direitos fundamentais do cidadão; e o terceiro, formado pelas regras pertinentes à técnica jurídica, reunindo a

(21) RENE DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, 1974, n.º 114 e 353.

(22) LARENZ, *op. cit.*, p. 576.

(23) LARENZ, *op. cit.*, p. 577.

(24) LARENZ, *op. cit.*, p. 578.

(25) LEONTIN - JEAN CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé*, Paris, 1972, I, p. 215.

(26) ORIANNE, *op. cit.*, p. 86. CONSTANTINESCO, *Ibidem*.

matéria referente à relação entre a realidade política, econômica e social e o sistema jurídico, a interpretação das leis e do direito, e as noções jurídicas e as categorias jurídicas fundamentais. Entre tais ordens e grupos é evidente a iteração⁽²⁷⁾. Quaisquer que sejam tais princípios, seu campo de atuação é balizado por valores fundamentais, princípios axiológicos, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou bem comum. E como manifestação direta do valor da liberdade, o princípio da liberdade de iniciativa econômica.

4. Sistema econômico e sistema jurídico

Entre os diversos sistemas que formam o universo social, juntamente com o sistema de direito, têm especial importância, para a nossa visão compreensiva do fenômeno jurídico, o econômico e o político.

O sistema econômico é um conjunto de estruturas organizado, harmônica e coerentemente, para o fim de ordenar a produção e a distribuição dos recursos necessários à sobrevivência e progresso social⁽²⁸⁾. O modo específico de se organizar tal sistema, de acordo com valores e princípios fundamentais, é que vem a caracterizar os diversos sistemas, como o corporativo, o capitalista, o socialista, o neocapitalista, etc. Quando o sistema se confirma em estruturas normativas de natureza jurídica, política ou econômica, ele toma o aspeto de regime⁽²⁹⁾.

O sistema econômico vem a exprimir, assim, na sua totalidade, a maneira como se relacionam e ajustam as diversas variáveis e componentes estruturais, tudo em sintonia com os critérios políticos e os institutos jurídicos que lhes correspondem e se destinam a dar-lhe eficácia. O sistema econômico pode ser concebido, portanto, como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais que garantem e realizam o equilíbrio econômico⁽³⁰⁾. Interpenetra-se, por isso, com o sistema político, na medida em que dele precisa para as decisões necessárias ao seu funcionamento e organização. E com o sistema jurídico, em busca do ordenamento necessário à disciplina das atividades econômicas de produção e troca.

O papel do sistema jurídico, ao intervir no sistema econômico, manifesta-se de quatro maneiras: 1) na repartição dos recursos

(27) ORIANNE, *op. cit.*, p. 87.

(28) ORIANNE, *op. cit.*, p. 192.

(29) ORIANNE, *op. cit.*, p. 193.

(30) ORIANNE, *op. cit.*, p. 195.

e do poder econômico; 2) na multiplicação dos valores econômicos; 3) na regulamentação do mercado, e 4) na organização autoritária da economia (31).

No que diz respeito à "repartição dos recursos e do poder econômico", entendendo-se como poder econômico todas as possibilidades de influência sobre outrem no tocante à titularidade e disposição de recursos, tal repartição destina-se a obter, por meio do instrumental jurídico, a racionalização da economia, isto é, uma gestão eficaz dos recursos. Quanto à multiplicação dos valores econômicos, que consiste na criação artificial de valores de troca a partir de um desmembramento fictício dos bens reais, substituindo-se os valores econômicos pelos valores jurídicos, o que é matéria da grande maioria das instituições do direito civil e do direito comercial, em todos os setores da economia contemporânea desenvolve-se um sistema de trocas aceleradas, em que o direito tem uma grande e importante função instrumental, no sentido de colocar à disposição do sistema econômico todos os institutos úteis ao seu bom funcionamento e desenvolvimento, disciplinando, todavia, a atividade econômica com os princípios gerais de ordem axiológica que o orientam.

