

PROBLEMÁTICA DIMENSIONAL DA LIBERDADE DE INICIATIVA E A CONCEPÇÃO MATERIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

*DIMENSIONAL PROBLEM OF FREEDOM OF INITIATIVE
AND THE MATERIAL CONCEPTION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS*

*Clarissa Marques*¹
Faculdade Damas

Resumo

Perceber o âmbito de proteção da liberdade de iniciativa como fundamento da Ordem Econômica da Constituição Federal de 1988, requer, primeiramente, uma análise dos dispositivos constitucionais que, ao longo da história constitucional brasileira, previram ou deram indícios do que seria tal liberdade. A percepção do que consiste hoje o direito à livre iniciativa, passa, necessariamente pela observação de como ela vem sendo anunciada pelos textos constitucionais brasileiros, no intuito de demonstrar a inovação quanto às limitações propostas pela Carta de 1988. O reconhecimento do direito à liberdade de iniciativa como direito fundamental, sugere a análise das chamadas “dimensões de direitos fundamentais”, mais especificamente da primeira dessas dimensões, no intuito de identificá-la com os direitos de oposição², característica marcante deste primeiro momento.

Palavras-chaves

Livre iniciativa. História constitucional. direitos fundamentais.

Abstract

Realizing the scope of the protection of the free initiative as the foundation of the Economic Order of the Federal Constitution of 1988 requires, first, an analysis of constitutional provisions that, along the Brazilian constitutional history, predicted or gave indications of what would such freedom be. The perception of what today is the right to free enterprise, passes necessarily by observing how it has been announced by the Brazilian constitutional texts in order to demonstrate innovation for the limitations proposed by the 1988 Constitution. The

¹ Pós-doutorado na The New School of Social Research – NY (Bolsista CAPES do programa “Estágio de pós-doutorado no exterior”), Doutora em Direito pela UFPE, Professora do PPGD da Faculdade Damas, Professora da Universidade de Pernambuco-UPE, Professora da FACIPE, advogada.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

recognition of the right to free initiative as a fundamental right requires the analysis of so-called "fundamental rights dimensions", more specifically the first of these dimensions in order to identify it with the rights of opposition, strong feature of this first time.

Keywords

Free initiative. Constitutional history. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A liberdade de empreender, sem sofrer interferências por parte do Estado, exercendo a autonomia da vontade, constitui um dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Brasileira ao longo da história. Ressalta-se a identificação deste direito com os ideais liberais que terminaram por consagrar os primeiros direitos fundamentais. Tal fato impôs ao Estado uma postura de abstenção, em nome do respeito à cláusula geral da liberdade. O referido direito representa uma das faces da liberdade, mais especificamente por buscar crescimento e expansão de forma livre, sem que ocorram ingerências estatais. A Constituição Federal brasileira de 1988 previu este direito sob a denominação de liberdade de iniciativa, consagrando o ideal de desenvolvimento econômico e elegendo-o como fundamento da Ordem Econômica. Seguindo o entendimento tradicional de que a livre iniciativa não permite interferências, este direito muitas vezes é exercido sem que haja uma preocupação de limitação, ou até mesmo de uma possível reestruturação de seu âmbito de proteção. Entretanto, o direito fundamental à liberdade de iniciativa não comporta mais uma análise apenas no que diz respeito à liberdade em si, mas impõe a necessidade da observação de seus limites, no intuito de promover uma harmonia de valores constitucionais comumente relacionados à efetivação desta liberdade. Essa abertura conceitual em torno da liberdade foi adotada pela Constituição de 1988, na medida em que a liberdade de iniciativa é fundamento da Ordem Econômica, desde que respeitados alguns princípios, de acordo com a previsão do art. 170. Sendo assim, a Constituição brasileira aponta uma preocupação em impor certos limites ao exercício da referida liberdade, evitando, dessa forma, que outros direitos ou valores sofram as consequências de uma postura absoluta e ilimitada.

