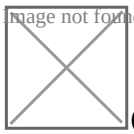
Notas sobre a liberdade econômica como direito fundamental



O artigo 1º da Constituição (CF) estabelece em seu inciso IV, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a chamada livre iniciativa. Por sua vez, o artigo 170, *caput*, prevê que a "ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (…)" [grifamos]. Merecendo especial destaque, dada a posição que ocupa na ordem constitucional brasileira, a livre iniciativa tem o seu âmbito de proteção alargado, acolhendo o que podem ser chamadas de liberdades parciais, a saber, a liberdade econômica e a liberdade de concorrência, ambas coordenadas por fins sociais[1].

De acordo com a lição de Eros Grau, que aqui se agrega, a distinção entre o conceito de livre concorrência e o da liberdade econômica (ou liberdade de comércio e indústria, como, por vezes, prefere) não afasta a profunda relação entre ambas:

"… *a liberdade de concorrência deve ser visualizada como elemento moderador do princípio da liberdade de comércio e indústria, e não como ratificador deste último.* Não deve ser tomado, pois, como princípio negativo. Este sentido já é coberto pelo princípio da liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico). *A liberdade de concorrência é*, fundamentalmente, uma liberdade privada e se apresenta dotada de caráter positivo, expressando-se como *direito a que o abuso (deslealdade) da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados.* Esse o sentido sob o qual o princípio é consagrado no plano constitucional, no inc. IV do artigo 170 da vigente Constituição" [2].

Assim também lembra o Ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do recente julgamento da ADPF 449, que há uma imbricação entre livre iniciativa (e liberdade econômica, em particular) e liberdade de concorrência:

"… *livre iniciativa significa também livre concorrência*, e nessa ideia se contém uma opção pela economia de mercado assentada na crença de que é a competição entre os agentes econômicos de um lado e a liberdade de escolha dos consumidores do outro que produzirão os melhores resultados sociais, que são a qualidade dos bens e serviços a um preço justo"[3]. [grifamos]

Não sendo o intento desenvolver mais as distinções traçadas, o que nos importa, nesse contexto, é destacar que, de se tratar de princípio geral de caráter objetivo, a liberdade econômica acaba assumindo também a função de um princípio essencial à ordem econômica na CF e, ao mesmo tempo, de um direito fundamental autônomo, ainda que não como tal expressamente positivado.

A existência de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não diretamente correspondentes a uma expressa previsão no texto constitucional não é algo novo e, assim como no direito estrangeiro e internacional, é amplamente reconhecido, sendo muitos os exemplos acumulados ao longo do tempo. No caso brasileiro, tal possibilidade encontra previsão no próprio texto de todas as constituições desde a primeira Constituição republicana, de 1891, mas foi na CF que a abertura a outros direitos, para além dos expressamente positivos, ganhou maior destaque, mediante a inclusão, a teor do

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

disposto no artigo 5º, § 2º, além dos tradicionalmente reconhecidos direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais e os direitos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Assim, a não taxatividade do catálogo constitucional de direitos, implica também aquilo que se costuma designar de uma abertura a direitos fundamentais apenas em sentido material, isto é, de direitos que são fundamentais embora não positivados no texto constitucional, ou seja, na constituição formal.

Outrossim, calha recordar que, com base no referido artigo 5º, § 2º, CF, os direitos e garantias fundamentais, no sistema constitucional brasileiro, abarcam dois grandes grupos, os direitos expressamente positivados e os direitos implicitamente positivados. No primeiro grupo, inserem-se: a) os direitos assegurados no Título II da CF; b) os direitos dispersos em outras partes do texto constitucional; c) os direitos consagrados expressamente nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. No que diz com os direitos implicitamente positivados, cuida-se de normas definidoras de direitos fundamentais que, embora não encontrem um texto específico que os enuncie na Constituição, podem ser associados, como subentendidos, a outros princípios e direitos expressamente positivados[4].

A liberdade econômica também guarda relação com diversos direitos fundamentais consagrados no Título II, da CF, especialmente no artigo 5º, a começar pelo direito geral de liberdade, contido no *caput* do referido preceito, bem como de diversos direitos específicos, como é o caso daqueles definidos nos incisos II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"); XIII ("é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão…"); XVII ("é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar"); XXII e XXIII ("é garantido o direito de propriedade" e "a propriedade atenderá a sua função social"), XXVII ("aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras…") e XXIX ("a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos").

Da mesma forma, é possível associar a liberdade econômica com direitos sociais, como é o caso dos direitos à previdência social (artigo 202 – "O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social…"), à saúde (artigo 199 – "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada") e à educação, no já citado artigo 209, CF.

Ainda nesse contexto, há que enfatizar, que também no caso da liberdade econômica, o seu âmbito de proteção, assim compreendido como conteúdo protegido pela norma que a comporta[5], abarca um complexo de condutas juridicamente atribuídas ao titular do direito fundamental.

