

DESCORTINANDO UM DIREITO FUNDAMENTAL: NOTAS SOBRE A LIVRE INICIATIVA

Marcelo Lauar Leite*

RESUMO

Trata-se de trabalho que visa a delinear o conteúdo material da *livre iniciativa*, bem como a sua natureza jurídica enquanto direito fundamental. A fim de desenvolver o tema com o rigor científico que lhe é merecedor, sem perder de lado a repercussão prática de seu interesse, amparou-se em sólida doutrina constitucional, bem como em diversos precedentes judiciais brasileiros. Para tanto, fez-se, primeiramente, um apanhado histórico sobre a inscrição da livre iniciativa enquanto direito no mundo moderno e contemporâneo, com destaque natural ao sistema brasileiro. Em seguida, debruçou-se no descortinar do seu conteúdo jurídico. Por fim, averiguou-se a adequação do conteúdo da liberdade de iniciativa à teoria dos direitos fundamentais, de modo a definir a sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Livre Iniciativa. Direitos Fundamentais. Conteúdo Material.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história da livre iniciativa é intimamente ligada à evolução do direito de propriedade, do qual se destacou com o desenvolvimento do comércio, das feiras e dos *burgos* durante as Idades Média e Moderna. Com este, o sistema econômico passou a contar com dois núcleos autônomos, a saber: a propriedade, como direito subjetivo e atributo essencial da pessoa humana; e a liberdade de iniciativa, enquanto poder da burguesia, dos empresários e dos particulares ao desenvolvimento de uma atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens e serviços¹.

* Advogado. Professor dos Cursos de Pós-Graduação e Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), com ênfase em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis pelo Programa de Recursos Humanos da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCT n 36). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra.

¹ Conforme ensina ANTÔNIO BALDASSARRE (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica : fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 23, n. 92, p.221-240, out/dez 1986, p. 226).

Por essa razão, a liberdade de iniciativa é a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista. Carrega, como expressão maior, a autonomia privada, realizando-se, por exemplo, nos negócios jurídicos².

Contudo, nem a academia, tampouco os tribunais, nas criações diuturnas de suas *normas de decisão*, parecem chegar a algum consenso sobre o *conteúdo da livre iniciativa*. Em outras palavras, *o que representa, concretamente, esse direito constitucional?* Seria possível categorizar sua natureza jurídica como um *direito fundamental*?

Responder a essas perguntas é, sem dúvida, um caminho que precisa ser enfrentado pela doutrina. Trata-se de um caminho imperioso a fim de se evitar decisões judiciais que, sem embasamento no sistema jurídico, afastam ou asseguram direitos com base em uma pretensa proteção à liberdade de iniciativa.

Para tanto, este trabalho se presta a perfazer, primeiramente, um apanhado histórico sobre a inscrição da livre iniciativa enquanto direito no mundo moderno e contemporâneo, com destaque natural ao sistema brasileiro. Em seguida, debruçar-se-á no descortinar do seu conteúdo jurídico. Ao final, averiguar-se-á a adequação do conteúdo da liberdade de iniciativa à teoria dos direitos fundamentais, de modo a definir a sua natureza jurídica.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA LIVRE INICIATIVA

Desde a Revolução Francesa, a *livre iniciativa* era considerada um dos aspectos da liberdade geral dos cidadãos. Atribui-se ao *Decret d'Allardes*³, de 2 e 17 de março de 1791, o primeiro assentamento ocidental sobre a liberdade de empresa, comércio, indústria e concorrência. Para exercê-la, bastaria ao empreendedor a prévia quitação de um tributo específico, então chamado *patente*.

Três meses depois, em 14 de junho de 1791, os preceitos do *Decret d'Allardes* foram reforçados pela *Loi le Chapelier*⁴, a qual previa severas punições para as corporações que se

² AMARAL NETO, *op. cit.* p. 229.

³ “Article 7: A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.”

⁴ “Art. 7. Ceux qui useraient de menaces ou de violences contre les ouvriers usant de la liberté accordée par les lois constitutionnelles au travail et à l'industrie, seront poursuivis par la voie criminelle et punis suivant la rigueur des lois, comme perturbateurs du repos public.

