

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-873-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**TEORIA DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS
IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA FACE À MEDIDA
PROVISÓRIA 881/2019**

**THEORY OF LAW IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE
IMPLICATIONS OF THE PRINCIPLE OF FREE ENTERPRISE IN VIEW OF
PROVISIONAL MEASURE 881/2019**

**Ana Maria Viola De Sousa
Marcio Gonçalves Sueth**

Resumo

Foram observadas algumas incongruências na Medida Provisória nº 881/2019, que dispõe sobre a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica editada pela Presidência da República. Quando valores constitucionais são desprezados ou suprimidos, colocam em cheque o suporte da interpretação sistemática, tornando deficitária a aplicabilidade da norma, pela impossibilidade de socorrer-se dos princípios constitucionais. Com técnica de investigação bibliográfica e abordagem teórico-doutrinária, este artigo tem por objetivo fazer reflexão das possíveis implicações ao princípio constitucional dos valores sociais da livre iniciativa, com especial enfoque na estrutura interpretativa, face aos enunciados dos art. 1º e 2º da Medida Provisória.

Palavras-chave: Teoria do direito, Princípio, Livre iniciativa, Interpretação constitucional, Mp 881/2019

Abstract/Resumen/Résumé

Some inconsistencies were noted in the Provisional Measure nº 881/2019, on the Declaration of Rights of Economic Freedom issued by the Presidency of the Republic. When constitutional values are neglected or suppressed, they undermine the support of systematic interpretation, making the applicability of the rule deficient, because it is impossible to use the constitutional principles. With bibliographic research technique and theoretical-doctrinal approach, This article aims to reflect on the possible implications for the constitutional principle the social values of free enterprise, with special focus the interpretative structure, given the statements of art. 1 and 2 of the Provisional Measure

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of la, . principle, Free initiative, Constitutional interpretation, Mp 881/2019

1. Introdução

Em 30 de abril de 2019, o governo federal instituiu, pela Medida Provisória nº 881¹, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo uma série de providências e disposições regulamentares sobre o exercício da atividade econômica. Deliberada pela Comissão Mista do Congresso Nacional, foi aprovada, ainda que acrescida de diversas emendas parlamentares, em 11 de julho passado, sendo encaminhada à Câmara dos Deputados Federais em 19 de julho, acompanhada do Projeto de Lei de Conversão 17/2019².

Medidas Provisórias são normas editadas pelo Presidente da República e possuem aplicação imediata. Porém, para ter força de lei é necessário que seja votada e aprovada pelo Congresso Nacional, ou seja, pelas duas casas legislativas, no prazo máximo de 120 dias (no caso em tela até o dia 10 de setembro), sob pena de perder validade. Isso significa que os dispositivos da Medida Provisória em comento estão em plena vigência, o que suscitou uma série de questionamentos entre os principais estudiosos e pesquisadores no âmbito do Direito.

Trata-se de uma Medida Provisória de ampla abrangência, implicando impactos, não apenas na área econômica propriamente dita, mas também nas de Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Empresarial, entre outros ramos, despertando, destarte, posicionamentos favoráveis e contrários às matérias tratadas no diploma em comento³.

Embora se trate de matérias as mais diversas, parece que a comunidade jurídica se posiciona contrária às diferentes disposições da Medida Provisória. Dentre as inúmeras

¹ O texto completo da Medida Provisória 881/2019, está disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531> Acesso em 20. Jul. 2019.

² O texto do Projeto de Lei de Conversão 17, referente à MP 881/2019 está disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7979447&ts=1562871392997&disposition=inline> Acesso em 20. Jul. 2019.

