

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA *

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO

1. A Constituição da República Federativa do Brasil erige, no art. 160, a liberdade de iniciativa como o primeiro princípio da ordem econômica e social, para o fim de realizar os valores do desenvolvimento brasileiro e da justiça social.

Esse princípio reafirma-se no art. 163, que estabelece a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa desenvolver-se com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. A intervenção no domínio econômico e o monopólio apresentam-se como instrumentos jurídicos do poder público com caráter subsidiário e supletivo, utilizando-se apenas nos setores em que a iniciativa econômica privada não se manifeste ou se realize com proveito.

Reafirma-se tal princípio, ainda, no art. 170, quando se reconhece competir às empresas privadas, preferencialmente, a organização e a exploração das atividades econômicas, cabendo ao Estado estimular e apoiar tal iniciativa. Também se estabelece no mesmo dispositivo que a atuação do poder público na organização e exploração das atividades econômicas é suplementar da iniciativa privada e que, quando ocorrer, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, entidades auxiliares do Estado na política de dirigismo econômico, submeter-se-ão às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

A inserção de tal princípio no texto constitucional representa mais uma etapa no processo de evolução do direito, e do Estado,

* Resumo da conferência proferida na Ordem dos Advogados Portugueses, em 15/01/85, no âmbito do VI Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

este, do absoluto para o liberal, aquele, marcado pela necessidade de reavaliação dos conceitos, dos institutos e dos dogmas tradicionais, com a superação das clássicas dicotomias, direito público-direito privado, direito civil-direito constitucional.

O direito é fato histórico e relativo, tanto como sistema de produção normativa como de elaboração científica. Reflete, portanto, as circunstâncias e os fatores influentes na época de sua elaboração, e apresenta-se sob a forma de modelos que, na sua historicidade, correspondem a modelos sociais e a modelos econômicos vigentes na sua formação. Tais modelos, em conjunto, formam o chamado sistema social e nele o direito se distingue, na sua diferença específica, precisamente por sua função. E se esta consistia, no Estado liberal, clássico e burguês, em preservar as garantias individuais, no Estado pós-liberal, intervencionista e assistencial, cabe-lhe também promover determinados comportamentos. O direito apresenta-se, assim, com dupla função, a de conservar situações jurídicas subjetivas ou objetivas e a de transformar a realidade social que disciplina e organiza. São as funções de controle e de direção social, pelas quais os sistemas jurídicos se justificam como instrumento de conservação do modelo social vigente, e como instrumento de incentivo para novos comportamentos, considerados adequados à realização dos princípios básicos do sistema.

Tais princípios, justificadores da existência e formulação das normas jurídicas, constituem o fundamento do direito. São os valores, as concepções filosóficas, os "interesses prevalentes que o ordenamento considera e privilegia",¹ e que justificam a crença de que os sistemas jurídicos exprimem uma ideologia ou uma visão do mundo contemporânea do respectivo processo de elaboração.

Se o direito privado disciplina as relações jurídicas dos particulares com base na igualdade e no poder de auto-regulação dos interesses,² a Constituição encerra um projeto de organização da sociedade que a elabora e para a qual se destina, com base nos valores considerados essenciais. E se antinomia existir entre o Código Civil e a Constituição, supera-se pela concepção unitária do sistema jurídico, que permite uma interpretação sistemática do direito com base nos princípios inseridos no texto constitucional como expressão desses valores fundamentais.

1 PIETRO PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*. Università degli studi di Camerino, 1975, p. 7.

2 FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1984, p. 22. ANTONIO CHAVES, *Lições de direito civil*. Parte Geral. S. Paulo, 1972, p. 20.

2. Sendo nosso objetivo a relação entre os princípios da autonomia privada e da liberdade de iniciativa econômica, sua eficácia e garantia, imperioso se torna interpretar a respectiva norma constitucional, fundamento dogmático desta reflexão jurídica. Qual a interpretação que se deve dar ao art. 160, I, do texto constitucional, tendo-se em vista a presença do Estado no domínio econômico, os limites crescentes da liberdade individual e da autonomia da vontade, enfim a intervenção do Estado contemporâneo na vida individual e dos grupos sociais, principalmente no campo econômico?