Quanto à regulamentação do mercado, o sistema econômico utiliza o sistema jurídico para reprimir a ação dos agentes econômicos, condicionando-se aos princípios da igualdade, da liberdade e do bem comum, intervindo, orientando e disciplinando o mercado, de modo a caracterizar, pelo menos nos países industrializados, o que hodiernamente se chama de "economia concertada" (32).

De tudo isso pode-se concluir que o direito fornece ao sistema econômico a estrutura de que ele precisa para funcionar, observando-se, porém, os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e do bem-comum, pelo direito e a eficácia, pela economia. "Na medida em que a atividade econômica dá origem a relações sociais específicas, relações de troca, de cooperação, etc., ela fica diretamente subordinada ao direito, cuja intervenção vai-se tornar determinante, seja quando ele a reprime, seja, ao contrário, quando ele procura o quadro necessário a seu desenvolvimento."

5. *O princípio da liberdade de iniciativa econômica*

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é o princípio axiológico segundo o qual os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses.

(31) ORIANNE, *op. cit.*, p. 196.

(32) ORIANNE, *op. cit.*, p. 200, et all.

Sua história prende-se à evolução do direito de propriedade, com o qual sempre se apresentou de modo distinto até que, por força de razões econômicas, dele se destacou e autonomizou⁽³³⁾. Tal fratura ocorreu com o desenvolvimento do comércio, das feiras e das cidades mercantis da idade medieval e moderna. A atividade econômica passou a considerar-se como separada da propriedade, configurando-se dois núcleos autônomos no sistema da economia de então: 1) a propriedade, como simples direito subjetivo, embora dos mais importantes, pelas faculdades insertas no seu conteúdo, e por ser considerado, de modo absoluto, como atributo essencial da pessoa humana⁽³⁴⁾; 2) a liberdade de iniciativa, como outro núcleo, poder da burguesia, dos empresários, dos particulares enfim, de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços⁽³⁵⁾. É por isso que a noção de empresa exprime a de atividade econômica, que pressupõe liberdade, isto é, liberdade dos particulares de utilizarem recursos materiais e humanos na organização de sua atividade produtiva, liberdade, enfim, dos particulares de decidirem o que, quando e como produzir.

A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e do da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário escolhido⁽³⁶⁾.

O princípio da liberdade de iniciativa econômica é, por isso, a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista⁽³⁷⁾, apresentando-se como a fonte axiológica da liberdade do cidadão perante o Estado e perante os demais cidadãos⁽³⁸⁾. Com tal princípio inserto no texto constitucional brasileiro, garante a nossa Constituição a permanência do modelo liberal capitalista que tem na empresa o elemento básico e prioritário de seu desenvolvimento.

(33) ANTONIO BALDASSARRE, "Iniziativa economica privata", in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 584.

(34) BALDASSARRE, *ibidem*, nota n.º 10.

(35) Código Civil Italiano, art. 2.082. Projeto de Código Civil brasileiro, art. 969.

(36) FRANCESCO GALGANO, "Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici", in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1977, p. 6.

(37) BRUNO CAVALLO e GIAMPIERO DI PLINIO, *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economia*, Milano, 1982, p. 165.

(38) GALGANO, *op. cit.*, p. 7.

Seu fundamento é a liberdade, e sua expressão, no campo específico do direito privado, é a autonomia privada. Tais princípios não são, todavia, coincidentes. A iniciativa privada é conceito, por um lado, mais amplo que o da autonomia privada, enquanto se realiza, além dos negócios jurídicos, também nos atos meramente executivos ou em atividades materiais que não exprimem atuação da autonomia privada, como poder normativo; por outro lado, é conceito mais restrito, porquanto existem negócios jurídicos, e, portanto, atos de autonomia privada, que não entram no âmbito da atividade empresarial⁽³⁹⁾. Qualquer que seja o entendimento sobre tais conceitos, é manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, quando, como e onde produzir⁽⁴⁰⁾.

6. *A natureza jurídica do princípio da liberdade de iniciativa econômica*

A Constituição brasileira insere o princípio da liberdade da iniciativa econômica no seu art. 160, I, na matéria referente à ordem econômica e social.