Art. 8. Tous attroupements composés d'artisans, ouvriers, compagnons, journaliers, ou excités par eux contre le libre exercice de l'industrie et du travail appartenant à toutes sortes de personnes, et sous toute espèce de conditions convenues de gré à gré, ou contre l'action de la police et l'exécution des jugements rendus en cette

reunisses visando a degradar, de alguma forma, o livre exercício da indústria e do trabalho. Em suma, ambas as normas francesas denotavam que as atividades comerciais e profissionais poderiam ser praticadas por qualquer interessado, observadas as restrições por proteção à segurança pública⁵.

Com o passar dos anos, a livre iniciativa ganhou previsão expressa na maioria das cartas constitucionais ocidentais do último século, tais como a Mexicana de 1917⁶, a Alemã de 1949⁷ (*grundgesetz*), a Portuguesa de 1974⁸ e a Espanhola de 1978⁹.

No Brasil, a vanguardista Constituição Imperial de 1824 já trouxe, em seu art. 179, XXIV¹⁰, a proibição de qualquer gênero de trabalho, indústria ou comércio, desde que estes obedecessem aos costumes sociais, à segurança e à saúde dos cidadãos.

Por sua vez, a primeira Constituição Republicana brasileira – a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1891, em seu art. 72, § 24¹¹, assegurava aos

matière, ainsi que contre les enchères et adjudications publiques de diverses entreprises, seront tenus pour attroupements séditieux, et, comme tels, ils seront dissipés par les dépositaires de la force publique, sur les réquisitions légales qui leur en seront faites, et punis selon tout la rigueur des lois sur les auteurs, instigateurs et chefs desdits attroupement, et sur tous ceux qui auront commis des voies de fait et des actes de violence.”

⁵ FARIA, Werter. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 105.

⁶ “Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

⁷ “Art. 9. (1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.

(2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.

(3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.”

⁸ “Artigo 61.º

Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária

1. A iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos.

3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas.

4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública.

5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.”

⁹ “Artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

¹⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.”

¹¹ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

(...).”

brasileiros e estrangeiros residentes no país o *livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*.

Já a Constituição de 1934, em seu art. 115¹², organizou a ordem econômica conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, garantindo, dentro desses limites, a *liberdade econômica*.

A seu turno, o art. 135¹³ da Lei Maior outorgada por Getúlio Vargas em 1937 fundou a riqueza e a prosperidade nacional na *iniciativa individual*, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, só sendo legítima a intervenção estatal no domínio econômico para suprir as deficiências da liberdade privada e coordenar os fatores de produção.

O fim da segunda guerra mundial e a redemocratização do país ensejaram a promulgação, durante o mandato de Eurico Gaspar Dutra, da Magna Carta de 1946, que alçou, pela primeira vez, expressão próxima à atual *livre iniciativa*, nos termos de seu art. 145¹⁴.

A Lei Maior de 1967, emanada no seio da ditadura militar, foi pioneira na consideração da *liberdade de iniciativa* como um *princípio* da ordem econômica, buscando a realização da justiça social, na esteira de seu art. 157, I¹⁵, *status* inalterado após a outorga da Emenda Constitucional n.º 1/69, que, tão-somente, reposicionou-a ao art. 160, I.

Finalmente, na vigente *Constituição Federal de 1988*, a *livre iniciativa* foi alçada à *categoria de fundamento não apenas da ordem econômica*¹⁶, *mas de toda a República*¹⁷,

¹² “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” (Grifou-se).

¹³ “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.” (Grifou-se).

¹⁴ “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

¹⁵ “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

(...)”. (Grifou-se).

¹⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)”. (Grifou-se).

¹⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)”. (Grifou-se).

elevando-se a grau de valor intrínseco de todo o arcabouço jurídico-pátrio, sendo sua observância impositiva às funções executiva, legislativa e jurisdicional do Estado.

3 FACETAS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA

Enquanto *fundamento*, pode-se considerar a *livre iniciativa* como *causa, razão de ser* da ordem econômica constitucional, ligando-se à sua finalidade – assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social – por meio dos *princípios*, os pontos de partida para a efetivação dos comandos da Constituição Econômica¹⁸.

Contudo, a pura e simples leitura da expressão *livre iniciativa* não traz a segurança necessária à definição de seu conteúdo, pelo que se exige do hermenêuta uma interpretação sistemática, de modo a fixar, com alguma segurança, a abrangência do fundamento magno.

Perfazendo-se esse desiderato, vislumbram-se quatro facetas da *livre iniciativa* no direito constitucional brasileiro, quais sejam: as liberdades de *empreendimento, associação, contrato e ação profissional*¹⁹.