Se tomado como exemplo o “diálogo” entre liberdade de iniciativa e o direito ao meio ambiente, a Carta de 1988 provocou uma reestruturação no primeiro, o que implicou o reconhecimento de limites constitucionais imanentes, dentre os quais a defesa do meio ambiente, acarretando, portanto, a identificação de um contorno ambiental na livre liberdade. Resta agora reconhecer a necessidade do referido contorno e consagrá-lo de fato. Nesse sentido, o presente artigo apresenta um breve relato da história constitucional da livre iniciativa, permitindo observar a mudança estrutural sofrida por este direito a partir da Constituição Federal de 1988, em razão da expressa preocupação em relacionar livre iniciativa e outros direitos fundamentais. Em seguida, promove uma análise da liberdade de iniciativa como direito fundamental de primeira dimensão, ressaltando, por fim, a necessidade de interpretá-lo à luz da concepção material de direitos fundamentais.

1. TRAJETÓRIA DA LIVRE INICIATIVA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – UM BREVE RELATO

A proclamação da independência trouxe o desafio da unidade nacional, o qual representava a formulação de um poder capaz de centralizar as forças, acabando com os poderes regionais e locais. Para tanto, era preciso consagrar alguns dos princípios do constitucionalismo em destaque na época, por meio de uma Constituição escrita que assegurasse as liberdades individuais³ e a

³ O liberalismo encontra suas raízes no jusnaturalismo, fundamentando-se na existência de direitos naturais, como a liberdade, pertencentes a um Estado “natural”. Mas “com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

divisão de poderes⁴. Sendo assim, em 1824 foi elaborada a Constituição, que veio a servir como instrumento para o unitarismo, tendo em vista os conflitos entre o Imperador e a Assembléia Constituinte⁵. Quanto à separação de poderes, o art. 10 da *Charta do Império*, adotou a formulação quadripartite de Benjamin Constant⁶, que dizia: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Judicial”. Instituiu-se, assim, o poder moderador, de uso exclusivo do imperador⁷, conforme o art. 98 da referida Constituição⁸. Por outro lado, a influência liberal tornou-se evidente no art. 179 da Constituição⁹ quando tratou das garantias e liberdades individuais¹⁰

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.76.

⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 23.

⁶ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p.17.

⁷ “A principal inovação da Constituição imperial brasileira seria a do Poder Moderador, acusado, ao longo de toda Monarquia, de não passar de uma legalização do mero poder pessoal, senão autoritário, do Imperador”. CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 69.

⁸ Art 98: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação (...)”. CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 31.

⁹ Como exemplos dessa influência liberal, podemos citar o inciso IV do art. 179, o qual dispunha: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela imprensa, sem dependência de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar”, e o inciso XXII do mesmo artigo que dizia: “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será elie previamente indemnizado do vallor della”. Sendo assim, temos aqui o direito de liberdade de expressão e à propriedade, os quais são típicas aspirações liberais.

¹⁰ Apesar da influência francesa, a Constituição brasileira de 1824 não previa a liberdade religiosa, ao tratar das garantias e liberdades individuais, como fazia a

, estabelecendo no seu inciso XXIV, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria, ou comercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes públicos, á segurança, e saúde dos Cidadãos”¹¹. É possível identificar um indício de liberdade de iniciativa, ou seja, um início da pretensão em assegurar constitucionalmente a livre iniciativa. Tendo em vista que tal direito representa a liberdade do indivíduo em desenvolver determinada atividade empresarial, ou até mesmo a liberdade referente ao trabalho pessoal¹², fica fácil associar o direito à liberdade de iniciativa, consagrado pela Ordem Econômica da Constituição Federal de 1988, com o artigo acima citado da Constituição de 1824. Apesar desta última não tratar da Ordem Econômica, expressamente, garantiu o direito do cidadão de empreender livremente, quando estabeleceu o direito de investir no comércio ou na indústria, como exercício de sua liberdade¹³, o que hoje pode ser identificado com o direito fundamental à liberdade de iniciativa. Apesar da promulgação da Constituição em 1824, as rebeliões

Constituição francesa de 1814. V. CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 71.

¹¹ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 43.

¹² Nesse sentido afirma Manoel Jorge e Silva Neto: “O princípio da livre iniciativa está complementado na Constituição pelo princípio da liberdade-matriz (ou liberdade de ação), previsto no art. 5º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), o que nos leva a considerar que a liberdade de atuação na economia é apenas uma das porções da garantia fundamental, porquanto pode reconduzir, inclusive, à escolha de uma profissão pelo trabalhador”. V. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Ltr, 2001, p. 97. Assim também entende Eros Roberto Grau, ao afirmar que “a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre em uma sociedade livre e pluralista”, v. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 186. “É possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluído o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (...)”, conforme André Ramos Tavares. V. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 250.