³Dentre algumas manifestações podem ser citadas: VENOSA (2019) que, em geral elogia a Medida Provisória, ressaltando, no entanto alguns aspectos controvertidos, dúbios e até desnecessários; MARTOS; BARRETO (2019), comentando sobre a função social do contrato, consideram os dispositivos da Medida um “retrocesso ao criar condicionamento à função social do contrato”; TARTUCE (2019), também se manifesta no sentido de retrocesso no que se refere à função social do contrato; LUPI (2019), comentando sobre contratos comerciais sugere algumas mudanças na redação das disposições: RODRIGUES; HOLANDA (2019), comentam sobre a desconsideração da pessoa jurídica, demonstrando receio do risco de retrocesso na defesa do consumidor; TEPEDINO (2019) demonstra diversas contradições nos dispositivos, sendo temerária a sua aplicação; SERAU JUNIOR (2019) traz diversos impactos no Direito do Trabalho e no Direito Civil; LOBO (2019) destaca a inconstitucionalidade da Medida, seja pelo aspecto formal ou material; SOLEDADE; MIRANDA (2019) comenta sobre o descarte de documentos originais após sua digitalização e os possíveis riscos de perda documental; SINDICATO DOS BANCÁRIOS (2019) questiona o retrocesso que representa algumas normas trabalhistas contidas na Medida; e Partido Democrático Trabalhista (PDT) que interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal impugnando diversos dispositivos da Media Provisória por ofensa às normas constitucionais.

manifestações, reputam-se como de maior relevância assuntos que têm impacto direto na Constituição.

Assim, este trabalho tem por objetivo trazer à reflexão, as implicações ao princípio dos “valores sociais da livre iniciativa” previsto no art. 1º. Inc. IV da Constituição Federal, em face da ausência do caput do art. 170 da Constituição federal, explicitado no art. 1º, bem como da “presunção” de liberdade enunciado no art. 2º, ambos da Medida Provisória 881/2019:

O tema será desenvolvido com técnica de investigações bibliográficas em livros e revistas especializadas, na dimensão qualitativa sob análise sistemática e argumentativa, numa abordagem teórico-doutrinária. Com a finalidade de demonstrar e esclarecer o objetivo proposto, discorrer-se-á inicialmente sobre a livre iniciativa; o segundo aspecto faz referência à interpretação sistemática principiológica constitucional aberta; finalmente uma apresentação das principais controvérsias que podem gerar implicações no entendimento do princípio constitucional.

2. Livre iniciativa –considerações pontuais

A expressão livre iniciativa tem natureza multifacetada, ainda que tenha como maior identidade o critério econômico.

Na análise de Ferreira Neto e Bassoli (2009, p. 157-167) essa expressão pode assumir dimensão filosófica, econômica e jurídica. Filosoficamente considerada a livre iniciativa tem liame com a natureza livre da condição racional humana, entendendo-se que o homem é livre porque pode escolher e decidir sobre a melhor maneira de se comportar diante de um fato ou relação subjetiva. No plano econômico corresponde a uma liberdade ativa; embora mantenha a ideia de opção autônoma de escolha e deliberação racional, manifesta-se, no mercado econômico pela livre concorrência. Na dimensão jurídica a livre iniciativa constitui valor supremo pela positivação constitucional de liberdade para realização do convívio humano pacífico entre as relações econômicas e os valores fundamentais.

Dessa colocação destaca-se que, embora muitos estudiosos orientem-se sob o prisma exclusivamente econômico, no âmbito constitucional brasileiro há que se transcender a dimensão econômica, abrangendo a ideia de liberdade e que faz parceria com a da autonomia da vontade e legalidade (BARROSO, 2014, p. 10). Isso porque, segundo Barroso (2014, p. 11)

a liberdade é a regra em todos os domínios, tanto existenciais, profissionais, filantrópicas e de lazer, quanto um princípio que rege fundamentalmente o Estado e a ordem econômica. São os matizes complexos da atualidade que permitem a combinação da liberdade individual e da igualdade coletiva, seja nas relações existenciais quanto nas relações econômicas (CORVAL, 2006, p. 66). Pereira e Carneiro (2015, p. 38-40) comentam que a livre iniciativa tem conexão com a livre concorrência. Explicam as autoras que embora não se confundam, as expressões são correlatas e harmônicas na tutela das liberdades: a livre iniciativa no âmbito individual; e a livre concorrência no âmbito coletivo, sendo ambas tuteladas pelo Estado. Pela livre concorrência assegura-se a igualdade e a pluralidade de agentes e atividades, o que, reduz abusos de mercado e do poder econômico.