3.1 LIBERDADE DE EMPREENDER ECONOMICAMENTE

Trata-se da acepção mais comum da *livre iniciativa*, inscrita no art. 170, parágrafo único²⁰, da Lei Maior. Por ela, todos têm o direito de **desenvolver atividade econômica**, seja na produção, escoamento, comércio ou indústria, independentemente da autorização de órgãos públicos, obedecendo-se, naturalmente, às limitações decorrentes do *princípio da legalidade*²¹, dos demais valores da própria ordem econômica e da atuação do Estado

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 14-15. Nessa passagem, os autores se referem à obra de WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA.

¹⁹ Adotam-se, destarte, os aspectos visualizados por ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU (Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 874, ago. 2008, p. p. 70-100, ago. 2008, São Paulo, p. 76).

²⁰ “Art. 170. (...)

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²¹ Constituição Federal de 1988

“Art. 5º. (...)

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...).” (Grifou-se).

enquanto agente regulador²², restrições enquadradas no *status passivo* da teoria de GEORG JELLINEK, a ser vista doravante.

Além disso, a liberdade de empresa detém características basilares, a serem observadas por todos os atores do mercado, tais como: a aceitação ética da finalidade lucrativa; a permissão da apropriação privada da propriedade e dos bens de produção e consumo; a consideração da concorrência como meio adequado à eficiência, na medida da melhora na qualidade produtiva coadunada à redução dos preços²³; a liberdade de ingresso, manutenção e saída do agente econômico dentro do mercado de atuação; e a escolha, pelo agente econômico, do objeto, da forma, do lugar e do tempo do exercício de empresa, permitindo-se a livre articulação dos fatores de produção²⁴.

Sendo a liberdade de empreender economicamente um *fundamento republicano*, impõe-se, ao Estado, a edificação de outros fatores inerentes ao empreendedorismo. É o caso do desenvolvimento de adequados sistemas de tributos, transporte, registros e crédito²⁵.

3.2 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A sociabilidade é inerente aos seres humanos, derivando da necessidade de conjugação de forças para a superação de resistências materiais e imateriais, rompendo-se obstáculos que dificultam a obtenção dos resultados perquiridos. Em todos os campos da atividade humana, com maior ou menor intensidade, sempre se manifestou o espírito associativo, seja para a realização de fins religiosos, morais, artísticos ou comerciais²⁶.

Por essa razão, GILMAR MENDES, INOCÊNCIO COELHO e PAULO BRANCO²⁷ grassam que a liberdade de associação se presta a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o Estado Democrático de Direito.

²² Constituição Federal de 1988

“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.” A concentração do poder econômico nas mãos de poucos invoca a necessidade de intervenção estatal, sob pena de a livre iniciativa sucumbir. Por essa razão, a ao contrário do que se pode imaginar, a intervenção do Estado no domínio econômico não limite a liberdade de iniciativa, mas, sim, a garante (PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.)

²³ As três primeiras características são apontamentos de Themístocles Brandão Cavalcanti, considerando a liberdade de iniciativa sob o aspecto da *free enterprise* norte-americana. (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 239.)

²⁴ ABREU, *op. cit.*, p. 75; Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp n.º 1075673/DF, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Publicação: DJ, em 10-9-10.

²⁵ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 44.

²⁶ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 12.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Quando não podem obter, por si mesmos, os bens da vida que desejam, homens somam esforços, e a associação é a fórmula para tanto. Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca e cooperação. Indivíduos podem se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, em mútuo apoio, para fins religiosos, de promoção de interesses gerais ou da coletividade, altruísticos, ou de se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, *livre iniciativa* e autonomia da vontade.

É nesse sentido que, para PONTES DE MIRANDA²⁸, tem-se por *associação* toda aliança voluntária entre pessoas, baseada em contrato ou estatuto, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim lícito, sob direção unificante.

De fato, a comunhão de esforços para o alcance de um objetivo convergente se mostra como uma das mais relevantes maneiras de atuação privada no domínio econômico²⁹.

A liberdade de associação é faceta da *livre iniciativa* alteada expressamente à condição de *direito fundamental*³⁰, assegurando a vigente Carta Magna, em seu art. 5º, XVII a XX, a plenitude de associação para fins lícitos, de modo que *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*; há, pois, liberdade.