Tal princípio pode considerar-se, metodologicamente, sob o aspecto da norma jurídica que o exprime, sob o da relação jurídica que pode originar, ou ainda sob o do instituto jurídico que se materializa na conjunção das relações específicas e das normas que as regem nesse particular.

Como norma jurídica, é, essencialmente, norma programática⁽⁴¹⁾. Como tal, dirige-se ao legislador. Mas a matéria não é pacífica. Doutrina mais recente, superando a concepção clássica pela qual as normas programáticas seriam simples indicações ao legislador, reconhece nessas normas "um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição"⁽⁴²⁾, defendendo a aplicação, em sua plenitude, do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, isto é, da eficácia de todos os direitos reconhecidos no texto constitucional. Não tem, assim, mais

(39) LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, 1959, p. 427.

(40) GALGANO, *op. cit.*, p. 4.

(41) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Rio de Janeiro, 1978, p. 28.

(42) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983, p. 209.

sentido, a dicotomia, norma atual e norma programática, da Constituição de Weimar (43). Todas as normas são atuais e aplicáveis, pelo que, mesmo reconhecendo-se a natureza programática da norma, devem os juizes aplicá-las diretamente, assim como acolher a arguição de sua inconstitucionalidade, se for o caso. A norma, tanto se dirige ao legislador, como se aplica ao caso concreto, àqueles atos de iniciativa particular, os negócios jurídicos (44). A questão da imediata preceitividade da norma programática relaciona-se, por isso, com o tema da garantia constitucional.

Se considerarmos o princípio da liberdade de iniciativa sob o prisma da relação jurídica, destacaremos o seu conteúdo, os direitos subjetivos que emergem dos atos praticados no exercício do poder contido nesse princípio. Surge, assim, o vínculo de instrumentalidade entre a liberdade de iniciativa e a autonomia privada (45), justificando a assertiva de que a Constituição reconhece, se bem que de modo indireto, não expresso, a autonomia contratual (46). A liberdade contratual é, portanto, o principal equivalente jurídico da liberdade de iniciativa (47). Não é um direito natural, é um direito de liberdade, que dá a marca e a tônica ao regime. A própria taxinomia constitucional é indicativa da natureza desta matéria. Enquanto o artigo 153, no Capítulo IV, do Título II, da nossa Constituição, refere-se aos direitos e garantias individuais, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, a liberdade de iniciativa encontra-se no Título III, artigo 160, pertinente à matéria econômica. De qualquer modo, é uma liberdade fundamental que se relaciona com as liberdades políticas (48), superando-se a clássica separação entre a liberdade econômica e a política.

Integrando-se no título da Ordem Econômica e Social, que significa o governo público da economia, caracterizado pelo estabelecimento de limites à iniciativa econômica privada, apresenta-se esta como liberdade de atividade empresarial no quadro estabelecido pelo Estado (49). Ora isso influi no conteúdo mesmo da liberdade de iniciativa econômica privada, que é uma pretensão do particular em face do poder público.

(43) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 210.

(44) ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1983, p. 83.

(45) GALGANO, *op. cit.*, p. 5.

(46) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 83.

(47) ANTONIO LISERRE, *op. cit.*, p. 10.

(48) GALGANO, *op. cit.*, p. 516.

(49) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1980, p. 336.

A liberdade de iniciativa é, em substância, uma liberdade igual às outras que a Constituição assegura. É concebida como liberdade humana ⁽⁵⁰⁾, independentemente das limitações de que possa ser destinatária e que visam, além de garantir o respeito aos demais princípios de ordem econômica social ⁽⁵¹⁾, a preservação da própria liberdade de iniciativa como pressuposto e característica básica da ideologia capitalista, neoliberal, que a Constituição consagra.

Ora, o poder de agir reconhecido pelo direito, quando se contrapõe a um dever de observância de um comportamento necessário e correspondente a esse poder, nada mais é do que um direito subjetivo, o que reforça a tese do princípio em estudo como relação jurídica.