A interpretação dominante entre os comentaristas constitucionais é de atribuir à livre iniciativa um valor fundamental elegendo-a mesmo como princípio constitucional. Com efeito, Miguel Reale (1988), citado por Corval (2006, p. 70), afirmava que a “liberdade de fins e meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial...” Do mesmo modo Novelino (2017, p. 266) assinala que “a liberdade de iniciativa que envolve a liberdade de empresa (...) e a liberdade de contrato, é um princípio básico do liberalismo econômico (...) e está consagrada como princípio informativo e fundamental da ordem econômica...” Nesse raciocínio Tavares (2003, p. 247) esclarece que:

O tema [livre iniciativa] é amplo, pois compreende não apenas a liberdade econômica ou a liberdade de desenvolvimento de empresas, mas englobando outras formas de organização econômica, seja ela individual ou coletivo.

No entanto, conforme se depreende da leitura constitucional, a livre iniciativa é indicada em dois momentos: no art. 1º, inc. IV e no art. 170 e parágrafo único, ambos da Constituição Federal.

Na apreciação do tema Corval (2006, p. 64), assim se manifesta:

... o art. 1º, IV da Constituição de 1988 não cuida de estabelecer a ‘livre iniciativa’, mas os ‘valores sociais da livre iniciativa’, como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo em vista o distinto pressuposto político ideológico da Constituição de 1988 – norteadas pela dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Leite (2000, p. 59) já havia se pronunciado que o princípio fundamental não é a livre iniciativa, mas o valor social da livre iniciativa. Assim, a livre iniciativa, em sua interpretação, deve ser concebida a partir do seu valor social. Essa concepção é defendida por Eros Grau (2004, p. 191) salientando que o fundamento da República é o valor

social da livre iniciativa, privilegiando, portanto, os valores igualitários e socializantes. Segundo este autor deve ser referenciado como uma garantia de liberdade amplamente considerada, ou seja, um atributo humano, desde que o conceba inserido no todo social, razão pela qual há uma estreita vinculação com a liberdade do trabalho. Desse modo, conclui o autor, seria inadequado considerar exclusivamente a livre iniciativa, destacado do seu valor social, pois constituiria a “consagração constitucional do sistema capitalista” (GRAU, 2004, p. 192).

Por outro lado, a livre iniciativa vem expressada como fundamento de toda a ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal. O sistema econômico assim estruturado tem a finalidade de assegurar a todos uma vida digna, elencando os princípios, dos quais a livre iniciativa tem a concepção de alicerçar a autonomia concedida à atividade econômica (SOUZA, 2013, p. 3).

Diretamente ligada à livre iniciativa, a Constituição aponta também a livre concorrência como valor essencial à atividade econômica. No entendimento de Moraes (2014, p. 839) a livre concorrência constitui “livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Na análise de Leite (2000, p. 78) a Constituição assegura a livre concorrência como valor social e fundamento do Estado, “devendo ser interpretada como tal, a partir do que expressa de socialmente valioso”.

Pereira e Carneiro (2015, p. 39) afirmam que:

a livre concorrência rege a liberdade de concorrência como mecanismo de garantia de eficiência de um legítimo sistema de mercado, por meio da tutela de abertura jurídica de ingresso aos particulares para competirem em atividades lícitas sob condições de igualdade, além de limitar e regular a intervenção do Estado necessária para tanto, com a finalidade de alcançar ao desenvolvimento nacional atrelado ao social.