Tal aspecto engloba *qualquer tipo de associação ou sociedade, inclusive as empresárias* (fim lucrativo), aplicando-se aos contratos coligativos em geral, como os acordos entre quotistas ou acionistas de sociedades³¹. Na relação associativa com almejos lucrativos, os sócios têm o propósito de unir ânimos e recursos para desenvolver uma atividade comum e dividir os resultados obtidos³².

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição e 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. 2. ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 608.

²⁹ ABREU, *op. cit.*, p. 76.

³⁰ Segundo Carl Schmitt, sob um ponto de vista formal, são *direitos fundamentais* aqueles que receberam da Lei Maior um grau mais elevado de garantia ou de segurança, unicamente alteráveis por emenda constitucional. Materialmente, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 561).

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 267; STJ, Recurso Especial n.º 867101/DF, Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Publicação: DJ, em 24-6-10; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), Apelação Cível n.º 2001.001372-5, Relator para acórdão: Juiz João Rebouças (convocado), Segunda Câmara Cível, Publicação: DJ, em 6-5-03; TJRN, Apelação Cível n.º 2002.001110-5, Relator para acórdão: Juiz João Rebouças (convocado), Segunda Câmara Cível, Publicação: DJ, em 6-5-03; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Apelação Cível n.º 0276459-50.2009.8.26.0000, Relator: Desembargador João Carlos Garcia, Nona Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ, em 2-3-11; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), Apelação Cível n.º 2006.039229-3, Relator: Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Terceira Câmara de Direito Comercial, Publicação: DJ, em 3-12-07; TJSC, Apelação Cível n.º 2009.067901-5, Relator: Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, Terceira Câmara de Direito Comercial, Publicação: DJ, em 12-5-10.

³² WALD, Arnaldo. Sociedade limitada. necessidade de aprovação do quotista na transferência de quotas. direito de bloqueio. direito do sócio remanescente de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas

Não por acaso, o art. 113, I³³, do Projeto de Lei n.º 1.572/11³⁴, elege a *liberdade de associação* como *princípio do direito comercial societário*.

3.3 LIBERDADE DE CONTRATO

Adstringendo-se à seara privada, tem-se por *contrato* todo negócio jurídico bilateral surgido por meio de um consentimento válido, emanado de vontades livres, pressupondo-se a conformidade com a ordem legal, visando a objetos específicos, ou seja, a produção de direitos³⁵.

Impossível falar-se em *liberdade de empreender economicamente* e de *associação* sem se vislumbrar, implicitamente, a *liberdade contratual*. Naturalmente, a existência de limites ao exercício desta não retira de si o aspecto *livre*, na medida da almejada convivência harmônica com outros valores constitucionais. Assim, exemplificativamente, a necessidade de observância da função social contratual, bem como de os pactuantes serem obrigados a preservar os princípios da probidade e da boa-fé, exsurge para preservar outros interesses públicos, *v.g.*, a *proteção do consumidor*.

Embora o Código Civil preveja diversas formas de contratos *civis* e *empresariais*, as partes podem estipular, em regra, pactos atípicos, desde que aquelas sejam capazes e estes tenham um objeto lícito, possível e determinável³⁶.

do outro sócio. quebra da affectio societatis e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 27, jan. 2005, p. 141-200, São Paulo, p. 154.

³³ “Art. 113. São princípios do direito comercial societário:

I – liberdade de associação;

(...)”.

³⁴ Capitaneado por FÁBIO ULHÔA COELHO, visando à instituição de um novo Código Comercial.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

³⁶ Código Civil.

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

(...)

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

(...)

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

3.4 LIBERDADE DE AÇÃO PROFISSIONAL

Como já visto, foi sob a faceta da liberdade de ação profissional que a primeira Constituição Republicana brasileira, em seu art. 72, § 24, fez referência à livre iniciativa.

Atualmente, a Lei Fundamental assevera a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais estabelecidas pelo sistema jurídico constitucional e infraconstitucional, nos termos do seu art. 5º, XIII.

Malgrado a Constituição fale tão-somente em *exercício*, a liberdade ora enfocada abrange, também, a opção pela profissão predileta. A regra é, portanto, a não interferência nas escolhas laborais, desde que não haja lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do trabalho.

Quando se fala em *lei*, deve-se entendê-la em sua acepção ampla, afinal, a própria Constituição Federal restringe o acesso a algumas funções públicas apenas a brasileiros – excluindo-se, assim, os estrangeiros residentes no país –, condicionando tal exercício, em regra, à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos³⁷.

