DAS RESTRIÇÕES ESTATAIS AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

STATE RESTRICTIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREE ENTERPRISE

Ana Paula da Silva Liberalino[1]

Marcelo Lauar Leite[2]

RESUMO: A livre iniciativa — ou liberdade econômica — apesar de estar expressamente prevista como fundamento da Ordem Econômica Brasileira, no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, é, por vezes, mencionada — pela doutrina e jurisprudência — como um princípio. Além desse embaraço de conceitos jurídicos, há pouco desenvolvimento científico acerca do que é a livre iniciativa e, consequentemente, baixa garantia desse direito constitucional. Indaga-se: o que é a liberdade econômica e quais prerrogativas individuais esta compreende? Em face de quê ou de quem se exerce tal direito constitucional? Este possui limitações? Se sim, em quais hipóteses? Para responder tais questões, essa pesquisa investigará o conceito de livre iniciativa, o qual será perseguido através da exposição de aspectos históricos e evolutivos da noção de liberdade econômica, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e comparado. Analisar-se-á as prerrogativas que a livre iniciativa compreende, ou seja, quais são os direitos individuais por ela abrangidos. Em seguida, averiguar-se-á a natureza jurídica da liberdade econômica no sistema normativo do Brasil e, por fim, em quais hipóteses tal direito constitucional pode ser limitado pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Livre iniciativa; conteúdo; natureza jurídica; direito constitucional; restrição estatal.

ABSTRACT: Free enterprise - or economic freedom - despite being expressly provided as the foundation of the Brazilian economic order, in the caput of artigo 170 of the Federal Constitution, is sometimes mentioned - by the doctrine and jurisprudence - as a principle. In addition to this embarrassment of legal concepts, there is little scientific development of what is free enterprise, and, therefore, low guarantee to this constitutional right. The question proposed: what is economic freedom and which individual prerogatives comprises this? In the face of what or who is exercised this constitutional right? This has limitations? If yes, in which cases? To answer these

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Membro dos grupos de pesquisa da UFERSA: Teoria Geral do Direito e Estudos Clássicos (GTDEC) e Relações jurídicas e atividade econômica. anplib@gmail.com

2 Advogado. Professor Assistente-A do Curso de Direito da UFERSA. Bacharel e Mestre pela UFRN. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra. marcelo.lauar@ufersa.edu.br

questions, this research will investigate the concept of free enterprise, which will be pursued through the exhibition of historical and evolutionary aspects of the notion of economic freedom in the light of the Brazilian and compared law. It will analyze the prerogatives that the free enterprise comprises, that is, what are the rights of individuals covered by it. Then, it will be to ascertain the legal nature of economic freedom in the regulatory system in Brazil and, finally, in which cases such constitutional right may be restricted by the state.

KEY-WORDS: Free enterprise; content; legal nature; constitutional right; State restrictions.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra a livre iniciativa como *razão de ser* da Ordem Econômica brasileira — ao lado da valorização do trabalho humano. Ademais, seus valores sociais são tidos como fundamento da República, afetando, por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais (PETTER, 2013, p. 57).[3]

A livre iniciativa é desdobramento da liberdade humana (GRAU, 2014, p. 199), a qual tem por expressão a *autonomia privada* ou *capacidade de autogoverno* — em seu sentido amplo[4] —, ou seja, a concepção de que o indivíduo é livre para fazer as escolhas concernentes à sua vida particular. Esse *espaço* de possibilidades concedido à criatividade humana é considerado o *motor da sociedade* (MARTINS FILHO, 2010, p. 290).[5] Destarte, não possui menor importância em relação à economia, uma vez que é através da vontade criadora dos indivíduos que se assegura o desenvolvimento econômico de uma nação.

Como fundamento, a livre iniciativa irradia diversos corolários nos quais deve prevalecer a liberdade do sujeito de direito. A acepção mais comum — e, portanto, mais desenvolvida pela doutrina e jurisprudência — da livre iniciativa equivale à *liberdade de empreender economicamente* (LEITE, 2013, p. 05.),[6] a qual consta no artigo 170, parágrafo único,[7] da Carta Magna.

Não obstante sua importância constitucional, a livre iniciativa não tem um conceito jurídico bem definido, em razão da pouca exploração doutrinária e

---

3 Coadunando com esse entendimento, cf.: TAVARES, 2011. p. 237, e BARROSO, 2009, pp. 49-50.

4 Consoante Daniel Sarmento, a autonomia privada, entendida em seu sentido amplo, é a capacidade do sujeito de direito de determinar seu comportamento, e compreende desde suas escolhas existenciais àquelas concernentes aos negócios jurídicos. Faz ainda a observação de que alguns autores utilizam uma acepção mais restrita, relacionando-a apenas ao âmbito contratual. (2006, p. 222.).

5 No mesmo sentido, grassa Lafayete Josué Petter, ao afirmar que a liberdade é "razão avaliatória do processo de desenvolvimento — quanto mais liberdade, mais desenvolvimento — mas também é razão de eficácia do desenvolvimento — a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas." (PETTER, 2008, p. 85.).