Eros Grau (2013, p. 1787) destaca os sentidos da livre concorrência, assim se manifestando:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2.) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2.) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do

fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal, que por maioria, se posiciona no sentido de considerar papel preponderante à livre iniciativa, como se observa na ementa⁴ a seguir:

1 É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial à livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.

2 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 artigos 1º, 3º e 170.

3 A livre iniciativa é expressão de liberdade titulado não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição ao contemplá-la, cogita também da iniciativa do Estado; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa

..... (STF, 2006).

Desse modo, a livre iniciativa como fundamento da República é entendida nos seus valores sociais, já como fundamento da ordem econômica é o alicerce para a livre concorrência. Resta, no entanto, discernir quais são os valores sociais da livre iniciativa.

Nesse sentido, Leite (2000, p. 70-76) nomeia a igualdade e a livre concorrência como valores sociais da livre iniciativa. A igualdade deve ser entendida no duplo aspecto: o formal e o material. E mais, a igualdade deve ser concebida em seu sentido mais amplo, abarcando não apenas a concepção individual, senão também a social, incluindo-se a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, tão presentes na sociedade brasileira. Já a livre concorrência assegura a não-interferência do Estado na atividade econômica, e, com isso, impedir o favorecimento de uns em detrimento de outros, já que a livre concorrência sadia, permite aprimoramento dos produtos e, por consequência, atender os legítimos interesses dos consumidores.

Corval (2006, p.76) corrobora esse entendimento, concordando que a igualdade, a livre concorrência e a proteção dos consumidores constituem os valores sociais da livre iniciativa. No entanto, acrescenta mais um valor que é a tutela do meio ambiente. Alertando para a possibilidade de outras diretivas serem arroladas.

⁴ Parte da ementa da ADI 3512/ES-Espírito Santo, julgado em 15/02/2006, tendo como Relator o Ministro Eros Grau.

3. Princípios e a interpretação sistemática constitucional aberta

É sabido que existem na doutrina diversos métodos de hermenêutica jurídica, mas o melhor que se amolda ao presente estudo é o da interpretação sistemática e aberta.

A interpretação sistemática proposta pelo Prof. Juarez Freitas, traz uma abordagem que considera o Direito onde as normas guardam relação entre si e a exegese exige aplicação na totalidade da rede de princípios, normas e valores jurídicos (PASQUALINI, 1995, p. 96).

Quanto à integridade do direito Novelino (2017, p. 159), afirma que há uma dimensão principiológica que “exige decisões judiciais determinadas por princípios e não por acordos, estratégias ou acomodações políticas”. Desse modo, diz o autor, embasado nas concepções de Dworkin, quando a interpretação considera a integridade do direito expressa um único e coerente sistema de justiça.

No contexto sistemático da hermenêutica jurídica, expressa Pasqualini (1995, p. 98) que nada é absoluto, motivo porque “toda norma, princípio ou valor, só revelará seu verdadeiro preceito a partir do diálogo com as demais normas, princípios e valores jurídicos”. No mesmo sentido, Paulo e Alexandrino (2015, p. 73) acrescentam que nesse método, a interpretação ao considerar a totalidade da Constituição, sempre deverão tratar as normas não como normas isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados num sistema interno unitário, expressando “uma unidade harmônica e sem contradições” e sem hierarquia. Cada uma dessas figuras – princípios, normas e valor – possuem cada qual suas peculiaridades, cuja vontade expressada pela Constituição deve ser preservada. No entanto, a doutrina jurídica inclina-se a atribuir maior pujança aos princípios, considerando-os “especiais”, pois orientam e condicionam a aplicação das demais normas (NUNES, 2009, p. 40).