O direito subjetivo é a possibilidade que a norma atribui a um sujeito, de fazer ou de omitir licitamente algo. Poderíamos também dizer que "o exercício dos direitos subjetivos consiste na exteriorização de uma vontade que se move dentro do marco da faculdade normativa atribuída ao titular daquele ⁽⁵²⁾. A vontade do titular exterioriza-se ao formular a pretensão. Se esta se faz valer dentro dos limites da faculdade normativa, essa pretensão é atribuída ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, converte-se em norma deste. O direito subjetivo tem, assim, possibilidades de criação normativa.

Dentre a classificação dos direitos subjetivos, podemos distinguir os direitos de exercício potestativo dos direitos de exercício obrigatório. Os primeiros exprimem o poder de se optar entre realizar ou não a possibilidade de conduta em que o direito consiste. Os segundos são os que exprimem um dever que o titular respectivo está adstrito a cumprir.

Os direitos subjetivos de exercício potestativo são expressão da liberdade como direito, considerando-se a liberdade como a faculdade de executar ou omitir, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei. Fala-se, portanto, de liberdade sempre que a relação com a norma não é de subordinação ⁽⁵³⁾. A liberdade é, também, a faculdade que toda pessoa tem de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos ⁽⁵⁴⁾. É assim, juridicamente, uma *facultas optandi*, já que consiste no

(50) GALGANO, op. cit., p. 513.

(51) Constituição Brasileira, art. 160, II a VI.

(52) EUGENE BUCHER, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 61.

(53) HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1976, p. 197.

(54) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho*, México, p. 391.

direito, concebido ao respectivo titular, de optar entre o exercício e o não exercício dela.

A liberdade jurídica, ou liberdade como direito, deve distinguir-se da liberdade da vontade, ou liberdade como poder. Como direito, a liberdade é a possibilidade de fazer ou omitir lícitamente algo, isto é, a faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos. O exercício da liberdade como *direito* implica o da liberdade como *poder* ou, o que é igual, a manifestação exterior do arbítrio de cada um.

Já não se pode afirmar, todavia, como faziam os teóricos do liberalismo, que a liberdade é o fim jurídico supremo, como também não se pode sustentar que o livre jogo das forças econômicas, superada a concepção de que a uma igual liberdade formal corresponde uma igual capacidade real de exercício dos direitos subjetivos, seja um meio idôneo da realização da justiça. Por isso, os princípios da justiça distributiva têm de ser complementados, muitas vezes, pelos da chamada justiça protetiva ⁽⁵⁵⁾.

A liberdade de iniciativa econômica privada, entendida como liberdade contrária ao governo público da economia, não tem mais razão de ser. Ela não é mais que uma liberdade que se exprime em um mundo somente seu, separado do mundo das outras liberdades. Deve ser reconstruída como "liberdade entre as liberdades do cidadão e, principalmente, com a liberdade política".

Quanto à questão da liberdade de iniciativa econômica privada, pode definir-se como direito inviolável, incluindo-se nos "direitos humanos", segundo a tradição jusnaturalista que vem da "Declaração de Direitos" do período revolucionário francês; a liberdade econômica considera-se atributo essencial da pessoa humana, enquanto realização direta da sua capacidade. No curso do último século, porém, verificaram-se, nos ordenamentos jurídicos, modificações que investiram contra os fundamentos históricos e econômicos desta concepção. O desaparecimento das empresas individuais e a presença preponderante de grandes instituições econômicas dotadas de personalidade jurídica puseram em evidência a fratura real entre a iniciativa privada e a pessoa humana, mostrando a insubsistência de uma exigência prática relativa à extensão às pessoas jurídicas das garantias asseguradas à subjetividade humana. Reduziram-se, então, os fundamentos jurídicos que justificavam a recompreensão da propriedade e da iniciativa econômica no conjunto dos valores inerentes à personalidade ⁽⁵⁶⁾. A liberdade de iniciativa não é, portanto, direito da personalidade.

(55) MAYNEZ, *op. cit.*, p. 197.

(56) BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 582.