6 Nessa pesquisa, o autor se refere à obra de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu.

7 "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 [...]
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.**" (Grifo nosso).

jurisprudencial do assunto. Por vezes, esse direito é erroneamente conceituado como *princípio*, natureza esta que não mais subsiste no contexto econômico delineado pela Constituição Federal. Dessa forma, não são claros os contornos da livre iniciativa, e, em vista disso, há pouca segurança jurídica aos titulares das garantias provenientes de tal liberdade.

Indaga-se: o que é a livre iniciativa e quais prerrogativas individuais esta compreende? Em face de quê ou de quem se exerce tal direito constitucional? Em quais hipóteses cabe a sua restrição? Visando a resposta a essas questões, esta pesquisa investigará o conceito de livre iniciativa, o qual será perseguido através da exposição de aspectos históricos da noção de liberdade econômica, bem como por meio da análise do que esta compreende, ou seja, quais são os direitos individuais abrangidos pela livre iniciativa. Em seguida, averiguar-se-á a natureza jurídica dessa liberdade econômica no sistema normativo do Brasil. Por fim, circunscrever-se-á as margens e limites da restrição estatal a esse direito fundamental.

Para fins desta pesquisa, os termos *livre iniciativa* e *liberdade econômica* serão considerados sinônimos. Por sua vez, utilizar-se-á a expressão *autonomia privada* em suas acepções ampla — designando a capacidade do sujeito de direito de fazer escolhas relativas à sua vida particular — ou restrita — remetendo-se à autonomia negocial.

1. O CONCEITO DE LIVRE INICIATIVA

1.1 Breve relato histórico

A atividade humana expressa-se em diversas áreas da vida social: na economia, política, artes, ciências, entre outras. Para tanto, o indivíduo necessita de liberdade. Em outras palavras, é preciso que seja concedido ao sujeito um *espaço* no qual possa desenvolver suas habilidades para *criar e executar suas ideias independentemente* (BADENI, 2004, p. 322).

Essa ideia de autonomia, de *vontade criadora do ser*, foi de crucial importância para a origem dos atos comerciais, nos quais, pode-se afirmar, apareceram os primeiros traços característicos do que hoje compreendemos por livre iniciativa, embora tais aspectos estivessem restritos, inicialmente, ao âmbito contratual.

As primeiras práticas de comércio estão intimamente ligadas à necessidade. É esta que, à medida que cresce, dá luz ao *espírito de especulação e negociação* para fornecer satisfações entre os indivíduos. Isso foi possível a partir do momento no qual a sociedade passou a ser mais do que famílias isoladas — cujas pequenas necessidades podiam ser auto-atendidas —, pois estas, ao se unirem, formaram uma comunidade de deveres e interesses recíprocos. Nasceu a divisão do trabalho e, com esta, o comércio, ou seja, a troca de excedentes entre os trabalhadores para que fosse possível adquirirem o *necessário* (MASSÉ, 1861, pp. 4-5.).

Note-se que esse interesse em *satisfazer e criar novas necessidades*, assim como a *inclinação natural do homem para aumentar seus prazeres* em prol de seu bem-estar, foi e é o *principal motivo de suas ações* (MASSÉ, 1861, p. 5.). Logo, a essa *vontade* se deve não só a origem mercadológica, como também a propulsão ao seu desenvolvimento, tal

como é reconhecido por nossa Constituição, enquanto esta reserva prioritariamente aos particulares a exploração da atividade econômica — conforme consta em seu artigo 173.[8]

Por conseguinte, é possível indicar a autonomia privada — entendida em seu sentido amplo, ou seja, na ideia de que o indivíduo é livre para tomar decisões relativas à sua vida pessoal, desde aspectos existenciais a patrimoniais ou contratuais — como a primeira expressão da livre iniciativa — compreendida enquanto *poder dos particulares de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses* (AMARAL NETO, 1986, p. 228.) —, principalmente no que concerne ao contrato.9

Ao lado disso, desenvolveu-se um dos *atributos fundamentais* do homem que possibilita o desenvolvimento de sua criatividade humana, assim como o progresso social: a propriedade (BADENI, 2004, p. 605.). De acordo com Francisco dos Santos Amaral Neto (AMARAL NETO, 1986, p. 229.), a partir do desenvolvimento comercial e dos centros mercantis na idade medieval e moderna, a atividade econômica passou a ser considerada autônoma. A partir dessa fragmentação, formaram-se dois núcleos distintos, porém, relacionados: *(i)* a *propriedade*, como direito subjetivo e atributo essencial do ser, e *(ii)* a *liberdade iniciativa*, enquanto *poder dos particulares de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços.*

Logo, enquanto ideia autônoma, a livre iniciativa possui relações próprias com diversos aspectos nos quais deve estar presente a autonomia humana: trata-se dos seus corolários ou *facetas* da livre iniciativa, os quais permitem uma melhor compreensão, e, consequentemente, maior garantia dessa liberdade jurídica.