Para o Supremo Tribunal Federal³⁸, a limitação do exercício profissional só se justifica quando houver relevante necessidade de proteção da ordem pública ou dos direitos individuais, na eventualidade da atração de riscos sociais, como ocorre com os resultados práticos advindos da engenharia, da medicina e da advocacia.

³⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 257-258.

Constituição Federal de 1988

“Art. 12. (...)

(...)

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa”.

“Art. 37. (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)”

³⁸ STF, Recurso Extraordinário n.º 414426, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Publicação: DJ, em 12-8-11.

4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

4.1 BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina internacional é farta quanto à tentativa de definição do alcance e conteúdo dos direitos fundamentais. Sob um ponto de vista formal, CARL SCHMITT os entendia como *aqueles que receberam da Lei Maior um grau mais elevado de garantia ou de segurança, unicamente alteráveis por emenda constitucional. Materialmente, variariam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra*, dizendo respeito a todos aqueles que conferem direitos subjetivos às pessoas físicas ou jurídicas, possuindo uma estreita intimidade com o princípio da dignidade da pessoa humana³⁹.

Doutrina moderna, capitaneada por LEONARDO MARTINS e DIMITRI DIMOULIS⁴⁰, os define como *direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais e que encerram caráter supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*.

Classicamente, grassa-se a existência de quatro *gerações* ou *dimensões* de direitos fundamentais. A *primeira* consagra os direitos da *liberdade*, primeiros a constar nos instrumentos normativos constitucionais ocidentais, tendo por titular o indivíduo, que pode exercer a resistência e a oposição perante o Estado; a *segunda* abarca o direito à *igualdade*, a saber, os sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; a *terceira* alberga a *fraternidade*, isto é, o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e a comunicação; por fim, a *quarta* representa a *globalização política*, filiando-se aos ideais de democracia, informação e pluralismo⁴¹.

Os direitos fundamentais conferem aos seus titulares uma pretensão de adoção de comportamentos positivos, negativos ou de sujeição em face do Estado (eficácia vertical) ou dos próprios particulares (eficácia horizontal), fornecendo diretrizes vinculantes para a atuação do Poder Público – incluído, aqui, o Poder Judiciário – nos termos da *teoria dos quatro status* do alemão GEORG JELLINEK, na qual⁴²:

³⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 561.

⁴⁰ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

⁴¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 562-571.

⁴² HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010, p. 345.

- a) pelo *status passivo*, o indivíduo está subordinado aos poderes estatais, legitimando-se as restrições ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, em benefício dos titulares de outros direitos fundamentais;
- b) pelo *status ativo*, permite-se ao cidadão a participação efetiva na formação da vontade estatal, v.g., exercendo direitos políticos;
- c) pelo *status negativo*, é possível se exigir do Estado uma esfera de atuação protetora de ingerências indevidas, garantindo-se a liberdade;
- d) pelo *status positivo*, assegura-se a possibilidade de os indivíduos utilizarem as instituições estatais para exigir prestações específicas, como os direitos sociais.

O *status passivo* possibilita **restrições** aos direitos fundamentais, sem que, com isso, possa se falar em extinção desse direito, ainda que ele decorra de um *status negativo*, como é o caso das *liberdades*. Tais limitações podem ser admitidas em algumas hipóteses, a saber⁴³:

- a) quando o exercício do direito fundamental **extrapola a sua área de proteção**, v.g., o direito de reunião pode ser livremente exercido em tempos de paz, mas pode ser vedado se o seu exercício se der por pessoas armadas;
- b) se o Estado, com ou sem prévia reserva legal, regulamenta um direito fundamental, v.g., o direito à propriedade é regulamentado pelo Código Civil, pelo Estatuto da Terra, entre outros diplomas; o exercício da profissão é livre, atendidas às qualificações que a lei estabelecer;
- c) diante da decretação do Estado de Defesa ou do Estado de Sítio;
- d) nas colisões entre direitos fundamentais.
- e)

4.2 A LIVRE INICIATIVA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Já se viu que a *liberdade* se apresenta como um *direito fundamental de primeira dimensão*, enquadrado na categoria do *status negativo* de GEORG JELLINEK, pelo qual se permite aos indivíduos a oposição diante das ingerências ilegítimas do Estado.

Outrossim, a autonomia privada, capacidade do indivíduo de determinar o seu comportamento individual, figura como um dos principais componentes do direito fundamental à *liberdade*.