De qualquer modo, embora não se queira aqui advogar qualquer funcionalidade nesse princípio, o certo é que a sua importância no contexto econômico-social justifica, e até impõe, as limitações que se estruturam no sistema da ordem econômica e social.

Finalmente, a consideração da matéria, sob o ângulo institucional, levaria ao estudo das normas que se estruturam sobre a referida relação jurídica, disciplinando-lhe a existência, a eficácia, os vínculos que a limitam ⁽⁵⁷⁾ e a proteção de que dispõe.

7. *As garantias constitucionais da liberdade de iniciativa econômica*

A liberdade de iniciativa surge, no processo histórico, como o poder reconhecido aos particulares para desenvolverem uma atividade econômica.

Como não existem no direito conceitos, categorias e estruturas absolutamente neutras ⁽⁵⁸⁾, isto é, as normas e os sistemas jurídicos não podem considerar-se exclusivamente sob o ponto de vista técnico, instrumental, é no correspondente modelo econômico e social que se encontram os valores informativos das fórmulas legislativas. A interpretação e o estudo das instituições jurídicas e, neste caso, dos princípios de direito privado inseridos na Constituição exigem, portanto, seja considerado o respectivo modelo que lhe serve de suporte ideológico, pois cada sistema jurídico exprime a relação entre ele e a realidade social que o produz.

A interpretação da norma que encerra o princípio da liberdade de iniciativa, com o verificar de sua eficácia e garantia, não pode, portanto, limitar-se ao dado normativo. Exige a compreensão do processo histórico de que esse emerge e, principalmente, dos valores que lhe servem de fundamento. Nessa perspectiva histórica avulta a criação do modelo teórico em que se destaca o princípio da autonomia privada e sua expressão constitucional, a liberdade de iniciativa.

É, assim, na evolução do sistema econômico que se encontra a gênese desse princípio, precisamente na fase em que da propriedade, como direito, se destaca a atividade humana, passando ambas a consistir nas condições básicas de existência do modo de produção capitalista ⁽⁵⁹⁾. Tal atividade exigia, por sua vez, ampla liberdade

(57) MODESTO CARVALHOSA, *A Ordem Econômica na Constituição de 1968*, S. Paulo, 1972, p. 138.

(58) PIETRO BARCELLONA, *Diritto Privato e Processo Economico*, Nápoles, 1980, p. 4.

(59) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 51.

de troca, liberdade de mercado (*laissez-faire, laissez-passer*), liberdade de iniciativa econômica. E para melhor permitir a generalização das relações de troca, a ciência jurídica do século XIX realizou a “máxima abstração das figuras jurídicas”, criando-se, como resultado do seu maior esforço de abstração, a figura do negócio jurídico, instrumento e forma de expressão dessa liberdade, agora já reconhecida como poder vinculante, como autonomia privada.

Para garantia da construção jurídica correspondente ao modelo econômico do capitalismo e ao político do liberalismo, criou-se o Estado de direito, o Estado liberal, cujos principais postulados eram a separação dos poderes, a limitação do poder político, a dicotomia direito público-direito privado, o primado da lei, com o caráter abstrato e geral das suas normas. Quanto ao poder jurígeno, o Estado atuava por meio de imperativos, comandos, deixando, porém, ao indivíduo ampla esfera de atuação no campo de seus interesses, reconhecendo-lhe o poder de criar normas individuais e concretas por meio do negócio jurídico, principalmente o contrato. Além disso, limitava-se ainda o Estado com o chamado princípio da reserva de lei, pelo qual as restrições aos poderes individuais só poderiam realizar-se através da lei, jamais por meio de atos do Poder Executivo ou dos seus entes administrativos.