¹³ Assim também entende André Ramos Tavares. V. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 245.

federalistas, iniciadas por volta de 1823, permaneceram e tentaram implantar a monarquia federalista, em razão da centralização ser tida como um obstáculo ao desenvolvimento¹⁴. Porém, apenas em 1889 as forças descentralizadoras venceram, com “novos fatores que apareceram e se firmaram na vida política brasileira: o *federalismo*, como princípio constitucional de estruturação do Estado, a *democracia*, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais”¹⁵. Finalmente, em 24 de Fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República¹⁶ dos Estados Unidos do Brasil, inspirada no modelo norte-americano¹⁷, a qual concedeu maior autonomia aos Estados e adotou a teoria da separação¹⁸ de poderes de Montesquieu¹⁹.

No que diz respeito à Declaração de Direitos²⁰, o art. 72, § 24, da

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 29.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 79.

¹⁶ Convém ressaltar algumas das características do republicanismo: “a) negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariada; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da isonomia substancial”. AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 16. Desnecessário afirmar que a experiência brasileira não se enquadrou no modelo ora apresentado.

¹⁷ Os Estados Unidos serviram de inspiração no que diz respeito ao modelo republicano. V. CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 99 e 115.

¹⁸ O art. 15 da referida Constituição dizia: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

¹⁹ Montesquieu defendia ser necessária a separação dos poderes, mas, por outro lado, deveria haver uma cooperação entre os poderes, pois estes não deveriam ser absolutamente separados e sim especializados. V. AZAMBUJA, Darcy.

Teoria geral do Estado. São Paulo: Globo, 2002, p. 179.

²⁰ A Constituição liberal de 1891 previa amplas garantias aos direitos individuais, v. CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 120.

Constituição de 1891 estabelecia que “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”. Não fazia referência ao direito de empreender propriamente dito, mas previa a liberdade²¹. Sendo assim, se for adotada a concepção em torno da liberdade de iniciativa que inclui o livre exercício da profissão, pode-se fazer a identificação entre o referido artigo da Constituição Republicana e o direito a liberdade de iniciativa. Além disso, o art. 78, também, pertencente ao título da Declaração de Direitos, ressaltava que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigam”. Nesse sentido, nada impede que se interprete este artigo de forma a consagrar o direito à livre iniciativa, tendo em vista que o direito à liberdade de profissão foi expressamente garantido, ou seja, se o texto constitucional garantiu a liberdade na escolha da profissão, não teria motivos para excluir a liberdade de iniciativa do seu âmbito de proteção.

Em 1929, eclodiu a revolução em Minas Gerais e Rio Grande do Sul²², ocasionando a subida de Getúlio Vargas ao poder²³, cuja proposta consistia no fim do Estado oligárquico, no incremento da indústria, na proteção aos trabalhadores, na intervenção nos Estados e no apoio às forças armadas²⁴. A queda da Constituição de 1891 foi seguida pelo Decreto nº 19.398/1930, cuja finalidade era

²¹ Nesse sentido, v. TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 245.

²² A Emenda constitucional de 1926, cuja pretensão era aproximar a Constituição da realidade, não obteve sucesso, favorecendo, ainda mais, a luta contra o regime. Sendo assim, entre 1929 e 1930, estourou a revolução, responsável pela derrubada da primeira república. V. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 82-83.

²³ Getúlio, ainda como Chefe do Governo Provisório, marcou as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte e também sua instalação. CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 133.

²⁴ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 87.

regulamentar as funções do Governo provisório²⁵. No entanto, apenas em 16 de Julho de 1934 foi promulgada a Constituição que instaurou a segunda República no Brasil. A referida Constituição, sob a influência²⁶ da Constituição alemã de 1919²⁷, previu, pela primeira vez, um capítulo para a Ordem Econômica, intitulado *Da Ordem Econômica e Social*²⁸ e em seu art. 115 a Constituição de 1934 dispunha: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”. A liberdade econômica²⁹, referida no art. 115, pode ser entendida, também, como liberdade de iniciativa, ou melhor, pode-se admitir que a garantia da liberdade econômica incluiu a garantia da livre iniciativa na Constituição de 1934, e que esta garantia mostrou-se diferente das Constituições anteriores.