1.2 Corolários ou *facetas* constitucionais da livre iniciativa

A Constituição de 1988 consagrou, no *caput* do artigo 170,10 a livre iniciativa como *causa* ou *razão de ser* da ordem econômica (PETTER, 2013, pp. 50-51.) — ao lado da valorização do trabalho humano. Não obstante, os valores sociais de tal liberdade econômica são tidos como um dos fundamentos da República,11 afetando, portanto, a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A livre iniciativa, enquanto *liberdade jurídica* (BADENI, 2004, p. 324), não se manifesta isoladamente, mas em um *contexto de normas com relações particulares entre si* (BOBBIO, 1995, p. 19). Logo, possui íntima ligação com outros direitos expressos constitucionalmente, sem os quais não se pode falar em liberdade econômica, pois esta pressupõe aqueles.

---

8 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

9 O contrato é, como informa Teresa Ancona Lopez, instrumento da autonomia privada. (2007, p. 10.).

10 Cf. nota de rodapé nº 5.

11 "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:
[...]
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
[...]."

Dessa forma, com o objetivo de *compreender o significado da proposição* da livre iniciativa,[12] torna-se necessário elencar quais são os seus corolários constitucionais. Em outros termos, é preciso analisar quais são os direitos imprescindíveis para o entendimento — e consequentemente, melhor concretização — da liberdade econômica dos indivíduos.

A partir de uma interpretação sistemática, Marcelo Lauar Leite (2013, p. 5)[13] propõe que a livre iniciativa dos indivíduos possui quatro *facetas* constitucionais: as liberdades de *empreendimento*, *associação*, *contrato* e *ação profissional*.

A primeira *faceta* — prevista no artigo 170, parágrafo único,[14] da Constituição Federal — mais comumente designada por *liberdade de empresa* (CARVALHOSA, 1972, p. 115), trata-se do direito ao exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público, ressalvadas as limitações legais e as que provenham de outros interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.[15]

Por sua vez, a *liberdade de associação*, direito fundamental expressamente previsto no artigo 5.º, XVII a XX,16 da Lei Maior, diz respeito à livre *reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns*, independentemente de autorização, desde que seus fins não afrontem a Constituição, a ordem e os bons costumes (BASTOS, 1999, p. 205). Dessa forma, cabe ao indivíduo a autonomia de organizar-se da maneira que julgue ser mais adequada à *prestação de seus serviços* (TAVARES, 2011, p. 237), possuindo os direitos de: *(i) elaborar os seus atos constitutivos*; *(ii) escolher as pessoas incumbidas de gerenciar a associação; (iii) ser livre na sua gestão*; e *(iv) associar-se ou não* (BASTOS, 1999, pp. 205-206).

Garante-se também a *liberdade de contrato* — ou seja, a realização de negócio jurídico por meio de vontades livremente convencionadas, visando a produzir efeitos reciprocamente vinculantes —, uma vez que esta é inerente ao exercício de todas as *facetas* constitucionais da livre iniciativa. Não há qualquer empreendimento, exercício profissional ou associação que não faça uso do contrato como instrumento para

---

12 Segundo Norberto Bobbio, proposição é um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade, cabendo ao jurista interpretá-la para alcançar a sua significação jurídica. (2005, p. 74.). Dessa forma, torna-se pertinente buscar o significado da proposição na qual se enuncia a livre iniciativa.

13 De forma semelhante, André Ramos Tavares expõe que a livre de iniciativa no campo econômico é constituída pelas liberdades de trabalho, de empreender, conjugada com a de associação, tendo como pressuposto — entre outros elencados pelo autor — a liberdade de contrato. (2011, p. 237.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

14 Cf.: nota de rodapé n.º 5.

15 Conforme ressalta Modesto Souza Barros Carvalhosa, quando aduz que a livre iniciativa encontra limitações extrínsecas, uma vez que coexiste com as diversas esferas de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. (1972, p. 115.).

16 Art. 5.º [...]
XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
[...].

alcançar seus fins. Portanto, enquanto liberdade *de meio*,[17] o direito à *livre avença contratual* é *constitucionalmente assegurado* (REALE, 1997, p. 7).

Por fim, tem-se o direito fundamental à *liberdade de ação profissional* — expresso no artigo 5o, XIII[18] da Constituição Federal —, o qual protege o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações técnicas previstas pelo ordenamento jurídico. Segundo Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 202.), essa possibilidade de escolha profissional relaciona-se não somente à livre iniciativa, mas também *à liberdade humana* — situando-se, portanto, na *encruzilhada entre essas duas vertentes fundamentais* —, competindo ao sujeito estabelecer o sentido à sua vida, ou seja, constituir o alicerce de sua própria personalidade, sendo o trabalho de importância substancial para tanto. Deve, pois, prevalecer a livre eleição do ofício a ser exercido.