Assim, a *liberdade de iniciativa* é congênere às demais liberdades asseguradas pela Constituição, sendo concebida como livre-arbítrio humano, independentemente das limitações de que possa ser destinatária⁴⁴. Trata-se do *viés econômico do direito à liberdade*.

⁴³ MARTINS e DIMOULIS, *op. cit.*, p. 152-168.

Por isso, as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o seu conteúdo essencial, como um *direito fundamental*, funcionando como um limite negativo à atuação dos poderes estatais⁴⁵.

Nesse sentido, a própria Constituição categorizou a *liberdade de associação* e a *liberdade de ação profissional* como direitos fundamentais (ponto 3).

Ademais, muito embora as *liberdades de empreender economicamente* e de *contrato* não estejam expressamente consignadas no rol do Título II da Lei Maior, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 adotou a *concepção material dos direitos fundamentais*, extraída de seu art. 5º, § 2º⁴⁶.

Com isso, o constituinte originário definiu que *outros direitos e garantias, além dos consagrados ao longo do Título II da Carta Magna, podem, sim, ser fundamentais, desde que assim decorra do regime e dos princípios por ela adotados*⁴⁷, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Naturalmente, sendo livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, esse regime de liberdade abrange, também, a liberdade de *empreender economicamente*, o que só pode ser possível diante da possibilidade de formação de *contratos*⁴⁸.

Por conseguinte, *tem-se a livre iniciativa como um direito fundamental assegurado pelo Estado brasileiro*, afinal, trata-se de um *direito público-subjetivo de pessoas físicas ou jurídicas*, representado pelas liberdades de trabalho, empreendimento econômico, contrato e associação, decorrências do princípio da autonomia privada, corolário basilar do *direito à liberdade*.

⁴⁴ AMARAL NETO, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁵ PETTER, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶ “Art. 5.º (...)

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴⁷ Exemplificativamente, vide o seguinte *leading case* do STF: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); (...).” (Grifou.se STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939/DF, Relator: Ministro Sidney Sanches, Tribunal Pleno, Publicação: DJ, em 18-3-94.

⁴⁸ PETTER, *op. cit.*, p. 180.

Ademais, insista-se que a livre iniciativa está expressamente contida em dispositivos constitucionais que encerram caráter supremo dentro do Estado, *v.g.*, por sua categorização enquanto fundamento republicano e da ordem econômica e pela inserção de algumas de suas facetas no rol do art. 5º.

Por fim, ela se figura inarredável *limitação ao exercício do poder estatal em face da liberdade individual*, só podendo ser restrita (*status negativo*) nas hipóteses de colisão com outros direitos fundamentais, extrapolação de sua área de proteção, regulamentação estatal condizente ao seu conteúdo, ou decretação de estado de sítio ou de defesa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante este trabalho, verificou-se que a *livre iniciativa* é a pedra de torque e o dinamismo do modo de produção capitalista brasileiro, sendo elevada constitucionalmente aos graus de fundamento (causa, razão de ser) da República e de sua ordem econômica.

Contudo, para que as decisões judiciais possam *concretizar a livre iniciativa*, é preciso fixar a abrangência desse fundamento, extraíndo-se do sistema jurídico brasileiro suas quatro facetas, quais sejam: as *liberdades de empreendimento, associação, contrato e ação profissional*.

Trata-se, ademais, de *direito fundamental de primeira geração*, porquanto cumula a natureza de direito público-subjetivo de pessoas físicas ou jurídicas, está expressamente contida em dispositivos constitucionais, encerra caráter supremo dentro da geografia constitucional e limita o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Por fim, a restrição à liberdade de iniciativa pode se dar pelo *status passivo* próprio aos direitos fundamentais, quando houver colisão com outros direitos fundamentais, extrapolação de sua área de proteção ou regulamentação legítima por parte do Estado legislador ou decretação de Estado de Defesa ou de Sítio.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 874, ago. 2008, p. p. 70-100, ago. 2008, São Paulo.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica : fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 23, n. 92, p.221-240, out/dez 1986, Brasília.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FARIA, Werter. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990.

HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição e 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. 2.ed. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

WALD, Arnaldo. Sociedade limitada. necessidade de aprovação do quotista na transferência de quotas. direito de bloqueio. direito do sócio remanescente de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas do outro sócio. quebra da affectio societatis e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 27, jan. 2005, p. 141-200, São Paulo.