Em 10 de Novembro de 1937, diante do surgimento da Ação Integralista Brasileira e da insurreição do PCB, as tropas de Getúlio Vargas cercaram o Congresso e o próprio Getúlio anunciou a implantação do Estado Novo. Em consequência,

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 39.

²⁶ Em alguns casos deixou de ser mera influência para ser verdadeira cópia do conteúdo de certos artigos da Constituição de Weimar como, por exemplo, a perfeita identificação entre o art. 115 da Constituição brasileira e o art. 151 da Constituição alemã. V. DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico. Globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 61.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 4.

²⁸ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 87.

²⁹ A Constituição de 1934, no Título concernente à Ordem Econômica, determinou que “esta se organizasse conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de molde a possibilitar a todos existência digna. Dentro desses limites era garantida a liberdade econômica”. FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 172.

entrou em vigor a Constituição de 1937³⁰, denominada de “polaca”, em virtude de sua semelhança com a Carta da Polônia de 1935³¹. A previsão de um capítulo específico para a Ordem Econômica repetiu-se e o seu primeiro artigo, art. 135, dispunha:

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 ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo, ou da gestão direta.

O artigo supracitado mostra a preocupação da Constituição de 1937 no que diz respeito à coordenação da economia por parte do

³⁰ Getúlio fundamentou seu golpe anunciando aos brasileiros, entre outras coisas, que “(...) as novas transformações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”. Além disso, prometeu o plebiscito para aprovar sua posse, mas nunca convocou, ou seja, instituiu a ditadura. V. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 84-85.

³¹ É válido ressaltar também a influência da Constituição portuguesa de 1933, v. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I, Coimbra: Coimbra, 1990, p. 296.

Estado, ressaltando por outro lado, o papel da iniciativa individual, desde que respeitados os limites do bem público. No mesmo artigo estava assegurado o direito do Estado de intervir no domínio econômico, quando a iniciativa individual mostrar-se insuficiente³², não estando, porém, estabelecidos os critérios a serem utilizados para determinar quando a iniciativa individual estaria deficiente. Nesse sentido, tinha-se o direito de empreender individualmente, porém este, a qualquer momento, poderia ser qualificado como deficiente, permitindo ao Estado intervir em nome dos interesses da Nação. Esta era, portanto, a liberdade consagrada pela Constituição de 1937.

Finalmente, o texto constitucional³³ começou a consagrar de forma expressa a iniciativa econômica e a identificá-la como um dos fundamentos da prosperidade nacional. Temos aqui o início da teoria que consagra a livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica, como prevê a Constituição de 1988. E como pode ser analisado, mais uma mudança ocorreu em relação às Constituições anteriores quanto ao direito de empreender livremente. O Constituinte de 1937, diferentemente do que ocorreu em 1824 e 1934, despertou para o valor da liberdade de iniciativa como fundamento do progresso nacional, mesmo que tenha ressaltado seu aspecto meramente individual.

Seguindo a ordem da história constitucional brasileira, tem-se o ano de 1946, quando se instalou a Constituinte e foi promulgada mais

³² A intervenção do Estado em certas ocasiões não se confunde com o monopólio que este possuía em relação a alguns serviços, pois, a liberdade de comércio prevista pela Constituição de 1937 não impedia certos monopólios. “Às vezes, os interesses do público são bem mais atendidos, colocando-se a cargo de um só indivíduo ou de uma só empresa a realização de serviços, tais como de abastecimento de água, tração e iluminação elétrica, esgotos, etc. Sobre esses monopólios não incide a proibição constitucional”. CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 282.