O princípio da autonomia privada não ficou expresso nas Constituições nem nos Códigos Civis. Como tal princípio se realizava nas relações jurídicas econômicas, isto é, naqueles vínculos necessários à produção e circulação de bens e serviços (pelo que a autonomia privada não se manifesta nas relações familiares), tecnicamente representados pelas obrigações, mecanismos jurídicos das relações econômicas⁽⁶⁰⁾, era na figura abstrata do negócio jurídico que se encontrava, e se encontra, sua origem e expressão. Nas Constituições o que se reconhecia era e é o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, como já referido, é mais amplo, pois compreende também os atos de mera atividade que não são negócios jurídicos. Certo é, todavia, existir manifesta relação de instrumentalidade entre iniciativa econômica e autonomia privada, sendo os atos em que esta se manifesta também expressão do poder de iniciativa econômica.

Conseqüência imediata dessa colocação é a circunstância de que todos os limites opostos à livre iniciativa se refletem na autonomia contratual, embora a recíproca não seja verdadeira.

Aceita tal colocação histórico-dogmática e seu conseqüente mecanismo de aplicação das normas jurídicas, o da subsunção, em

(60) PHILLIPPE MALINVAUD, *Les Mécanismes Juridiques des Relations Economiques*, Paris, 1985, p. 2.

que o enquadramento dos fatos sociais na respectiva hipótese de aplicação (*fattispecie, Tatbestand*) leva a determinadas consequências previstas no dispositivo, problema que se constitui em tema central da experiência jurídica⁽⁶¹⁾, e aceito o negócio jurídico como instrumento histórico de composição de interesses opostos⁽⁶²⁾, ressalta a importância do princípio que lhe é subjacente, o da autonomia privada, inserido, no plano constitucional, no da liberdade de iniciativa⁽⁶³⁾.

Reveste-se, por isso, de especial importância a garantia constitucional da autonomia privada, mormente quando se verificam os limites crescentes que o Estado intervencionista lhe apõe, pela insuficiência do mercado em resolver seus problemas de desequilíbrio, o que exige do Estado o encargo da disciplina econômica com o fim de implantar a democracia econômica⁽⁶⁴⁾. Tal contradição dialética, autonomia privada e intervenção do Estado, constitui, assim, o problema central da organização jurídica das relações econômicas⁽⁶⁵⁾.

A expressão garantia constitucional tem dois sentidos. Em acepção mais geral e empírica, significa a existência, no texto da Constituição, de princípio, instituto ou situação subjetiva, o que já significaria, pela estabilidade e certeza, uma proteção de natureza constitucional. Em segunda acepção, mais restrita, significa "todos os mecanismos jurídicos de segurança que o sistema constitucional estabelece para defesa da sua própria existência"⁽⁶⁶⁾. Na primeira, é a própria inserção no texto constitucional que consiste na garantia. Na segunda, é a própria Constituição que precisa de ser garantida, é o objeto, não o sujeito da proteção.

Em uma visão mais objetiva do problema, a garantia constitucional é o meio com que se assegura o direito declarado, protegendo a liberdade contra o arbítrio do poder⁽⁶⁷⁾, o que, de modo geral, se realiza através da função jurisdicional do Estado.

São elementos lógicos da idéia de garantia: a) a existência de um interesse ou um objetivo a garantir; b) a previsão de um

(61) LISERRE, *op. cit.*, p. 1.

(62) LISERRE, *ibidem*, p. 8.

(63) Com opinião contrária, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1962, p. 196.

(64) LUIGI MENGONI, "Forme giuridiche dell'economia contemporanea", in *Justitia*, 1962, p. 19.

(65) BARCELONA, *op. cit.*, p. 285.

(66) SERIO GALEOTTI, "Garanzia costituzionale", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XVIII, 1969, p. 491.

(67) PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1974, p. 348.

perigo; e c) a existência de um mecanismo apto a conceder ao titular a segurança, a certeza de realização do interesse ou objetivo (68).

Quanto ao elemento axiológico, fundamento da garantia constitucional, é a crença em um personalismo ético e democrático, isto é, uma filosofia política baseada no reconhecimento dos valores da pessoa humana e da democracia.

Na verificação dos mecanismos constitucionais de garantia podemos utilizar a mesma metodologia utilizada pela teoria geral na apreciação do fenômeno jurídico, isto é, a análise jurídica sob o ponto de vista da norma, da relação e da instituição, podendo esta, como complexo normativo que é, inserir-se na categoria da norma jurídica.