1.3 Da natureza jurídica de direito fundamental

Aliando-se ao conceito formulado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais são *prerrogativas público-subjetivos de pessoas — físicas ou jurídicas —, contidos em dispositivos constitucionais e que, por isso, possuem caráter normativo supremo dentro do Estado* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). Em outras palavras, são *direitos nomeados no instrumento constitucional* e, por consequência, gozam de *maior grau de garantia* ou de *segurança*, posto que têm mudança *dificultada* — somente por meio de emenda à Constituição.[19]

Considerando-se a atribuição de *posição jurídica de direito subjetivo* ao indivíduo — e a consequente limitação do poder estatal — a *principal finalidade dos direitos fundamentais* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 49), estes podem ser classificados segundo suas correlatas funções: *(i)* de *status negativo*, ou de abstenção do Estado; *(ii)* de *status positivo*, ou a prestações pelo Poder Público;[20] e *(iii)* de *status activus* ou de participa-

---

17 Miguel Reale, ao conceituar a livre iniciativa como projeção da liberdade individual no campo econômico, afirma que tal liberdade engloba não apenas a autonomia em relação escolha da profissão e das atividades econômicas a serem exercidas, como também a eleição dos meios que o indivíduo julga serem adequados à realização dos seus fins. Ou seja, a livre iniciativa deve ser composta da plena liberdade do ser em relação à escolha dos fins e dos meios, e nestes — conforme a concepção desta pesquisa —, encontra-se o contrato. (REALE apud PETTER, 2013, pp. 55-56.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

18 Art. 5.º […]
XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
[…].

19 Caracterização dada por Carl Schmitt, a partir de critérios formais definidores dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2004. p. 561.) Adota-se, portanto, o elemento da fundamentalidade formal, segundo o qual um direito é fundamental se for garantido mediante normas de força jurídica advinda da supremacia constitucional, conforme grassam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. (2014, p. 41.). Cabe observar que não se pode confundir essa condição formal — a qual põe em consideração a supremacia da constituição — com a alegação de que todos os direitos fundamentais estão previstos, taxativamente, no Título II da Constituição de 1988, pois tal Carta Magna adota a concepção material (art. 5.º, § 2.º) desses direitos, os quais podem ser formais — necessariamente, pois devem estar contidos no texto normativo da Lei Maior — e materialmente constitucionais — no sentido de não estarem previsto no rol elencado no Título II, mas que, por seu conteúdo e importância são também fundamentais. Em relação à tal problemática, tem-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 95.) e do autor J. J. Gomes Canotilho (2011, pp. 404-407.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

20 Utilizou-se a expressão Poder Público para designar o mesmo significado de Estado.

ção nos processos decisórios da política (GEORG JELLINEK apud DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 50-54).

Torna-se pertinente, para esta pesquisa, os direitos de *status negativo* — *liberdades públicas* ou *substanciais* —, cuja função é de defesa, conferindo, pois, um *espaço subjetivo de distanciação* e *autonomia* ao indivíduo, com o correspondente dever de *abstenção* ou *proibição de agressão* por parte do destinatário passivo[21] — o Estado.[22]

Os direitos fundamentais de *status libertatis negativus* tutelam a autonomia individual — com correspondente obrigação de não intervenção endereçada ao poder estatal — em várias esferas da ação humana, dentre elas a econômica[23] — englobando não só a *liberdade de empreender*, como também a de *contrato*, uma vez que esta é necessária ao exercício daquela, conforme supracitado —, a *profissional* — que compreende a escolha e exercício do trabalho — e a de *expressão coletiva* — a qual abrange a *livre associação.*[24] Correspondem tais direitos, pois, às *facetas* constitucionais da livre iniciativa supracitadas.

Não podendo a liberdade econômica dos indivíduos ser violada sem restringir os direitos fundamentais consagradores dos corolários que a compõem, e constatando-se o seu desiderato de *defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante o Estado,* ou seja, a presença do *status negativo*[25] da livre iniciativa, conclui-se que esta é não só um fundamento da Ordem Econômica, mas, também, um *direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo* (CANOTILHO, 2011, pp. 404-405.) do Título II[26] da nossa Carta Magna.

---

21 Conceito dado por J. J. Gomes Canotilho em relação à categoria direitos, liberdades e garantias, correspondente aos direitos fundamentais de status negativo da tripartição elaborada por Georg Jellinek. (2011, p. 401.).

22 Os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado — de abstenção ou negativos, e de prestação ou positivos. Em outras palavras, vinculam diretamente o Poder Público. Mas, além desses deveres, há também o de proteger os indivíduos contra agressões oriundas de terceiros — trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Estes, portanto, não vinculam de forma direta os particulares, mas indiretamente, sendo competência estatal proteger a esfera de liberdade humana contra interferências alheias. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 102.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

23 Corroborando com essa noção, Leonardo Martins expõe que os direitos fundamentais, enquanto normas dotadas de supremacia no Estado Constitucional e democrático de direito, respondem a questões de ordem macropolíticas — aqui encontram-se a maioria das prerrogativas público-subjetivas — e macroeconômicas, a depender da área regulamentada. (2012. pp. 159-160.) IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

24 Tais esferas elencadas, onde deve prevalecer a autonomia individual, foram expostas conforme os cinco grandes grupos de liberdade distinguidos por José Afonso da Silva. (SILVA, J. A. da., 2005, p. 235.).

