Marçal Justen Filho: Precisamos levar a livre-iniciativa a sério

Um dos mais influentes pensadores contemporâneos do Direito foi Ronald Dworkin, que coletou seus primeiros e mais marcantes trabalhos em uma coletânea muito conhecida: *Taking rights seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), expressão traduzida como "levando os direitos a sério". O trabalho de Dworkin influenciou fortemente o atual estágio do Direito brasileiro, que reconhece que o princípio é uma espécie de norma jurídica, dotada de eficácia vinculante.

E um dos princípios constitucionais de maior relevo é a livre-iniciativa, referida diretamente na CF/88 nos artigos 1º, IV, e 170, e cuja importância se reflete em todas as previsões constitucionais relacionadas ao direito de propriedade e à liberdade de empreendimentos econômicos.

Apesar da relevância jurídica dos princípios em geral e a proteção constitucional à livre-iniciativa, não é despropositado afirmar que no Brasil o princípio constitucional da livre-iniciativa não é levado a sério. Como princípio, participa do discurso generalizado e é continuamente referido em leis, decretos e regulamentos — sempre na parte geral e abstrata.

O problema é a ausência de efeitos jurídicos concretos, específicos, determinados. Em muitas oportunidades, a decisão judicial se refere à livre-iniciativa, mas nunca de modo isolado, como fundamento autônomo e suficiente para assegurar ao sujeito alguma tutela. A livre-iniciativa serve como uma espécie de complemento, de argumento adicional. É mais ou menos assim: "O direito da parte deve ser protegido, em vista do princípio da legalidade, da isonomia… Além disso, a Constituição reconhece a livre-iniciativa".

Alguém poderia contrapor que os princípios são assim mesmo, que a indeterminação é inerente a eles, que permitem soluções diversas etc. Mas a questão reside na necessidade de levar os princípios a sério. Todos os princípios, inclusive a livre-iniciativa.

O argumento de que "os princípios são assim mesmo" reflete a tese de que os princípios não possuem dimensão normativa. Equivale a afirmar a sua irrelevância. Ou, então, decorre de um posicionamento subjetivo contrário à heteronomia do Direito, em que o operador assume o poder de escolher quando aplicar e quando não aplicar o princípio.

Nesse contexto, a livre-iniciativa acaba relegada à condição de estorvo. Todos estão prontos a defender o "princípio da supremacia do interesse público" até a morte. Mas… e a livre-iniciativa? Não é um princípio constitucional dotado de idêntica dignidade e relevância de todos os demais princípios? É claro que é.

Ou seja, se vamos levar o Direito a sério, é necessário que levemos a sério todos os princípios, inclusive a livre-iniciativa.

O que significa levar o princípio a sério? Quer dizer muitas coisas. Em primeiro lugar, a livre-iniciativa tem um conteúdo semântico próprio e autônomo. Depois, a ordem jurídica brasileira incorpora a livre-iniciativa como um dos seus fundamentos. Enfim, a livre-iniciativa significa que existem direitos para os

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

particulares e proibições para o Estado. Esses direitos e obrigações não são ilimitados e absolutos, mas apresentam um conteúdo mínimo insuscetível de desconsideração em face das situações concretas.

Levar o princípio da livre-iniciativa a série envolve algo além. É necessário que a livre-iniciativa seja traduzida também em regras. Nenhuma ordem jurídica sobrevive apenas com princípios, porque os princípios são… assim mesmo! As regras veiculam uma disciplina mais precisa, menos aberta, mais previsível, menos sujeita à escolha subjetiva do operador do Direito. Não venham dizer que sou contra os princípios. Só estou afirmando que as regras *também* são importantes e que um ordenamento jurídico é composto não somente de princípios, mas também por regras (no mínimo).

Complementar o princípio da livre-iniciativa com regras de conteúdo mais determinado significa delimitar as competências estatais e procedimentalizar o seu exercício, de modo a reconhecer um núcleo mínimo de autonomia privada insuscetível de ser invadida, ignorada ou simplesmente destruída pelo Estado.

As regras sobre a livre-iniciativa não implicam a eliminação do poder de polícia administrativa. A regulação estatal da autonomia privada é indispensável. Mas a realização dos valores constitucionalmente protegidos exige que a regulação não seja uma manifestação de intuições subjetivas ou de oportunismo político. Há uma exigência de racionalidade nas imposições estatais, que devem refletir uma avaliação ponderada sobre os custos e benefícios das limitações e exigências impostas pelo Estado. Enfim, trata-se de submissão das competências estatais ao limite da proporcionalidade.

Por isso, é necessário avaliar e discutir normas gerais sobre Direito Econômico que consagrem, em termos mais precisos, os limites da intervenção regulatória estatal e que determinem os requisitos para a imposição de exigências, requisitos e proibições à autonomia privada. Isso fornecerá ao agente privado um fundamento bastante e suficiente para se opor a exigências desnecessárias, abusivas e irracionais, sejam elas resultado da inércia da burocracia ou da atuação impensada de uma autoridade… autoritária.

Levar a sério o princípio da livre-iniciativa resulta em reconhecer um direito à livre-iniciativa e afirmar que todo os valores protegidos pela Constituição são para valer.

Date Created
18/04/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.