7.1. *O direito como norma*

7.1.1. *A declaração de inconstitucionalidade*

Se preferirmos enfrentar a questão sob o ângulo da norma jurídica, e indagarmos a espécie de norma que o art. 160, I, da nossa Constituição contém, veremos que se trata de uma norma jurídica programática, a qual, para a doutrina dominante no Brasil, teria por finalidade estabelecer programas de ação, sem gerar direito público subjetivo (69). Tal opção implicaria em reconhecer a necessidade de outra lei que estabelecesse, concretamente, a norma de comportamento. Desse modo, o art. 160, I, conteria apenas uma norma dirigida ao legislador, sem imediata operatividade.

Qual o mecanismo constitucional de garantia tendo por objeto uma lei? A arguição de inconstitucionalidade dessa lei.

Se, todavia, com base na tendência da doutrina mais recente, atenta ao princípio da efetividade, reconhecermos na norma programática um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao das demais normas constitucionais (70), e mais ainda, ser a "positividade das normas programáticas o que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes" (71), reconheceremos a imediata eficácia preceptiva nas normas programáticas. A norma do art. 160, I, seria, assim, uma garantia constitucional da autonomia privada a operar *ex se* nas relações intersubjetivas, o que se conecta,

(68) GALEOTTI, *op. cit.*, p. 493.

(69) ROSAH RUSSOMANO, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1984, p. 38.

(70) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 209.

(71) CANOTILHO, *ibidem*.

diretamente, com o reconhecimento da função criadora do juiz na gênese do direito (72). E, nesse caso, da imediata preceptividade do art. 160, I, configurar-se-iam os direitos subjetivos e as pretensões, o que deslocaria o nosso discurso para o item seguinte, o da relação jurídica.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade em si, existem no direito brasileiro duas vias. Uma, reflexo do direito americano, consiste na declaração incidental de inconstitucionalidade, proferida por juiz de qualquer grau de jurisdição, chamado a julgar caso concreto. É o sistema de controle difuso, por via incidental, consagrado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 (73), vigente até hoje (74).

Outro sistema, de ação direta, por via principal, chamado de controle concentrado, foi instaurado com a Constituição de 1934 (75), inicialmente restrito aos atos praticados no âmbito da competência estadual (76) e, posteriormente, alargado para o conhecimento de qualquer norma legal, da Constituição, lei federal, estadual ou municipal (77). A competência para conhecer da ação direta de declaração de inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República. A sentença tem efeito apenas *inter partes*, sendo a competência para suspender a execução geral da norma do Senado Federal.

Concluindo, então, podemos dizer que no Brasil o sistema de controle da constitucionalidade é o jurisdicional, cabendo a qualquer juiz decidir da inconstitucionalidade das leis (78). Pode realizar-se por via incidental, sendo possível, a qualquer interessado, suscitar a questão em qualquer processo e em qualquer juízo. E pode fazer-se por via direta, em casos especiais, mediante representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, seus efeitos são *inter partes* e *ex tunc* para o caso concreto, e *ex nunc* para a decisão do Senado de suspender a executoriedade da norma (79).

(72) LISERRE, *op. cit.*, pp. 30, 121, 125.

(73) ROGERIO LAURIA TUCCI, "Ação declaratória de inconstitucionalidade" *Enciclopédia Saraiva de Direito*, II, p. 284.

(74) Código de Processo Civil, art. 480.

(75) Constituição brasileira de 1934, art. 12, § 2.º

(76) JOSÉ LUIZ ANHAIA MELLO, "Ação direta de inconstitucionalidade", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, III, p. 130.

(77) *Idem*, *ibidem*.

(78) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, 1984, p. 19.

(79) *Idem*, *ibidem*.