A análise da norma constitucional exige do intérprete peculiar atenção para a natureza política do respectivo texto, para o sentido teleológico de suas regras, para a conveniência de um espírito atual no seu entendimento e na sua adaptação às novas situações.³ Considere-se a Constituição como o estatuto do político, a acolher o princípio *in dubio pro libertate*⁴ e, qualquer que seja o processo interpretativo, há de estabelecer-se, como verdade axiomática, a permanência da autonomia privada como princípio fundamental do direito civil,⁵ quando menos em atenção ao suporte ideológico do legislador constituinte que foi, sem dúvida, a de um neoliberalismo.

Ora, o princípio da autonomia privada, conceito histórico e relativo, não é uma realidade ontológica universal e absoluta, mas um instrumento científico que explica e justifica a realidade em que se manifesta e que, na época atual, deve adaptar-se à presença marcante do Estado nessa realidade. Tal presença faz deslocar a tradicional ótica privatista para o campo do direito constitucional, levando o civilista, tradicionalmente o *primus inter pares* no campo da teoria geral do direito, pelas próprias circunstâncias históricas, a aceitar a importância e significado deste ramo na disciplina social e, principalmente, a inexistência de contraposição entre direito civil e constitucional, mormente quando este alberga os principais dogmas daquele, a autonomia da vontade e a propriedade.

3. As normas constitucionais visam, além da ordenação e organização do Estado, estabelecer garantias para os particulares nas suas relações e nos seus institutos, nos seus interesses e nas

³ MARCELO CAETANO, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1978, II, p. 4.

⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983, p. 240.

⁵ ROSARIO NICOLÒ, "Direito civile" in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XII, 1964, p. 910. JEFFERSON DAIBERT, *Dos contratos*, Rio de Janeiro, 1977, p. 24.

suas atividades, nas sua manifestações de liberdade e afirmação de personalidade.⁶ Tais garantias visam, prioritariamente, defender os particulares contra os abusos do legislador ordinário, resguardando os princípios inerentes à personalidade humana e jurídica. Entre esses princípios situa-se a liberdade de iniciativa econômica que, no plano jurídico constitucional, constitui uma das mais relevantes manifestações da autonomia privada.⁷

4. A liberdade de iniciativa, mais precisamente, liberdade de iniciativa econômica, como expressão político-constitucional da autonomia privada (poder jurídico de que o negócio jurídico é a principal expressão) e o conceito de autonomia privada não são, porém, coincidentes. A liberdade de iniciativa econômica é conceito mais amplo, pois “realiza-se também em atos meramente de execução ou em atividades materiais que não são atuação de autonomia privada”. Além disso, “existem negócios jurídicos que não entram no âmbito da atividade empresarial”.⁸

Quer se considere a liberdade de iniciativa como a expressão constitucional da autonomia privada ou, simplesmente, uma das suas mais relevantes manifestações,⁹ fato inconteste é a relação de instrumentalidade entre ambas sendo que, no plano constitucional, o que se garante é o ato de iniciativa, ao qual pode não corresponder a auto-regulamentação de interesses, característica do ato de autonomia.¹⁰ Tem-se, portanto, que a liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*¹¹ que permite a utilização conjunta de direitos e liberdades no âmbito do direito obrigacional, com o exercício de uma atividade freqüentemente organizada para o fim de produção e troca de bens ou serviços, econômica e juridicamente reconhecido pelo conceito de empresa,¹² individual ou coletiva. Assegura-se até que na sociedade contemporânea, onde o direito privado se apresenta enriquecido pelas novas formas jurídicas resultantes das exigências da revolução industrial, como a empresa, a organização do trabalho, a função social dos insti-

⁶ NICOLÒ, trabalho citado, p. 908.

⁷ ANTONIO LISERRE, “Tutele costituzionali della autonomia contrattuale”, 1971, p. 10. FRANCESCO MESSINEO “Contratto” in *Enciclopedia del diritto*, XI, p. 802. Contra, ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 197.

⁸ LUIGI FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 427.

⁹ NICOLÒ, *op. cit.*, p. 911.