O que se observa em matéria de interpretação constitucional é a sua evolução. Como propõe Häberle (2009, p. 68) o processo de interpretação constitucional é evolutivo e infinito e deve ser aplicado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da constituição numa sociedade aberta, que busca a descoberta e a obtenção do direito. Comentando sobre esse método, Leal (2010, p. 29-37) justifica que qualquer alteração cultural da sociedade influencia e atinge diretamente a interpretação constitucional, o que implica na interpretação do mesmo texto legal, mas de forma

diferente no tempo e no espaço. O tempo influencia e modifica a realidade social. Assim, as proposições constitucionais continuam sendo a ordem jurídica fundamental, assim como a interpretação também, mas potencializada por novos fatores e sentidos extraídos da realidade modificada, num processo livre e aberto. Por essa razão afirma Häberle que a “constituição é o espelho da realidade” (2009, p. 65).

Sobre essa hermenêutica constitucional Lenza (2012, p. 167) afirma que quanto mais pluralista for a sociedade mais abertos serão os critérios de interpretação. Isso porque, de acordo com o pensamento de Häberle, numa sociedade aberta, diversas forças produtivas de interpretação atuam pelo menos como “pré-intérpretes”, subsistindo, obviamente a responsabilidade da jurisdição constitucional que fornece a última palavra. Adotando esse ponto de vista Mendes e Vale (2009) afirmam que interpretar um ato normativo constitucional, nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública vigente.

Mas o fato de haver uma maior abertura no leque da hermenêutica, não deve ser considerado um problema, ao contrário, constitui-se num enriquecimento que permite ampliação do sistema normativo e uma aproximação da ordem jurídica à realidade social (CORDEIRO, 2007, p. 150). Além do mais, argumenta a autora, o intérprete capta as transformações sociais pela lente principiológica, reconstruindo os conceitos jurídicos.

Nesse ponto de vista, não se está desconstruindo a interpretação sistemática, ao contrário, dá-lhe maior prestígio, na medida em que as referências dos princípios constitucionais continuam sendo fontes de informação, só que agora, conformada e mais conectada com o compromisso social (CORDEIRO, 2007, p. 143).

4. As disposições do art 1º e 2º da MP 881/2019 e suas implicações aos princípios constitucionais

O art. 1º da Medida Provisória nº 881/2019, estabelece os princípios fundantes que devem nortear a Declaração da Liberdade Econômica. Em que pesem os objetivos da medida, com o intuito de fortalecer a autonomia privada, a edição do texto legal deixa muito a desejar.

Num primeiro momento, nota-se que o art. 1º, ao destacar os princípios, cita apenas o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, com total desconsideração do caput:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do disposto no inciso IV do caput do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no caput do art. 171 da Constituição.

Nesse viés, observa-se que o parágrafo único do art. 170 da Constituição deve ser lido em consonância com o enunciado no caput, sob pena de perder a unidade de compreensão, vez que se trata dos princípios fundamentais da ordem econômica. De outro ângulo, o parágrafo único do art. 170 da Constituição, trata do livre exercício da atividade econômica, o qual decorre dos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho humano, além dos valores sociais da livre iniciativa. Esclarece-se que a livre iniciativa, na análise de Lobo (2019) constitui uma das premissas do modelo de economia preconizado pela Constituição, porém não pode ser considerada um princípio jurídico, já que o inciso IV, do art. 1º da Constituição é claro ao defini-lo como “valores sociais da livre iniciativa” e não pura e simplesmente “livre iniciativa”. Corrobora essa assertiva, observando-se o rol dos princípios a que está submetida a ordem econômica (incisos I a IX do art. 170 da Constituição Federal), no qual não está compreendida a livre iniciativa, mas sim, a livre concorrência. Isso porque, conforme observa Corval (2006, p. 74) a livre iniciativa possui acepção liberal, portanto, mais econômica; a livre concorrência é erigida como um dos princípios que deve ser obedecido pelo mercado econômico, impedindo-se abuso de poder. Na análise de Pereira e Carneiro (2015, p. 39) é um mecanismo de garantia da eficiência de um sistema de mercado, por meio da tutela aos particulares de competirem em condições de igualdade, além de limitar a intervenção estatal. Portanto tem supedâneo na igualdade e na liberdade, obviamente não de forma absoluta, mas como garantia da livre participação na atividade econômica, desde que sustentado pelos demais valores, pautado na justiça social.

