



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 4**

## **DIREITO COMERCIAL**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 4*

Fábio Ulhoa Coelho

Marcus Elidius Michelli de Almeida

São Paulo

2018

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP  
DIREITO COMERCIAL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
José Manoel de Arruda Alvim  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior  
Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE DIREITO COMERCIAL | ISBN 978-85-60453-44-3**

*A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP*

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)  
: direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida -  
São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018  
Recurso eletrônico World Wide Web  
Bibliografia.  
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL

*André Ramos Tavares*

### *INTRODUÇÃO*

A livre iniciativa empresarial é uma forma de liberdade individual e, mais especificamente, uma modalidade de livre iniciativa econômica, aplicada às situações de empreendedorismo e atuação econômica. Exatamente por isso é considerada fundamental no modelo de economia capitalista, pois enseja a criação de entidades empresariais privadas que irão constituir grande parte das relações econômicas do chamado mercado. É também um dos esteios da Constituição econômica brasileira de 1988.

### *SUMÁRIO*

Introdução.....	2
1. Concepção capitalista: a racionalidade própria da livre iniciativa empresarial .....	2
2. Evolução no direito constitucional brasileiro.....	4
3. Conteúdo no direito positivado .....	5
4. Situações de inexistência da livre iniciativa empresarial.....	7
4.1. O monopólio nas economias de mercado.....	7
4.2. Planificação da economia.....	9
Referências .....	9

### ***1. CONCEPÇÃO CAPITALISTA: A RACIONALIDADE PRÓPRIA DA LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL***

As empresas legalmente constituídas podem ter como objetivo lícito o lucro,

quer dizer, a produção de excedente, a reprodução do capital investido e empreendido no negócio, como finalidade individual da empresa e de seus gestores ou proprietários. Essa lição é válida para todo o território incluído no capitalismo de mercado.

Trata-se, pois, de um modelo capitalista de produção, cuja operacionalização ao longo da História tem ocorrido por meio da criação de entidades supra-individuais capazes de congregiar capitais dispersos, mas necessárias à grande iniciativa empresarial, como ocorreu, originariamente, na condução das Cruzadas, como o primeiro grande movimento que rompe os limites feudais de produção e de acumulação do capital, e que resgata institutos romanos capazes de associar pessoas em função de um objetivo comum (no caso, o comércio pelas navegações).

A empresa irá se estabelecer na História como a forma ou instrumento melhor equipado e mais bem adaptado a fim de realizar os postulados capitalistas da acumulação do capital. Nesse sentido, a livre iniciativa empresarial torna-se rapidamente um elemento de transformação social, impondo-se como força motriz do mercado.

“No capitalismo, *tudo* o que precisamos e queremos (roupas, alimentos, transportes, lazer, educação, saúde, etc.), em geral, só podemos ter se uma ou algumas pessoas, entre nós, se dispuserem a investir na organização de uma empresa destinada a produzir e fornecer o bem ou serviço almejado. No capitalismo, os bens ou serviços, essenciais ou não, são produzidos e comercializados, em sua expressiva maioria, por empresas exploradas por particulares”.<sup>1</sup>

A grande empresa multinacional passa a ter como meta os diversos mercados nacionais, para abraçar um mercado mundial, penetrando nas mais variadas sociedades e culturas, impondo-se como modelo de virtude e sucesso econômicos. O cálculo econômico, como lembra Carlo Bordini, passa a substituir todas demais racionalidades.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 69 (destaque do original).

<sup>2</sup> “*Un atteggiamento dire il vero assai poco sociale, indegno di qualsiasi insieme di persone che voglia definirsi comunità, affonda le sue radici in una primordiale concezione di modernità, che esaltava il borghese, l'individuo libero (da cui liberista) da costrizioni e condizionamenti, capace di farsi da sé (il self-made man), di salire la scala sociale e di affermarsi grazie alla proprie capacità (...). Nella logica neoliberalista prevale il principio economicista secondo il quale ogni azione, ogni concessione, ogni servizio deve avere suo tornaconto, gravare su chi ne usufruisce e non essere spalmato sull'intera collettività (...)*” (BORDONI, Carlo. *Le promesse ritirate. Stato di crisi*, p. 70-71).  
“*I governi politici non sono d'aiuto: non sanno indicarci la strada da seguire [...] L'iniziativa più consistente è rappresentata dal tentativo di utilizzare l'economia e la finanza, a livello mondiale, per stabilizzare un fermento che percepiscono come minaccioso, per ricondurlo con una base di controllabilità. Per indirizzare l'emergenza del nuovo e dell'ignoto sui binari del noto, del comprensibile.*”

Podemos dizer que a racionalidade inerente à iniciativa empresarial conduz-se como racionalidade dominante na agenda capitalista.