¹⁰ FRANCESCO GALGANO, *Commentario della costituzione*, Bologna, 1962, II, p. 5.

¹¹ GALGANO, *op. cit.*, p. 6.

¹² GALGANO, *ibidem*.

tutos,¹³ e onde, por isto mesmo, a autonomia individual se apresenta mais limitada, deve dar-se mais ênfase à liberdade de iniciativa do que propriamente à autonomia privada como poder individual e como fonte normativa.¹⁴ Essa relação de instrumentalidade existente entre ambos os princípios justifica assim o estudo da gênese, significado e evolução da autonomia privada, como antecedente à melhor compreensão da liberdade de iniciativa como princípio constitucional.

5. O princípio da autonomia privada e sua projeção e tutela constitucional, sobre ser matéria de grande e atualíssima importância, em face da presença crescente do Estado no campo econômico, e da conseqüente hipertrofia legislativa, desperta-nos interesse pelo fato da doutrina brasileira não lhe ter dado, diversamente do que ocorre com a doutrina estrangeira, especial atenção, sendo poucos os autores que lhe dedicaram alguns estudos. Além disso, tendo o Projeto de Código Civil em vias de aprovação consagrado a figura do negócio jurídico, expressão e instrumento de realização desse princípio, oportuno se torna dele tratar projetando-o, do seu *habitat* natural, o direito privado, para o direito público-constitucional, onde implícita referência a ele existe no princípio constitucional em tela. Essa linha de pesquisa não esquece, todavia, que o sistema do direito, ou subsistema, é produto cultural de uma época e de uma sociedade, refletindo-lhe os matizes ideológicos que a caracterizam.¹⁵

6. Fato inconteste é a convivência da liberdade de iniciativa com a presença do Estado, expressa em uma economia mista emergente da sociedade industrial contemporânea. Impõe-se, portanto, a consideração de tal circunstância em um estudo da autonomia privada e da garantia constitucional da liberdade de iniciativa que deve ser feito, por isso mesmo, à luz de critérios históricos e epistemológicos que permitam a identificação e a superação dos critérios político-ideológicos determinantes.

No evolver do trabalho, guarda-se inicialmente a distinção a que os mais recentes estudos de teoria e de sociologia do direito vêm chegando, e que consiste na concepção do direito como estrutura e do direito como função, estabelecendo-se, no curso do trabalho, algumas premissas teóricas, de cunho metodológico, a

¹³ KARL RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Bologna, 1981 p. 46.

¹⁴ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ ORLANDO GOMES, *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, 1983, p. 11.

saber: 1) os valores como fundamento do direito e os diversos ângulos de apreciação do fenômeno jurídico; 2) o direito como sistema de controle e de direção social e a funcionalização dos institutos jurídicos; 3) as clássicas dicotomias direito público-direito privado, direito civil-direito constitucional e sua superação; 4) a evolução do Estado de Direito para o Estado Social; 5) a autonomia privada como poder jurídico e o negócio jurídico como sua expressão; 6) a ordem econômica e os limites que impõe à autonomia privada; 7) a garantia constitucional da autonomia privada e da liberdade de iniciativa.

7. A questão de direito que se coloca, portanto, é a de interpretar o art. 160, I, da Constituição Brasileira, para o que se deve adotar, por mais convenientes, o critério lógico-sistemático, integrando e relacionando tal princípio com os demais dispositivos do sistema, e o histórico, apreciando sua gênese e evolução político-axiológica no curso dos tempos.

8. Pressuposto inicial e axiomático é o caráter histórico e relativo do fenômeno jurídico, tanto no seu aspecto de sistema de produção normativa quanto no de sistema de elaboração científica. Reflete, assim, os princípios dominantes na sua gênese, e apresenta-se, por isso mesmo, sob a forma de modelos correspondentes a outros de natureza social e econômica, constituindo todos, em conjunto, um vasto sistema de controle social.

Como fato histórico e relativo o direito é, também, e por isso mesmo, fato de extremo significado cultural, o que determina sejam considerados, no seu processo hermenêutico, não só o aspecto dogmático mas também, e principalmente, o axiológico e o ideológico, pois os sistemas jurídicos representam uma ideologia e uma determinada visão do mundo.