³³ É válido ressaltar também um ponto positivo desta Constituição, pois consagrou a expressão *Ordem Econômica*, mesmo tendo misturado um pouco as matérias dispostas, já que previa normas de direito do trabalho e previdência social. V. DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico. Globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 61.

uma Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil³⁴. Por um lado foi retomado o sistema capitalista de mercado da Constituição de 1934, apesar de ter previsto hipóteses de intervenção³⁵; por outro foi enfatizada a preocupação em reduzir as desigualdades regionais³⁶. O Título V da Carta de 1946 trazia a Ordem Econômica e Social, e logo no primeiro artigo deste Título, previa o direito à liberdade de iniciativa: “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”. A referida Constituição pode ser considerada como a primeira Constituição brasileira a prever expressamente a liberdade de iniciativa. Tal previsão não confundiu a referida liberdade com o direito à liberdade de profissão, pois consagrou a importância de unir livre iniciativa e valorização do trabalho humano³⁷, o que ainda não tinha sido feito pelas previsões constitucionais anteriores. No entanto, no que diz respeito à intervenção do Estado no domínio econômico³⁸, houve uma forte alteração. Além de declarar o interesse público como fundamento da intervenção, trazia como limite os direitos fundamentais, como dispunha expressamente em seu artigo 146: “A União poderá,

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 117.

³⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 43.

³⁷ A união entre liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano também foi consagrada pela Constituição de 1988, em seu art. 170, *caput*, o qual dispõe: “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”.

³⁸ “A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitimaria 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”. FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 185.

mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”. Todavia, em primeiro de Abril de 1964, o então Presidente João Goulart foi afastado, sendo substituído pelo Comando Militar Revolucionário, e em virtude do grande número de Emendas³⁹, instalou-se a Constituinte de 1967⁴⁰. Esta se mostrou centralizadora, dando maiores poderes a União, reduzindo a autonomia individual e suspendendo os direitos e garantias constitucionais⁴¹. Quanto à liberdade de iniciativa, estava prevista como princípio da Ordem Econômica, de acordo com o art. 157:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os factores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

³⁹ A Constituição de 1946 sofreu vinte e uma emendas, aprovadas pelo Congresso Nacional, quatro atos institucionais e trinta e sete atos suplementares, tornando impossível a sobrevivência do direito constitucional vigente. V. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.

⁴⁰ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 290.

⁴¹ CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 290.

Assim, a Constituição de 1967 foi a primeira a estabelecer os princípios que fundamentam a Ordem Econômica, dentre os quais a liberdade de iniciativa⁴², que foi, portanto, reconhecida e declarada expressamente como princípio desta Ordem⁴³.

Por fim tem-se a elaboração da atual Constituição, iniciada em 1987 pela Assembléia Nacional Constituinte, tendo encerrado as atividades em Outubro de 1988. A Constituição de 1988 foi estruturada em nove títulos, e o sétimo encarregado de dispor sobre a Ordem Econômica e financeira, cujo artigo inicial (art. 170) já prevê a liberdade de iniciativa como fundamento da Ordem em questão. A previsão constitucional de 1988 indica que o intuito não era a previsão do direito à liberdade de iniciativa de forma isolada e absoluta em detrimentos de outros direitos e valores, e, sim, reconhecer a importância da liberdade de iniciativa e ao mesmo tempo ressaltar que, para seu exercício, devem ser respeitados os princípios referidos pelo art. 170. Portanto, a livre iniciativa, para a Constituição de 1988, está longe de ser um super direito, estando condicionada aos princípios citados no art. 170 da Constituição Federal. Sendo assim, o texto constitucional de 1988 foi o primeiro a prever uma sistematização entre a liberdade de iniciativa e outros

⁴² “A liberdade de iniciativa é uma convivência de liberdade fundamental, enquanto garante ao indivíduo o direito da busca a um melhor padrão de sua própria existência, com função social, que exerce na medida em que o padrão individual de cada um resulta em condições melhores de vida para todos”.

OLIVEIRA, José Ercílio de. Os Ideais de liberdade de iniciativa. **Revista de direito público**, v. 14, nº 63, jul./set. 1982, p. 244.

⁴³ Essa postura não foi adotada pelo Constituinte de 1988, pois a Constituição atual, em seu art. 170, consagra a liberdade de iniciativa como um dos fundamentos da Ordem Econômica e como princípios desta Ordem a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

valores, dispostos na forma de princípios⁴⁴, destacando a importância de harmonizar⁴⁵ a livre iniciativa com outros interesses fundamentais, como por exemplo, a defesa do meio ambiente.