25 Constatações feitas a partir do quadro metódico elaborado por J. J. Gomes Canotilho, no qual o autor expõe alguns critérios para identificar um direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo. (CANOTILHO, 2011, pp. 405-406.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

26 Coadunando com as ideias apresentadas, tem-se Modesto de Souza Barros Carvalhosa (1972, pp. 112-113.), Lafayete Josué Petter. (2008, pp. 179-180.) e Marcelo Lauar Leite (2013, pp. 11-13.). Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: "CONTRATO BANCÁRIO. Ação declaratória visando obrigar o Banco à baixa de uma restrição cadastral interna para efeitos de viabilizar futuras operações de crédito. Inadmissibilidade. Impossibilidade de ingerência na liberdade interna da empresa, pois a Constituição Federal (art. 170) assegura a livre iniciativa, portanto consagrando o direito à não intromissão do Estado. Recurso não provido. A livre iniciativa econômica se insere como direito fundamental, donde não é possível a pretendida ingerência ou intromissão do Estado nas decisões internas das empresas privadas". (TJSP, Apelação n.º 4005159-62.2013.8.26.0562, Relator: Gilberto dos Santos, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ em 24-07-2014. Grifo nosso).

2. OS LIMITES DA RESTRIÇÃO ESTATAL À UM DIREITO FUNDAMENTAL

Enquanto *liberdade jurídica manifestada em uma sociedade organizada* (BADENI, 2004, p. 324.) — e, portanto, parte de um ordenamento guardião de outros interesses —, a livre iniciativa encontra-se controlada pelo Estado, seja por *limitações diretamente constitucionais* — algumas das quais preveem o papel indicativo do Poder Público como agente normativo e regulador da atividade econômica[27] — ou *autorizadas* pela Constituição — por meio de reserva legal[28] —, que permitem, pois, uma *justificação constitucional da intervenção na área de proteção de direito fundamental* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 148-149.).

Contudo, tal caráter relativo não é absoluto, no sentido de não ser permitido ao Estado intervir ilimitadamente na livre iniciativa, uma vez que toda restrição há de passar pelo exame da *proporcionalidade*[29] — pelo qual se averiguará a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito* (ÁVILA, 2005, pp. 112-113.) da limitação *infraconstitucional*[30] —, ou da *ponderação* — em caso de colisão entre *princípios potencialmente aplicáveis* na resolução do caso concreto — para que seja considerada uma *intervenção fundamentada constitucionalmente*. Uma restrição não proporcional — ou, em caso de colisão de *princípios*, que não seja resultante do método de *sopesamento*[31] — a um direito fundamental, fere o *conteúdo essencial* deste, sendo, pois, uma violação estatal.

2.1 O *suporte fático*, o *conteúdo essencial* e o *postulado da proporcionalidade*

Antes de investigar em quais hipóteses o Estado pode ou não restringir a liberdade de iniciativa, cabe esclarecimentos conceituais acerca dos componentes do tipo normativo — ou *suporte fático* — de um direito fundamental, visto que, apenas com

27 Tem-se como exemplos o artigo 174. da Constituição Federal, que prevê: "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." (Grifo nosso); e o artigo 173, § 4.º, que, por sua vez, expressa: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros." (Grifo nosso).

28 Robert Alexy ensina que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Dessa forma, as restrições de hierarquia constitucional são diretamente constitucionais, já as limitações infraconstitucionais são indiretamente constitucionais — visto que estas devem ser autorizadas por normas constitucionais mediante reserva legal. (2008. p. 286.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

29 Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ao perceberem a dificuldade prática de saber em que consiste o conteúdo essencial de um direito fundamental — e, portanto, o limite da restrição estatal —, afirma ser o critério da proporcionalidade o meio pelo qual se analisa a constitucionalidade das limitações impostas. Conforme as palavras dos autores supracitados: "[...] deve ser examinada a relação entre os meios interventivos e os fins que o Estado persegue com a intervenção, ou seja, deve ser analisada (e, antes disso, definida) a necessidade de cada intervenção.". (2014, pp. 168-169.). Nesse sentido, há ampla coadunação de doutrina constitucional, representados por Virgílio Afonso da Silva (2006. p. 43.), Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (2014, pp. 337-339.), Paulo Bonavides (2009, p. 395.) e Robert Alexy (2008, p. 301.).