Desse modo, ainda que ausente os comandos constitucionais, a livre iniciativa inscrita na medida provisória, em comento, deve ser entendida em face do princípio constitucional, privilegiando-se seus valores sociais. Essa ausência, no entanto, pode dificultar a interpretação, principalmente na seara da constituição aberta comentada no item anterior, pois há que se alçar ao nível dos princípios estruturantes, cujos influência de seus valores serão de suma importância na aplicação do direito.

A dificuldade de interpretação constitucional está relacionada também às disposições do art. 2º da Medida Provisória em análise:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória:

I – a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas;

(...)

A redação se mostra contraditória com os ditames dos princípios constitucionais, porquanto se refere à “presunção” de liberdade para o exercício de atividades econômicas. Ora, a liberdade, além de ser atributo inalienável do ser humano, é também um direito garantido constitucionalmente; portanto, não se presume, sendo necessária à própria sobrevivência digna de todo ser humano. Embora a liberdade seja compreendida como um direito individual fundamental, na seara da atividade econômica o conceito deve estar atrelado às dimensões sociais. Desse modo, a liberdade para o exercício de atividades econômicas tanto se dirige para a pessoa individual quanto para a jurídica e até mesmo para pessoa coletiva (associações e cooperativas, por exemplo).

A liberdade é uma expressão da autonomia privada (MAILLART; SANCHES, 2011, p. 10), contudo, não se constitui numa vontade “sem limites” pois sofre influência de “princípios da ordem social” como a solidariedade, boa-fé, utilidade social, segurança e dignidade humana, entre outros (MAILLART; SANCHES, 2011, p. 14). Desse modo, a liberdade possui limites na ordem pública. Isso significa que, ainda que a autonomia privada represente autonomia das partes nos contratos econômicos, o seu exercício deve estar subordinado à função social e aos valores constitucionais. A intenção das partes, neste caso, é importante, mas devem ser observados os limites do interesse da ordem social.

Na análise de Sarmiento (2005, p. 168-169) a autonomia privada deve ser analisada pelo aspecto mais amplo e não limitado à autonomia negocial, incluindo na expressão, aspectos ligados às escolhas existenciais, bem como aspectos econômicos ligados à celebração dos contratos. Explica o autor: de um lado a autonomia privada representa um dos componentes da liberdade, em que o indivíduo possui sua própria autodeterminação, pelo qual guia sua vida conforme suas escolhas, desde que não viole outros valores da comunidade. Nesse sentido, a Constituição fortaleceu a tutela da autonomia privada inserindo alguns aspectos no catálogo dos direitos fundamentais, buscando com isso a efetividade da liberdade, garantindo as condições indispensáveis para o seu exercício. Condições essas dispostas como direitos sociais (SARMENTO, 2005, p. 205). Já na seara econômica é protegida a livre iniciativa, assegurando-

se a liberdade de empresa, o que objetiva resguardar a todos uma existência digna e a justiça social.

Desse modo, conclui o autor, a ordem constitucional confere ampla garantia à autonomia, protegendo tanto a liberdade individual na dimensão existencial, quanto na econômica. Naquela sua importância se reflete no livre desenvolvimento da personalidade humana, e nesta, com lastro na livre iniciativa a preocupação é com a igualdade e solidariedade tendo como foco a proteção da dignidade humana e a justiça social (SARMENTO, 2005, P. 212).