1.2 LIVRE INICIATIVA E A PRIMEIRA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento do direito à liberdade de iniciativa como direito fundamental, requer a análise das chamadas “dimensões de direitos fundamentais”, mais especificamente da primeira dessas dimensões. O intuito é identificá-la com os direitos de oposição⁴⁶, característica marcante deste primeiro momento, cujos pilares foram: o direito à vida, à liberdade⁴⁷, à propriedade e à igualdade perante a lei. Entretanto, a primeira observação a ser feita é a utilização do termo *dimensão* de direitos fundamentais em detrimento do termo *geração*. Tal ressalva justifica-se tendo em vista que a ideia não é a de substituição de direitos, o que sugere esta última terminologia. Se assim fosse, o espaço de uma primeira geração passaria a ser ocupado por uma segunda, na medida em que a função da primeira estaria cumprida, mesmo considerando que suas marcas permaneceriam ao longo do tempo. Bonavides

⁴⁴ Os princípios aqui referidos não são os princípios gerais do direito, mas sim como “princípios fundamentais”, v. DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 63.

⁴⁵ Essa proposta de sistematização e harmonia da liberdade de iniciativa com outros princípios constitucionais, supera a ideia da livre iniciativa como “um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo”. FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios constitucionais informadores da república federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho). **Cadernos de Direito constitucional e ciência política**, v. 6, nº 25, out./dez. 1998, p. 142.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

⁴⁷ “Da livre iniciativa se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

afirma, inclusive, que o termo *geração* induz ao entendimento de que a posterior causaria a caducidade da(s) anterior(es)⁴⁸.

Assim, na medida em que o surgimento dos direitos fundamentais ocorreu em etapas, que ao longo do tempo somaram-se e não se substituíram, a expressão *dimensão* parece mais apropriada. Permite, dessa forma, o entendimento de que as várias dimensões coexistem, não ocorrendo, portanto, uma superação entre elas⁴⁹. É válido perceber que a expressão *dimensão*, ao ser utilizada no intuito de não delimitar fronteiras entre os três momentos dos direitos fundamentais, provoca, também, um condicionamento entre os direitos. Ou seja, além de superar a ideia de substituição, sugerida pela terminologia *geração*, o termo *dimensão* propõe uma visão integrada dos direitos fundamentais, na qual tais direitos encontram-se condicionados, gerando, assim, uma relação de reciprocidade entre eles. A abertura conceitual dos direitos fundamentais que permite o reconhecimento das relações de condicionamento entre eles, a partir da quebra do entendimento sobre os direitos fundamentais como absolutos e ilimitados, pode ser observada, por exemplo, à luz de direitos como a propriedade e a livre iniciativa. Esses direitos, surgidos na primeira dimensão, passaram a estar condicionados após a consagração do dever de igualdade. Por um lado o dever da função social da propriedade, produto da segunda dimensão, e de outro lado, o dever de solidariedade, que constitui característica da terceira dimensão, tendo a liberdade de iniciativa passado a sofrer limitações em nome de uma postura solidária. A exemplo disso, tem-se a exigência de respeito ao meio ambiente e a defesa do consumidor no exercício da livre iniciativa⁵⁰.

⁴⁸ **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 525.

⁴⁹ Nesse sentido, v. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 50.

⁵⁰ Nesse sentido, “a livre iniciativa, fundamento da liberdade de contratar, deve observar o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). SAYEG, Ricardo Hasson. A compatibilização entre liberdade de iniciativa e a defesa do consumidor. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, v. 5, nº 20, jul./set. 1997, p. 178. (177-182)

Nesse sentido, a primeira dessas dimensões consagrou as chamadas liberdades civis ou negativas, pois exigia a ausência de impedimentos ou de obrigações⁵¹, uma postura de abstenção por parte do Estado e respeito à autonomia individual. Isso lhe rendeu o dever de consagrar e respeitar as liberdades, sem, contudo, interferir nestes direitos⁵². Tal postura reflete a necessidade da consagração da individualidade, própria da modernidade, como resposta à experiência medieval, na qual os sujeitos eram detentores de direitos de acordo com critérios referentes ao nascimento e/ou à propriedade⁵³. Situação esta que se tornou incompatível com a concepção moderna de liberdade, baseada na livre expressão da vontade⁵⁴.

Poder e liberdade eram duas forças que competiam. Consequentemente, Estado e indivíduo detentor de liberdade colocavam-se em situação de disputa; o primeiro em defesa do poder e o segundo em nome de sua liberdade⁵⁵. Sendo assim, a

⁵¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. Madri: Trotta, 1998, p. 26.