A seguir analisarei a livre iniciativa empresarial na perspectiva do Direito positivo brasileiro.

## **2. EVOLUÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

A ideia de liberdade de iniciativa remonta à Constituição de 1824 ao dispor, no art. 179, XXIV, que não se opondo aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos, nenhum trabalho, cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido. Tratava-se de proibição de proibição, mas com exceções compostas por conceitos vagos, como os costumes públicos.

Com o advento da República, promulgou-se a Constituição de 1891, que igualmente foi explícita no mesmo tema, ao garantir o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art. 172, § 24).

Foi com a Constituição de 1934, em seu art. 115, que se passou a falar de uma “ordem econômica” organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna. A Constituição era explícita em considerar que apenas dentro dos limites desses princípios se admitia garantir a liberdade econômica. Como sabemos, a Constituição de 1934 sofreu influência direta da Constituição de Weimar, fazendo constar, assim, por exemplo, a “existência digna”, tendo como inquestionável paradigma a democracia econômica da Constituição alemã de 1919, forjada exatamente a partir da percepção de que dignidade e ordem econômica compõem a base dessa proposição.

Na Constituição de 1937 tivemos a iniciativa individual, como o “poder de criação, organização e inovação do indivíduo” (art. 135). Ainda nos temos do referido artigo, o Estado estaria legitimado a atuar nessa seara “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

---

*Fare, come si dice, un'operazione di riduzione della complessità*”. (BORDONI, Carlo. Uscire dalla modernità. *Stato di crisi*, p. 83, destaques no original).

interesses da Nação, representados pelo Estado”.

A consagração em texto constitucional da locução “liberdade de iniciativa” surge em 1946, liberdade que deveria ser conciliada com a “justiça social” e “valorização do trabalho humano”, conforme art. 145 daquela Carta. A liberdade de iniciativa contempla, como veremos, a iniciativa empresarial.

O termo “liberdade de iniciativa” foi trazido novamente na Constituição de 1967, que enunciou em seu art. 157, I, a essa essencial liberdade como um dos princípios da ordem econômica.

Após emendada pela EC 1/1969 a Constituição de 1967 repete a fórmula de enunciar a “liberdade de iniciativa” como um dos princípios da ordem econômica (art. 160, I).

### **3. CONTEÚDO NO DIREITO POSITIVO**

Verifica-se que a Constituição do Brasil vigente aloca a livre iniciativa como “fundamento da República Federativa do Brasil” (art. 1º, IV) e como princípio da ordem econômica (art. 170, *caput*). Além disso, engloba e assume “todas as formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVII, e art. 174, §§ 3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial”.<sup>3</sup>

A livre iniciativa, em termos gerais, envolve a liberdade econômica, na qual se localiza a liberdade de empresa e a de empreender individualmente, incluindo, ainda, todos tipos de associativismo, bem como a instrumentalização do empreender e, ainda, a liberdade de estabelecer relações negociais e contratar.

A instrumentalização do empreender significa a liberdade de escolher a forma pela qual cada um se dedicará a uma atividade dita econômica. Nesse sentido, a liberdade de iniciativa envolve exatamente o direito de empreender empresarialmente ou apenas individualmente, quer dizer, empreender a partir da constituição de uma pessoa jurídica ou não. Esse sentido é abraçado pela Constituição brasileira de 1988.