A autonomia privada, seja um direito fundamental, seja um princípio econômico, ambos são tutelados pela Constituição e será sempre centrada no homem e limitada à preservação dos interesses coletivos (SCHOEMBAKLA, 2017, p. 248)

Referindo-se à constitucionalização da ordem econômica Tavares (2003, p. 85-86) aponta que elevar normas econômicas ao patamar constitucional acarreta, como consequência, a influência das demais disposições constitucionais, pois necessariamente, toda e qualquer abordagem da constituição econômica não pode olvidar do contexto constitucional, cercandose de “todo o arcabouço fornecido pelo constitucionalismo pátrio”. Corroborando este ponto de vista Horta (1991, p. 20) já se pronunciava que a interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que compõem a ordem econômica reclamam o ajustamento permanente das regras da ordem econômica e financeira às disposições do texto constitucional que se encontram em outras partes da Constituição. Isso porque, a Constituição é peça única e a Ordem Econômica e Financeira, é uma parte desse todo.

Doutrinariamente, a regra dos princípios proclama como principais funções dos princípios: a de serem fundamentais na ordem jurídica e de eficácia diretiva; de serem orientadores da hermenêutica e de eficácia interpretativa; e de serem fontes de direito, assumindo eficácia integrativa na insuficiência da lei. Por todas essas razões, não se pode afastar a influência dos princípios constitucionais para a sistematização, interpretação e aplicação na seara das normas econômicas e financeiras. Contudo, observa Eros Grau (apud ECHTERHOFF, 2010, p. 103) que não são apenas os princípios estabelecidos especificamente na Ordem Econômica e Financeira (Título VII da Constituição) que regem a ordem econômica, mas incluem-se outros preceitos inscritos em diferentes partes do corpo da Constituição, identificando-se, por exemplo a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e

da livre iniciativa, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros tantos.

Ainda que tradicionalmente os princípios sejam considerados enunciados abstratos que coordenam todo o sistema de normas, sua aplicação implica uma abertura do sistema jurídico na solução dos casos concretos (CORDEIRO, 2007, p. 131). Exatamente por ter alta abstração os princípios possuem essa natureza aberta ajustando-se perfeitamente às novas concepções advindas da mudança da realidade.

Infere-se, assim, que há dois aspectos fundamentais tratados na Medida Provisória 881/2019 que podem suscitar implicações constitucionais, especialmente no alcance interpretativo: a ausência do chamamento ao caput do art. 170 da Constituição como fundamento e o tratamento presuntivo dispensado à liberdade do exercício da atividade econômica. É justamente o caput do art. 170 da Constituição que estabelece a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e financeira. Ainda que a Medida Provisória faça referência ao parágrafo, a ausência do caput, torna-se, com a devida vênia, uma norma acéfala. De outro lado a presunção, como etimologicamente indica, trata-se de algo suposto ou suspeito. A liberdade de exercício de atividade econômica não é “presumível”, mas um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal e não pode ser afastado.

5. Conclusões

Devido valor deve ser dado à iniciativa do Governo Federal em propor medidas econômicas que levem ao maior desenvolvimento do país, especialmente no presente momento em que existe alto índice de desocupação entre os trabalhadores brasileiros.

No entanto, não se concebe que legislações que arranham o sistema interpretativo constitucional tenham validade, especialmente quando promovem implicações com os princípios fundamentais que dão unidade à sistemática jurídica.

Do ponto de vista da ordem econômica e financeira da Constituição Federal, não há dúvidas de que a livre iniciativa constitui um dos seus fundamentos, como se observa expressamente insito no art. 170. Quando se considera, porém, a Constituição Federal como um todo, vê-se que o princípio constitucional mencionado no art. 1º, inciso IV, trata-se de valores

sociais da iniciativa privada. Assim, há uma sutil diferença de interpretação da livre iniciativa inscrita nessas duas oportunidades na Constituição Federal.

Alusão de parte da norma e não no todo, como visto no artigo 1º, ou a qualidade presuntiva atribuída à liberdade do exercício da atividade econômica, como previsto no art. 2º, ambos da Medida Provisória nº 881/2019, podem acarretar implicações na interpretação de normas jurídicas pela inadequação de sua utilização, vez que na aplicação dessas normas há que, necessariamente, socorrer-se dos princípios, normas e regras que compõe a Constituição Federal como um todo.