9. No seu aspecto sociológico, o direito é um sistema normativo de controle social, disciplinando e orientando o comportamento dos indivíduos no seu dia-a-dia.

No seu aspecto normativo, o direito apresenta-se sob a forma de regras ou normas jurídicas, cuja função é, precisamente, a de exercer o controle social mencionado. Tais regras distinguem-se das demais normas de comportamento pela especial garantia de observância que a Sociedade e o Estado lhes conferem. Quem as edita é o próprio Estado ou os particulares no exercício do poder de autonomia privada que o primeiro lhes reconhece. Apresentam-se sob a forma de proposições ou juízos, autorizando, impondo, organizando. Sua aplicação depende de se verificarem as circuns-

tâncias para que foram hipoteticamente criadas. São, assim, juízos hipotéticos, que o Estado cria ou permite criar para o exercício de controle e de direção social.

No seu aspecto axiológico, o direito busca realizar, através da aplicação das normas jurídicas, os valores dominantes no meio e no grupo social criados do mesmo direito. Os valores são, assim, o fundamento dos sistemas e das regras jurídicas. Dizem-se fundamentais, quando básicos para o sistema de direito, como a segurança, a justiça, o bem comum. Consecutivos, quando se configuram como efeito imediato da realização dos valores fundamentais, como a liberdade, a igualdade e a paz social. E instrumentais, quando consistem em meio de realização dos anteriores. Basicamente são as garantias que a Constituição outorga para a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos.

10. Além da concepção estrutural do direito, que enfoca o seu modo de constituição temos a funcional, que se preocupa em verificar para que serve o direito, qual a sua função na sociedade contemporânea. Essa mudança de ótica permite visualizar uma utilização do direito não só como instrumento de controle mas também como sistema de direcionamento social, apontando novos objetivos a alcançar e motivando os indivíduos ou grupos para tais finalidades. Para tanto, serve-se o direito de normas de comportamento e de normas de organização. Com as primeiras, permite a convivência social e assegura a máxima liberdade às pessoas, o que era próprio do Estado liberal, criado em função dessa liberdade. Com as segundas, possibilita a cooperação das pessoas na realização de objetivos comuns, reduzindo a liberdade individual por meio das chamadas normas de organização, próprias do Estado intervencionista.

O art. 160, I, da nossa Constituição revela essa função, ao dispor que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base em uma série de princípios em que se destacam a liberdade de iniciativa e a função social da propriedade.

11. Aceita a concepção funcional do direito, torna-se mais fácil, e altamente compensador, superar as tradicionais dicotomias direito público-direito privado, direito constitucional-direito civil, partindo-se para uma visão unitária do sistema jurídico a facilitar-lhe a respectiva interpretação.

12. Aspecto decisivo na aceitação da idéia funcional do direito foi o processo de passagem do Estado de direito para o Estado social.

O Estado de direito é produto da Revolução Francesa. Criado à luz dos postulados desse movimento, o da proteção à pessoa, o da autonomia da vontade e o da propriedade privada, símbolos do liberalismo clássico, esse tipo de Estado apresentava-se como um sistema jurídico baseado na separação dos poderes, na limitação do poder político e na suprema garantia dos direitos individuais. Seu principal objetivo era proteger esses direitos, principalmente a liberdade e a propriedade.

Com os problemas sociais decorrentes da Revolução Industrial, viu-se o Estado compelido a utilizar o Direito não mais como simples instrumento de controle mas também como de reforma social, para o que se criou intensa legislação à margem dos Códigos, desagregando o direito civil clássico e pondo em crise o sistema do individualismo jurídico.

A questão que surgiu foi a de saber-se como conciliar os princípios clássicos do direito, entre os quais a autonomia da vontade e a liberdade, com os novos anseios de justiça social.