⁵² É válido salientar que nesta primeira dimensão de direitos fundamentais encontram-se, também, direitos que dependem da atuação estatal, como por exemplo, os direitos políticos e as garantias do processo penal. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº 1, out./dez. 1992, p. 202. Ressalta-se, ainda, que mesmo as garantias de certas liberdades, como a liberdade de imprensa, exigem uma prestação positiva do Estado. MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista de direito público**, nº 82, 1987, p. 12.

⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. Madri: Trotta, 1998, p. 31.

⁵⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando a concepção de liberdade na antiguidade e na modernidade, afirma que entre os romanos e os gregos, liberdade era a possibilidade de participar das decisões que produziam efeitos na esfera pública. Por outro lado, na modernidade, liberdade é a autonomia da conduta individual. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 246.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

primeira noção de Estado de Direito é reflexo da relação entre absolutismo (poder) e liberdade individual, tendo adquirido como principal função a defesa da liberdade⁵⁶. Assim, apesar do Estado liberal⁵⁷ precisar exercer seu poder, precisava, também, respeitar as liberdades. Dessa forma, é possível afirmar que os direitos fundamentais passaram a ser consagrados pelas constituições como produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Contaminados, portanto, pelo exacerbado espírito individual-subjetivista da época, foram apresentando-se como direitos individuais frente ao Estado⁵⁸. No caso específico da liberdade de iniciativa, ao exigir que o Estado não interfira no direito do indivíduo de empreender livremente, pode ser incluída dentre os direitos de defesa, tendo em vista que garante a liberdade individual contra interferências do poder público⁵⁹. Nesse sentido, a postura negativa do Estado diante da liberdade, sua não interferência no âmbito da autonomia privada, a consagração da vontade individual e a superação da força pela força da liberdade parecem representar bem a essência do direito fundamental à liberdade de iniciativa.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41. Nesse sentido, afirmou Daniel Sarmento que “era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável”. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 21.

⁵⁷ Segundo Jorge Miranda, “duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata, de (no dizer de Radbruch) um ‘indivíduo sem individualidade’; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão”. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº 1, out./dez. 1992, p. 198.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 51.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional**. São Paulo: IBDC/Celso Bastos Editor, 1999, p. 37.

Assim, o princípio da autonomia privada seria a “tradução jurídica da liberdade de iniciativa econômica”⁶⁰.

Dessa forma, a consagração constitucional de tal direito representa, primeiramente, a recepção da liberdade individual para, então, representar um instrumento de desenvolvimento econômico. Eis, parece ser o foco da livre iniciativa: o poder de liberdade⁶¹ do indivíduo. A liberdade de optar, dentre as inúmeras possibilidades, pela forma de investimento e desenvolvimento que mais lhe agrada, isento de interferências por parte do Estado na sua liberdade de escolha. A liberdade como realização.

CONCLUSÃO: A LIBERDADE DE INICIATIVA E A CONCEPÇÃO MATERIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A recepção da livre iniciativa pelo direito brasileiro demonstra a preocupação constitucional de defesa da liberdade individual, mesmo tendo sido este previsto pela Ordem Econômica da Constituição, em seu art. 170, e não pelo rol dos direitos individuais do art. 5º. Essa constatação torna necessária a ressalva quanto ao conceito material dos direitos fundamentais⁶². O conteúdo e a

⁶⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. **Revista de direito privado**, vol. 14, abril/jun. 2003, p. 282.

⁶¹ O poder de liberdade individual foi mencionado por Nietzsche: “... o indivíduo soberano, igual apenas a si mesmo, novamente liberado da moralidade do costume, indivíduo autônomo supramoral (pois ‘autônomo’ e ‘moral’ se excluem), em suma, o homem da vontade própria, duradouro e independente, o que pode fazer promessas – e nele encontramos, vibrante em cada músculo, uma orgulhosa consciência do que foi finalmente alcançado e está nele encarnado, uma verdadeira consciência de poder e liberdade, um sentimento de realização”. **Genealogia da moral. Uma polêmica**. São Paulo: Companhia das letras, 2004, p. 49.