30 Leis ordinárias, decretos, portarias e até mesmo sentenças judiciais.

31 Os termos ponderação e sopesamento serão utilizados, ao longo deste trabalho, como sinônimos.

uma clara compreensão da estrutura deste, é possível falar em garantia constitucional frente ao poder estatal.[32]

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 31), o suporte fático é constituído por *elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental* — ou seja, verificado o tipo normativo, há *consequência jurídica*. Visto a identificação desses componentes ser uma tarefa difícil, o autor indica algumas perguntas para auxiliar no entendimento do que vem a ser suporte fático: *(i) o que é protegido* pela norma fundamental? — ou o que faz parte do seu *âmbito de proteção*?; *(ii) contra o que* se protege o bem jurídico?; *(iii) qual é a consequência jurídica* em caso de violação ao conteúdo protegido?; e *(iv) o que é necessário para que ocorra a consequência?* (2006, p. 29). O tipo normativo de um direito fundamental é, pois, a junção de todas as respostas dadas às questões citadas, conforme será visto adiante.

Filiando-se às teorias de *suporte fático amplo*, pode-se afirmar que todo e qualquer fato, estado, ação ou posição jurídica, que, considerado isoladamente, é característico ao *âmbito de proteção* de uma norma de direito fundamental, deve ser, ao menos inicialmente, considerado protegido — independentemente da análise de qualquer outro critério fático ou jurídico que obste à proteção de condutas ou situações.[33] A decorrência jurídica da adoção desse conceito amplo é o da necessária fundamentação de toda e qualquer *restrição* — intervenção, regulamentação ou regulação[34] —, não sendo suficiente, pois, a mera indicação de *limites imanentes* à própria norma.[35] Exige-se, dessa forma, maior ônus argumentativo do agente restritivo, impondo a este a obrigação de fundamentar o ato interventivo através do postulado da *proporcionalidade,*[36] pelo qual se averigua o *conteúdo essencial* de um direito fundamental, e, consequentemente, se esse núcleo veio a ser casuisticamente violado.

O comportamento, estado ou posição jurídica abrangidos pelo *âmbito de proteção* de um direito fundamental, são tutelados contra intervenções — geralmente do Estado. A *consequência jurídica* em caso de violação estatal a uma *prerrogativa*

---

32 Virgílio Afonso da Silva expõe que diversos autores, ao apontarem a definição de suporte fático dos direitos fundamentais e a íntima relação desse conceito com o de restrição estatal, indicam tal vínculo como uma construção fundamental na garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal. Dessa forma, a compreensão da estrutura normativa de um direito fundamental é de suma importância para entender, mais claramente, que espécies de restrições violam — ou não — um direito fundamental. (SILVA, 2006, pp. 23-51.).

33 Conceito baseado nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2006, pp. 34-35). Nessa passagem, há referências aos autores Martin Borowski, Wolfram Cremer, Dietrich Murswiek e Robert Alexy. Este conceitua a teoria do suporte fático amplo como aquela na qual se inclui no âmbito de proteção de um direito fundamental tudo que milite em favor de sua proteção. (ALEXY, 2008, p. 322.)

34 Os termos restrição, intervenção, regulamentação e regulação são empregados, neste trabalho, como sinônimos.

35 Em relação a isso, Virgílio Afonso da Silva expressou sua preocupação, quando afirmou que nas teorias nas quais o âmbito de proteção é restrito, "a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão a priori de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. [...] essas teorias, ao excluírem de antemão essa proteção, liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo." (2006, p. 49).

36 Vale lembrar que o exame do postulado da proporcionalidade ocorrerá quando se tratar de restrição por meio de regras, estas que geralmente são infraconstitucionais. Quando há uma intervenção baseada em princípio, haverá a ponderação entre dois princípios potencialmente aplicáveis ao caso concreto: o garantidor do direito fundamental e o outro a ser considerado pelo juiz em sua decisão. (SILVA, 2014, pp. 141-143)

público-subjetiva de um indivíduo é, pois, a cessação da ingerência, pela declaração da inconstitucionalidade do ato — seja ele legislativo, executivo ou judicial. Porém, não basta a restrição realizada pelo Estado para que se configure a consequência jurídica: *é preciso a não fundamentação constitucional da intervenção para esta ser considerada violadora de um direito fundamental*.

Ora, há hipóteses nas quais a restrição estatal é *fundamentada constitucionalmente*, por meio do postulado da *proporcionalidade* — geralmente — não afetando, pois, o *conteúdo essencial* do direito. Nesses casos, não há o que se falar em violação pelo Estado, e, por conseguinte, resta por não preenchido o *suporte fático* da norma fundamental, não havendo, pois, a *consequência jurídica*.

Dessa forma, para a configuração do *suporte fático* — e, assim, da *consequência jurídica* — é necessária a sua composição pelo *âmbito de proteção* — qualquer fato, estado, ação ou posição jurídica relacionados ao bem jurídico protegido — pela *intervenção estatal* e, por último, pela *não fundamentação*. Portanto, se há uma conduta protegida pelo âmbito de proteção e uma restrição não fundamentada, deve configurar-se a consequência jurídica — a declaração de inconstitucionalidade e a consequente cessação da violação (2006, pp. 30-31).