Nessa linha, pude advertir em obra específica sobre o tema, voltada para o Direito brasileiro, que “[e]stá constitucionalmente preservada a ampla liberdade

---

<sup>3</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 235.

profissional, que envolve *o direito de optar pela melhor forma de organização para fins de prestação de serviços*. É parte do que se pode denominar como *autonomia privada* e parte do que integra a chamada liberdade de associação”.<sup>4</sup> Portanto, “o indivíduo pode oferecer seus serviços (...) *organizando-se da forma (inclusive jurídica) que entenda mais adequada*”.<sup>5</sup> Esse pensamento articula-se com “a ideia de que a livre iniciativa é também expressão da *liberdade titulada pelo trabalho*”.<sup>6</sup>

Prosseguindo-se nessa ideia, a liberdade (ou livre iniciativa) de empresa inclui a indústria, o comércio e os serviços. Ainda nessa perspectiva, a liberdade de empresa engloba tanto a liberdade de trabalho como a liberdade de associação (em caráter não-eventual e não-episódico).

Nos termos da ADI 3.512, a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada pelo trabalho. Identifiquei, partindo da posição do Ministro do STF Rodrigues Alckmin, que “a regulamentação das profissões haveria de ocorrer em *socorro da sociedade*, não em tom privatista-coorporativista, de cooptação dos segmentos econômicos por certo grupo de interesses particulares (...) Ao invocar esses pressupostos, o Ministro reforçava o tom da *liberdade* de iniciativa e exercício profissional, mas nitidamente o fazia por uma *dimensão social*”.<sup>7</sup>

A liberdade de contratar, como parte da livre iniciativa, é liberdade a ela instrumental, que permite produzir, comprar e vender, fixar preços e quantidades, observada a bilateralidade contratual como limite de conteúdo e dos quantitativos envolvidos.

A livre iniciativa de empreender, a *free enterprise*, e, nesse âmbito, também a livre iniciativa empresarial, acima indicada, podem ser compreendidas sob um significado duplo: (i) como acesso amplo e irrestrito pelo menos ao mercado nacional (o monopólio, no caso brasileiro, deve ser constitucional e expresso); (ii) como o direito de não ser arbitrariamente tolhido do mercado (*status* de permanência).

A livre iniciativa exige certa igualdade de condições para atuar, repelindo

---

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. Liberdade de tributação: o caso da Emenda 3 e a fraude à Constituição. *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*, p. 86.

<sup>5</sup> *Ibidem* (destaques no original).

<sup>6</sup> *Idem*, p. 87 (destaques no original).

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. Representação 930: a liberdade de profissão, suas condições e o interesse social. *Centenário: José Rodrigues de Alckmin*, p. 71 (destaques do original).

favorecimentos ou perseguições injustificadas. Já tive oportunidade de asseverar que:

“Para fazer-se presente, a liberdade de iniciativa exige, inicialmente, a igualdade de condições (perante o Estado) para os agentes privados do mercado iniciarem sua atividade. Não haverá livre-iniciativa se (...) vier o Estado a conceder situações de vantagem ou privilégios, como conceder terras para a instalação, oferecer maquinário ou verbas, para uma empresa ou um grupo de empresas, de maneira a caracterizar uma iniciativa privilegiada e menos onerosa (...) Haverá aí, livre-iniciativa viciada”.<sup>8</sup>

De outra parte, a livre iniciativa empresarial pode estar maculada se o ambiente normativo o Estado transforma-se em empecilho à sua livre constituição. Também haverá falha do Estado no estar proclamada solenemente, “no papel”, a livre iniciativa empresarial mas as condições estruturais da economia desfavorecerem a criação de empresas nacionais. A *nacionalidade*, pois, pode ingressar como importante elemento econômico, não no sentido de um nativismo arcaico, mas sim de respeito às potencialidades individuais em território nacional. Isso significa que na falta de um mercado diversificado e bem estruturado será pouco significativo estar o Direito proclamando uma ampla e irrestrita liberdade de iniciativa empresarial. Condições materiais reais podem incidir como bloqueadores automáticos dessa cláusula constitucional. É da responsabilidade do Estado zelar pela presença dessas condições de realidade da referida garantia individual.

#### **4. SITUAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DA LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL**

##### **4.1. O monopólio nas economias de mercado**

Adam Smith inaugurou, com sua obra *Riqueza das Nações*, toda uma nova teoria, conferindo autonomia ao objeto de seus estudos, em termos de construir uma ciência, a ciência econômica (uma ciência moral para Keynes), até então discutida em outros foros, como nos escritos teológicos, de moral e de teoria do Estado.