7.1.2. *A reserva de lei*

O princípio da reserva de lei relaciona-se com o conteúdo das normas constitucionais. Quer nas Constituições de conteúdo mais restrito, quer nas de conteúdo mais extensivo, o poder constituinte, para melhor garantia das matérias que renuncia a regular diretamente, serve-se da chamada reserva de lei, dispondo que somente o Poder Legislativo poderá estatuir a respeito⁽⁸⁰⁾. Quer dizer, a Constituição estabelece precauções vinculantes por si sós, dependendo, porém, de um detalhamento posterior sobre a respectiva execução, de competência do Poder Legislativo. O princípio da reserva de lei significa, portanto, que a regulamentação de certas matérias referidas no texto constitucional há de ser feita, necessariamente, por lei⁽⁸¹⁾. A Constituição reserva à lei formal determinada matéria, subtraindo-a à disciplina de outras fontes⁽⁸²⁾. Envolve, assim, uma questão de competência, pois a reserva legal garante que será o legislador que irá regular a matéria em apreço⁽⁸³⁾.

No caso do art. 163 da nossa Constituição, em que se permite a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, tais medidas, dialeticamente opostas a essa liberdade, só se poderão efetivar mediante lei federal⁽⁸⁴⁾. Existe, aí, um caso de reserva absoluta de lei, pois a Constituição reserva tal matéria à disciplina da lei federal. Exclui-se, portanto, o recurso a uma disciplina legal inferior, sendo preclusa qualquer outra escolha para regular-se tal matéria.

A estatuição da reserva de lei é, conseqüentemente, mais uma garantia constitucional da liberdade de iniciativa econômica e, *ipso facto*, da autonomia privada, o que se coaduna com o caráter suplementar ou subsidiário da atividade empresarial do Estado.

7.2. *O direito como relação. O mandado de segurança*

Se apreciarmos o princípio da liberdade de iniciativa do art. 160, I, da Constituição federal, sob o ângulo da teoria rela-

(80) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1974, p. 267.

(81) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 567.

(82) VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionali*, II, Padova, 1975, p. 52.

(83) CHRISTIAN STARK, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Madrid, 1979, p. 404.

(84) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 514.

cional, isto é, da relação jurídica, como produto da atuação da liberdade econômica, a questão que se apresenta, e da maior relevância, é a do seu conteúdo, o direito subjetivo.

O mandado de segurança é instituto de direito processual constitucional, inserindo-se no sistema de garantia básico que a função jurisdicional do Estado representa. Quanto à sua natureza jurídica, é uma ação de que dispõem todos aqueles que sofrem lesão em direito subjetivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder ⁽⁸⁵⁾.

Seu objetivo é a proteção dos direitos individuais que não sejam os atinentes à liberdade de locomoção. Esses direitos devem configurar-se como líquidos e certos, não permitindo dúvida quanto à sua existência nem quanto à sua configuração. Assim, o direito subjetivo é líquido e certo quando não for contestável, quando não precisar "ser aclarado com o exame de provas em dilações" ⁽⁸⁶⁾. É direito subjetivo material, privado ou público ⁽⁸⁷⁾, compreendendo as expectativas de direito.

Tal medida não cabe se possível a interposição de recurso administrativo com eficácia suspensiva independente de caução, ou se do despacho ou decisão judicial visada se puder interpor recurso processual, ou se for passível de correção, ou quando visar ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

O mandado de segurança é, assim, remédio processual de natureza constitucional posto à disposição do titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, por ato comissivo ou omissivo de autoridade. Seu fundamento é a ilegalidade que, no caso da liberdade de iniciativa ou de autonomia privada, se manifesta nos atos do Estado ou de seus agentes delegados, que excedam o âmbito de sua atuação subsidiária previsto na Constituição.

No campo das relações jurídicas patrimoniais, o direito subjetivo nasce das manifestações de autonomia privada, expressão e prova da liberdade de iniciativa econômica constitucionalmente consagrada.

(85) Constituição brasileira, art. 153, p. 21.

(86) PONTES DE MIRANDA, apud NAILÉ RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, "Do mandado de segurança — aspectos históricos e constitucionais", Forum, 1984, p. 100.

(87) LUIZ FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, "Direitos públicos subjetivos e mandado de segurança", *ibidem*, p. 59.