> Sintetizando essa relação entre *fundamentação, proporcionalidade* e *conteúdo essencial* e considerando que a maioria das limitações advém de regras *infraconstitucionais,* Virgílio Afonso da Silva (2014, pp. 206-207) expõe o seguinte raciocínio silogístico:
>
> restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
>
> restrições que passem pelo teste da **proporcionalidade** são constitucionais;
>
> restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial. (Grifos nossos)

Dessa forma, se uma intervenção — no âmbito de proteção de um direito fundamental — não é *fundamentada constitucionalmente*, ou seja, não é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, fere o *conteúdo essencial* de uma *prerrogativa público-subjetiva*, impondo-se a cessação da *violação* estatal como *consequência jurídica*.

2.2 Hipóteses de restrição permitidas e proibidas

Com base nos conceitos de *suporte fático*, *conteúdo essencial* e *proporcionalidade*, analisados anteriormente, depreende-se que uma intervenção em um direito fundamental pode ser uma *restrição legítima*, se *fundamentada constitucionalmente*, ou, caso contrário, uma *violação* de uma *prerrogativa público-subjetiva*.

Isso posto, pode-se constatar que são hipóteses de intervenção *permitidas* os casos nos quais:

(i) há limitações expressamente previstas na Carta Magna, contidas em preceitos que indicam o papel normativo e regulador do Estado na economia.[37] Uma vez que *a liberdade econômica não é um fim em si mesma, mas uma garantia individual e instrumento de melhoria da qualidade de vida da sociedade*, é de competência

37 Cf. nota de rodapé no 25.

estatal o condicionamento de tal direito fundamental ao cumprimento de sua função social. Dessa forma, através da defesa do livre mercado, bem como do *estabelecimento de parâmetros para o exercício dessa liberdade*, o Estado restringe a livre iniciativa com justificativa constitucional na sua função de *estabilização de interesses sociais* (SILVEIRA NETO, 2013, pp. 132-134). Cabe a observação de que os papéis estatais de fiscalização, incentivo e planejamento serão exercidos na forma da lei.[38] Há, portanto, *reserva legal* na hipótese de intervenção em análise e, por esse motivo, trata-se de *restrição indiretamente constitucional,*[39] ou seja, advinda da legislação infraconstitucional, devendo passar pelo crivo da *proporcionalidade;*

(ii) existe *limitação diretamente constitucional,*[40] isto é, quando houver previsão contida na própria redação da norma de direito fundamental. Nesse caso, não se trata de parte do *suporte fático*, ou de mera descrição do conteúdo que é protegido com suas condições jurídicas — *limites imanentes* —, mas sim de *cláusulas restritivas* (ALEXY, 2008, p. 286.). Estas ocorrem quando o legislador constituinte estabelece uma *restrição definitiva a direito fundamental* e, dessa forma, já não é mais necessário o exame de *ponderação*, visto isso já ter ocorrido antes da consubstanciação de tal decisão restritiva. Tem-se como exemplo as cláusulas "para fins lícitos" e "vedada a de caráter paramilitar", as quais são expressões de *restrições definitivas diretamente constitucionais* ao direito fundamental à *liberdade de associação*[41]. Ademais, é preciso ressaltar que essa não proteção constitucional, advinda de decisão do constituinte em favor de determinadas razões, independe de como se individualize no caso concreto (ALEXY, 2008, pp. 286-288);

(iii) uma disposição constitucional prevê garantia fundamental, mas com uma ressalva — ou *reserva legal* —, autorizadora da limitação infraconstitucional aprovada pelo Poder Legislativo, desde que a *lei* não afronte as normas da Carta Magna. São as chamadas *restrições indiretamente constitucionais* permitidas por meio de *cláusulas de reserva expressas* (ALEXY, 2008, p. 291). É imperioso destacar a adoção da acepção *formal*[42] do termo *lei* quando este é utilizado pela Constituição para autorizar limitação à direito fundamental. Portanto, havendo tal reserva parlamentar, não é possível a intervenção realizada mediante normas inferiores — como decretos, portarias, sentenças etc. — se não existe uma lei disciplinadora. Por fim, há de se notar, novamente, o necessário exame de *proporcionalidade* em relação à restrição de direito fundamental baseada em *regra de legislação ordinária* ou *complementar*;

(iv) em razão da abstração da norma, é preciso *concretização mediante lei infraconstitucional*. Esta que indicará o *conteúdo* e *função* do direito fundamental constitucionalmente previsto (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 152). São as *restrições indiretamente constitucionais* autorizadas por meio de *cláusulas de reserva implícitas* — na medida em que é necessária lei

38 Cf. nota de rodapé no 25.

39 Cf. nota de rodapé no 26.

40 Cf. nota de rodapé no 26.

41 Cf. nota de rodapé no 14.

42 Em relação a isso, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins comentam que: "Historicamente, o constituinte autorizou a limitação mediante lei em razão das garantias democráticas, que oferecia uma medida tomada pelo Parlamento, na sua função de principal órgão de representação popular (publicidade, debate, vontade da maioria dos representantes populares). (2014, p. 161).