⁶² Segundo Ingo Sarlet, “para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da

importância dos direitos fundamentais não são definidos de acordo com sua localização constitucional. Ou seja, a existência de um catálogo de direitos fundamentais, como é o caso do nosso art. 5º, não exaure a existência de todos os direitos fundamentais da Constituição brasileira⁶³. A formulação de tal rol representa um instrumento formal de organização das normas. Isto não implica dizer que os direitos, essencialmente fundamentais, como é o caso da liberdade de iniciativa, os quais estejam previstos fora do respectivo catálogo, não devam ter seu aspecto de fundamentalidade reconhecido. Nesse sentido, a liberdade de iniciativa é um exemplo do conceito material de direito fundamental, na medida em que, apesar de não pertencer ao rol formal, seu conteúdo e importância não negam sua natureza fundamental.

A problemática quanto à colocação dimensional de direitos fundamentais, faz lembrar o exemplo da propriedade privada⁶⁴. Problemática porque, apesar de estar previsto dentre os direitos individuais da Constituição brasileira, o direito à propriedade privada também aparece na Ordem Econômica, o que poderia levar a uma interpretação formal que concluísse pela dupla dimensão do referido direito. No entanto, esta segunda previsão não abala a natureza individual do direito à propriedade, nem tampouco, portanto, seu caráter de primeira dimensão. Apenas faz reforçar a necessidade de uma interpretação harmônica entre os diversos direitos fundamentais, tendo em vista que o direito à propriedade vem relacionado no art. 170 ao próprio direito à liberdade de

Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 86.

⁶³ O próprio art. 5º, em seu parágrafo segundo, prevê a existência de outros direitos fundamentais ao longo da Constituição ao expressar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.

⁶⁴ Segundo Perez Luño, “de todos os direitos fundamentais, com imediata repercussão na estrutura e funcionamento da atividade econômica, possui importância prioritária o direito à propriedade privada”. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1998, p. 188.

iniciativa. Sendo assim, tanto o direito à propriedade privada quanto o direito à liberdade de iniciativa são direitos fundamentais de dimensão liberal, mas que surtem efeitos tanto na Ordem Econômica constitucional, como também em outros direitos que não fazem parte desta ordem⁶⁵. Justifica-se, dessa forma, a necessidade de estudá-los de maneira interdisciplinar. No caso específico da liberdade de iniciativa, se por um lado sua inclusão na Ordem Econômica da Constituição brasileira não afasta sua natureza liberal, típica da primeira dimensão dos direitos fundamentais⁶⁶, por outro lado, a exigência de um exercício da livre iniciativa de forma não autoritária, ou seja, de forma harmônica em relação a outros direitos também fundamentais, torna-se uma necessidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

⁶⁵ A Constituição portuguesa, em seu art. 62, insere a propriedade entre os direitos econômicos, sociais e culturais. MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela constituição portuguesa - um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional.

Revista de direito administrativo, nº 199, 1995, p. 07.

⁶⁶ “A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, com raízes históricas e significado jurídico importante, embora difícil de explicar dogmaticamente por entre os direitos econômicos, sociais e culturais haver direitos com estrutura de direitos liberdades e garantias”.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I, Coimbra: Coimbra, 1990, p. 352.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, 2003.

CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Bookseller, 2001.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico. Globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios constitucionais informadores da república federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho). **Cadernos de Direito constitucional e ciência política**, v. 6, nº 25, out./dez. 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones.** Madri: Trotta, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. **Revista de direito privado**, vol. 14, abril/jun., 2003.

LUÑO, Perez. **Los derechos fundamentales.** Madri: Tecnos, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional.** São Paulo: IBDC/ Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista de direito público**, nº 82, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo I, Coimbra: Coimbra, 1990.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº 1, out./dez. 1992.

MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela constituição portuguesa - um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. **Revista de direito administrativo**, nº 199, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral. Uma polémica.** São Paulo: Companhia das letras, 2004.

OLIVEIRA, José Ercílio de. Os Ideais de liberdade de iniciativa. **Revista de direito público**, v. 14, nº 63, jul./set. 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SAYEG, Ricardo Hasson. A compatibilização entre liberdade de iniciativa e a defesa do consumidor. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, v. 5, nº 20, jul./set. 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Ltr, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.