13. A autonomia privada, princípio fundamental dos sistemas jurídicos, é o poder que os particulares têm de disciplinar juridicamente os seus interesses e as suas relações jurídicas. É verdadeiro poder jurígeno, válido e eficaz nos limites que o Estado lhe confere, permitindo-lhe uma esfera de atuação em matéria patrimonial, econômica. Exprime-se nas chamadas liberdades contratuais e na liberdade de iniciativa do art. 160, I, tendo-se firmado principalmente, não obstante sua milenar existência, com o liberalismo econômico, mercê de sua grande utilidade social. Sua forma de expressão é o negócio jurídico, cuja elaboração doutrinária é fruto e glória da ciência pandectista do século XIX.

14. Entre os diversos limites da autonomia privada figura a ordem pública, conjunto de princípios e regras que disciplinam e protegem os interesses fundamentais do Estado, ou que estabelecem, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade.

Setor especial da ordem pública é a ordem pública econômica e social, conjunto de princípios, normas e controles incidentes sobre matéria econômica. Com tal sistema participa o Estado na economia intervindo, quando e como necessário, no sistema produtivo para o fim de regular as forças do mercado e permitir sua utilização na forma dos valores fundamentais do sistema.

Sua função é, portanto, a de estabelecer limites, mediante a presença do Estado como instituição suprema de direção e proteção.

Seu fundamento, no sistema jurídico brasileiro, é o bem comum, o bem-estar material das pessoas e da sociedade, cujo alcance

pressupõe a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social.

15. Para a obtenção de tais objetivos, o sistema jurídico brasileiro, em uma perspectiva funcional do direito, lastreia-se em vários princípios, pertinentes a uma concepção neoliberal econômica conjugada com os postulados da doutrina da Igreja. Preserva, desse modo, a liberdade de iniciativa econômica, fundamento e expressão constitucional da autonomia privada, e a função social da propriedade, inserindo ambos os princípios no instituto da ordem econômica e social, o que, de per si, já demonstra os limites e a função desse instituto.

16. A liberdade de iniciativa nasceu do direito de propriedade, apresentando-se como o poder que os particulares têm de desenvolver uma atividade econômica. É, por isso, insita e característica do liberalismo econômico e dele postulado fundamental.

Relativamente à autonomia privada é mais ampla. Tem, porém, o mesmo fundamento, a liberdade, a liberdade econômica.

Inserindo tal princípio na ordem econômica e social, a Constituição brasileira reconhece-o e assegura o sistema de produção capitalista, ou economia de mercado, baseado na propriedade privada dos meios de produção, na liberdade de iniciativa econômica e na liberdade de concorrência.

17. Quanto à sua natureza jurídica, se apreciarmos o fenômeno jurídico sob o ponto de vista normativo, o princípio da liberdade de iniciativa econômica apresenta-se como norma jurídica programática, dirigida ao legislador, o que não afasta, na forma das mais recentes concepções doutrinárias, a sua imediata preceptividade.

Se o considerarmos sob a perspectiva da teoria relacional, esse princípio revela-se no seu possível conteúdo, que é de direitos subjetivos de natureza econômica, resultantes do exercício da autonomia privada, do exercício de uma liberdade que a Constituição reconhece.

18. Quanto ao problema de garantia constitucional, podemos visualizá-la de modo indireto e de modo direto.

Na primeira hipótese, tal garantia existe pela simples circunstância histórico-ideológica de que a liberdade de iniciativa, e ou a autonomia privada, são inerentes à essência ideológica do sistema político-jurídico, o capitalismo no seu aspecto neoliberal.

Na segunda hipótese, existem mecanismos diretos de atuação no próprio texto constitucional.

Considerada a liberdade de iniciativa econômica sob o critério normativo, exprime-se na forma de norma programática. A garantia do cidadão é a declaração de sua inconstitucionalidade, de modo incidental ou de modo direto.

Considerada sob o critério relacional, exprimindo-se como direito subjetivo econômico, sua defesa é o mandado de segurança, observadas, em ambas as hipóteses, as prescrições legais específicas.

Considerada sob o ponto de vista institucional, pelo qual a ordem econômica e social se apresenta como instituto, complexo de regras sobre determinada matéria, criando direitos, deveres e limitações, entre as quais a possibilidade de intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, outra garantia da liberdade de iniciativa econômica é a reserva de lei.