Smith desenha seus estudos e postulados econômicos a partir do que ele concebeu como um *modelo natural de concorrência*. Para o pensador, o domínio de

---

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*, pp. 31-32.

mercado por uma empresa, embora possa constituir um objetivo empresarial a fim de obter segurança de retorno e poder de controle, deturpa o sistema econômico por ele denominado de natural, e para o qual elaborou sua arrojada teoria. Daí a necessidade por ele reconhecida de que o Estado combata essas práticas que levam aos monopólios.<sup>9</sup>

O domínio absoluto do mercado, via monopólio impede o exercício livre da iniciativa ampla pelos agentes econômicos eventualmente interessados no segmento monopolizado. Bem por isso, a situação de monopólio se caracteriza, segundo Milton Friedman, quando há controle suficiente por uma empresa (ou grupo coligado de empresas) para “estabelecer” (impor) os termos em que todo o mercado terá acesso ao produto ou serviço.<sup>10</sup>

Percebe-se, pois, que mesmo no pensamento mais liberal, e em um autor como Friedman, que liderou a Escola de Chicago e a defesa praticamente cega de um mercado livre, em “regresso ao século XVIII”, para utilizar a crítica de Avelãs Nunes,<sup>11</sup> um contexto de monopólio é extremamente preocupante.

A escassez de um bem natural ou a ausência de capacitação técnica de terceiros para sua exploração pode gerar um monopólio. Esse monopólio pode estar sob titularidade estatal ou pode ser explorado por um agente econômico privado “livre”. Apesar disso, não haverá possibilidade de livremente empreender no segmento, ainda que nele esteja atuando um agente econômico privado. Nessas circunstâncias, porém, é preciso ao Estado posicionar-se em diversas frentes de ação, que não constituem propriamente uma exceção aos postulados mais caros do liberalismo e da livre iniciativa empresarial, visto que não se pode considera-la integral em um contexto de monopólio: i) estabelecer um planejamento para o uso de um recurso natural escasso, de maneira a assegurar questões de segurança social; ii) estabelecer um teto para os preços a serem praticados; iii) realizar um controle de qualidade, quando exigível. Estes dois últimos aspectos são apresentados por Sustain.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SMITH, Adam. *A riqueza das nações*, pp. 957-958.

<sup>10</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 105.

<sup>11</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma volta ao mundo das ideias económicas. Será a economia uma ciência?*, p. 40.

<sup>12</sup> SUNSTEIN, Cass. Funções das normas reguladoras. *Revista de direito público da economia*, nº 03, p. 35.

## 4.2. Planificação da economia

Em economias planificadas temos a situação exatamente inversa à da livre iniciativa empresarial privada. Ou seja, a iniciativa empresarial é centralizada na decisão estatal. Não resta, nesse modelo econômico, nenhum espaço de decisão para o particular empreender por conta e vontade própria.

Esse modelo foi rechaçado por nossa Constituição que adotou a liberdade de iniciativa nos moldes já enunciados. Como já tive oportunidade de observar: “[o] posicionamento econômico da Constituição é capitalista”. Entretanto “não é afastado o poder eventual de interferência (incluindo a intervenção) atribuído ao Estado”.<sup>13</sup>

### REFERÊNCIAS

BORDONI, Carlo. *Le promesse ritirate. Stato di crisi*. Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni. Trad. Lorenza Chiesara. Torino: Einaudi, 2015, pp. 68-73.

\_\_\_\_\_. *Uscire dalla modernità. Stato di crisi*. Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni. Trad. Lorenza Chiesara. Torino: Einaudi, 2015, pp. 82-89.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 1.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma volta ao mundo das ideias económicas. Será a economia uma ciência?* Coimbra: Almedina, 2008.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenski. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Volume 2.

SUNSTEIN, Cass. *Funções das normas reguladoras*. Trad. Vera Lúcia Monteiro. *Revista de direito público da economia*, nº 03, jul.-set. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Representação 930: a liberdade de profissão, suas condições e o interesse social. Centenário: José Rodrigues de Alckmin*. Ricardo Lewandowski et al. (coord.). São Paulo: IASP, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro:

---

<sup>13</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 120.

Forense; São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro:

Forense; São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. Liberdade de tributação: o caso da Emenda 3 e a fraude à Constituição. *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*. Pedro Anan Jr. et. al. (coord.). São Paulo: MP, 2008.