infraconstitucional para proteger o direito. Como exemplo,[43] tem-se o direito de propriedade, regulado pelo Código Civil,[44] Estatuto da Terra,[45] da Cidade[46] *etc*. Na presente hipótese, também é preciso a fundamentação constitucional de restrição de direito fundamental, por meio da *proporcionalidade*, visto a regulamentação advir de legislação infraconstitucional;

(v) há *colisão entre direitos fundamentais*, ou há *confronto entre uma prerrogativa público-subjetiva* do indivíduo e um *princípio de interesse geral* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 150). É uma hipótese de *restrição diretamente constitucional*, na qual deve haver a *ponderação entre os potenciais princípios aplicáveis ao caso concreto*;[47]

(vi) há graves conflitos ou ameaças à estabilidade da ordem política e social, isto é, em situações excepcionais de decretação do Estado de defesa ou do Estado de sítio (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 165-166). Trata-se de hipótese de *restrição diretamente constitucional*, na qual também é necessária a *fundamentação* — por meio de *ponderação* entre os princípios colidentes: o garantidor do direito fundamental e o de interesse geral que busca justificar a limitação diante a calamidade concreta.

Em todas as hipóteses — à exceção apenas da elencada no item *(ii)* —, conforme foi explicitado, deve haver a *fundamentação constitucional*, baseada ou no *postulado da proporcionalidade* — pelo qual se analisará se a restrição oriunda de regra *infraconstitucional* é *adequada*, *necessária* e *proporcional em sentido estrito* — ou na *ponderação* de princípios colidentes — por meio da qual o juiz, no caso concreto, decidirá pelo interesse predominante.

Todos os casos não previstos nas hipóteses anteriormente enumeradas, e além disso, *não fundamentados constitucionalmente* — seja por meio da *proporcionalidade*, ou da *ponderação* de princípios — são inconstitucionais, e, consequentemente, violadores do *núcleo essencial* de um direito fundamental, devendo haver a *consequência jurídica*, qual seja, a cessação da intervenção ilegítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A livre iniciativa, enquanto poder dos indivíduos de criar e desenvolver uma atividade econômica — englobando as liberdades de *empreendimento*, *associação*, *contrato* e *ação profissional* — foi alçada à importância de fundamento ou *razão de ser* da Ordem

43 Exemplo demonstrado por Marcelo Lauar Leite. (2014, p. 15).

44 Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

45 Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964.

46 Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001.

47 Conforme fora anteriormente destacado (Cf.: nota de rodapé n.º 34), há casos em que a restrição não será objeto de análise pela proporcionalidade, pois ainda não há regra infraconstitucional disciplinadora da colisão entre princípios. Nessas hipóteses — as quais ainda não tem decisão legislativa constituída em norma — deve haver a ponderação de potenciais princípios constitucionais — colidentes — aplicáveis ao caso concreto. A explicação para a existência desse método é: se a aplicação do postulado da proporcionalidade implica três perguntas — a medida é (i) adequada para fomentar o objetivo fixado? (ii) necessária? (iii) proporcional em sentido estrito? —, é preciso haver uma medida concreta a ser testada, o que não ocorre em caso de colisão entre princípios. (SILVA 2014, p. 179.).

Econômica brasileira, conforme a Constituição de 1988. Dessa forma, a livre iniciativa é elemento que condiciona a interpretação jurídica de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ademais, a livre iniciativa é, também, direito fundamental do indivíduo — de *status libertatis negativus* —, e, portanto, só pode ser restringida por normas de hierarquia constitucional ou em virtude destas — por meio de reserva legal. Além disso, a intervenção deve ser fundamentada através da *proporcionalidade* — em caso de restrição por lei infraconstitucional — ou da *ponderação* — quando se tratar de princípios colidentes. Caso contrário, não havendo tal justificação, há violação ao conteúdo essencial do direito fundamental e, portanto, o ato interventivo é inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: ____. (Org.). **Temas de direito constitucional II**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Traduzido: Fernando Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Traduzido: Maria Celeste C. J. Santos. Revisão Técnica: Cláudio De Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. A ordem econômica na Constituição de 1969. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1972.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEITE, Marcelo Lauar. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a liberdade de iniciativa. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 06, n. 02, 2013.

____. **Uso não comercial do objeto ou pedido de patente pelo estado brasileiro:** críticas ao P.L. n.º 5.407/13. Coimbra: Institvto Ivridico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley. (Org.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. Série GVlaw.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional***:* leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS FILHO; SILVA, Ives Gandra da. Direitos fundamentais. In: ____; et al. (Orgs.). **Tratado de direito constitucional I**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSÉ, Gabriel. **Le Droit Commercial**. Dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Livre I. 2. éd. Paris: Guillaumin et C.ie Libraries, 1861.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

____. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

REALE, Miguel. **Questões de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manuel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2.bed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento - A função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 42, p. 123-139, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

RECEBIDO EM: 22/01/2017
APROVADO EM: 19/02/2017