Nesse particular, cinco condutas principais correspondem à sua dimensão jurídico-subjetiva, a saber: a liberdade de escolher um ramo econômico para exploração (liberdade de escolha); a liberdade de exercer a atividade econômica com a finalidade de obtenção de lucro e todos os atos operacionais a ela relacionados (liberdade econômica em sentido estrito); a liberdade de escolher o local no qual se estabelecer em termos territoriais e definir o mercado relevante de atuação (liberdade de estabelecimento); a liberdade de organizar-se e gerir suas atividades (liberdade de organização e gestão); e a liberdade de realizar, não realizar ou deixar de realizar investimentos (liberdade de investimentos)[6]. Enquanto a primeira conduta relaciona-se a uma liberdade pessoal, as demais referem-se a direitos institucionais, ou seja, das empresas que exploram a atividade econômica[7].

Por sua vez, a dimensão jurídico-objetiva do direito à liberdade econômica implica deveres de proteção estatais, no sentido de salvaguardar a liberdade econômica, contra agressões oriundas dos próprios

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

Poderes Públicos, assim como de particulares e de outros Estados, deveres de proteção que podem se manifestar de diversas formas, seja já no plano constitucional, seja na esfera do poder executivo, ou mesmo do poder judiciário [8].

É com esteio na dimensão objetiva da liberdade econômica (e, em geral, da livre iniciativa), que se nota, no texto da CF, a alusão ao tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 146, III, d, 170, IX e 79), ao investimento do capital estrangeiro tendo em cômputo o interesse nacional (artigo 172), a vedação de participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país (artigo 199, § 3º), o estímulo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia no país (artigo 218, §4º), apenas para citar. De mais a mais, quando dispõe a CF, em seu artigo 174, que o Estado funciona como agente normativo e regulador da atividade econômica, é possível extrair deste dispositivo o dever geral de o ente estatal atuar de maneira a proteger o exercício da liberdade econômica.

Assume relevo, nesse contexto, que, tal como os demais direitos, a liberdade econômica não é infensa a restrições. Além da expressa previsão constitucional da intervenção do Estado na atividade econômica, em seu artigo 170, parágrafo único, é inconteste a necessidade de submeter a liberdade econômica a restrições a fim de assegurar, mediante concordância prática[9], a proteção e promoção de outros direitos e bens jurídicos de estatura constitucional.

Especificamente acerca da possibilidade de submeter a livre iniciativa (e as liberdades econômica e concorrencial) a um conjunto de restrições, desde que observados determinados limites, já se pronunciou inúmeras vezes o STF, conforme atestam as seguintes decisões organizadas em ordem cronológica, da mais recente à mais antiga:

"… a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o *legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada*"[10] [grifamos].

"O princípio da livre iniciativa, inserido no caput do artigo 170 da Constituição nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente *definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, consequentemente, ser limitada*"[11] [grifamos].

"… certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. (…) *Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto* (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição)[12] [grifamos].

À vista do exposto, verifica-se que, tanto na jurisprudência do STF, quanto na própria CF, o exercício da liberdade econômico poderá ser limitado quando em causa comprometimento de outros direitos

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

fundamentais, isto desde que observados os critérios habitualmente designados de limites às restrições aos direitos fundamentais, dentre os quais assumem relevo o princípio da reserva de lei, o princípio (e dever) da proporcionalidade e o dever de garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas que aqui não serão desenvolvidos.

De modo particularmente relevante, é a constatação de que a própria CF, de acordo com os exemplos acima colacionados, já estabeleceu limites à liberdade econômica, destacando-se aqui o fato de sua função social, que, ao mesmo tempo em que representa importante elemento de justificação de sua fundamentalidade, opera como um limite a ser observado, podendo servir de fundamento para intervenções restritivas em seu âmbito de proteção.

[1] Seguiremos a concepção conforme a qual livre iniciativa e liberdade econômica não são conceitos fungíveis, porém estão relacionados, da forma que ensina GRAU, Eros. Comentários ao artigo 170. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 1792.

[2] GRAU, Eros. Princípio da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 93, n. 4, 1993. p. 126.

[3] BRASIL. STF. *ADPF 449*. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 08/05/2019. DJe 190.

[4] Sobre o tema, remetemos ao nosso SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais* : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 85 e ss.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Escritos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008. p. 198-201.

[6] MENDES, Evaristo Ferreira. Comentários ao artigo 61º. In. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. tomo I, 2 ed. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra, 2010. p. 1207.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; ; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. v. 1, 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 790.

[8] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.

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

[9] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 260.

[10] BRASIL. STF. *RE 1054110*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 09/05/2019. DJe194.

[11] BRASIL. STF. *ARE 1.104.226AgR*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 27/04/2018. DJe 102.

[12] BRASIL. STF. *ADI 1950*. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 03/11/2005. DJ 02/06/2006.

Date Created
28/03/2021

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