Esclarece-se, no entanto, que, por se tratar de Medida Provisória, ainda depende da aprovação ou rejeição do Congresso Nacional, e ainda possíveis modificações pela inclusão ou supressão de emendas propostas pelos congressistas, para que possa ser convertida em lei.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. Migalhas, 2014. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/04/Estado-e-Livre-iniciativa_versao-final_11abr2014.pdf Acesso em 20 jul. 2019.

CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **O papel dos princípios na abertura do sistema jurídico**. Raízes jurídicas, v. 3, n. 2, p. 121-160. Curitiba, jul.-dez./2007. Disponível em <https://docplayer.com.br/23584992-O-papel-dos-principios-na-abertura-do-sistema-juridico.html>. Acesso em 20 jul. 2019.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Os valores sociais da livre iniciativa**. Revista de Informações Legislativas v. 43, n. 171, p. 63-80. Brasília, jul.-set./2006. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92842/Corval%20Paulo.pdf> . Acesso em 20 jul. 2019.

ECHTERHOFF, Gisele. **A ordem econômica e a constituição: o papel dos princípios constitucionais**. Conhecimento Interativo, v. 4, n. 2, p. 87-107. São José dos Pinhais, PR, jan.-jun./2010. Disponível em <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/download/48/57>. Acesso em 20 jun. 2019.

FERREIRA NETO, Adyr Garcia; BASSOLI, Marlene Kempfer. **Livre iniciativa: síntese filosófica, econômica e jurídica**. Revista de Direito Público, v. 4, n. 1, p. 155-172. Londrina, jan.-abr./2009. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/10740/9387> Acesso em 20 jul. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva, 2013.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: considerações do ponto de vista nacional-estatal constitucional e regional europeu, bem como sobre o desenvolvimento do direito internacional**. Palestra proferida no encerramento do VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado de 15 a 17 setembro 2005. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira com colaboração de Edith Nortrut de Almeida. In: *Direito Público*, n. 18, p. 54-79. Brasília, dez 2009. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1292/758>. Acesso em 20 jul. 2019.

HORTA, Raul Machado. **Constituição e ordem econômica e financeira**. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, p. 5-20. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175896>. Acesso em 20 jul. 2019.

LEAL, Monica Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção *amicus curiae* no direito brasileiro**. *Direito Público*, n. 21, p. 27-49. Brasília, 2010. Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/578/Direito%20Publico%20n212008_Monica%20Clarissa%20Hennig%20Leal.pdf?sequence=1. Acesso em 20 jul. 2019.

LEITE, Fábio Carvalho. **Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro**. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 16. Rio de Janeiro: PUC, 2000. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/issue/view/62>. Acesso em 20 jul. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 16. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Inconstitucionalidades da MP da liberdade econômica e o direito civil**. *Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil> Acesso em 20 jul. 2019.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Os contratos comerciais na Declaração dos direitos de liberdade econômica (MP 881/2019)**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9. N. 1, Uniceub, abr. 2019. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6003/pdf> Acesso em 20 jul. 2019.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. *Pensar*, v. 16, n. 1, p. 9-34. Fortaleza, jan.-jun./2011. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2144/1744>. Acesso em 20 jul. 2019.

MARTOS, Fred; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. **Medida Provisória 881**. *Revista UNIFACS – Debate Virtual* n° 227. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6053> Acesso em 20 jul. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Com colaboração de VALE, Anfré Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 2. Brasília: IDP, 2009. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/205/173>. Acesso em 20 jul. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 30. Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Salvador: Editora JuPodivm, 2017.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT. **Ação Direta de Inconstitucionalidade conta MP 881/2019**. Disponível em <http://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2019/06/ADI-do-PDT-contra-MP-da-Liberdade-Econômica.pdf> Acesso em 20 jul. 2019.

PASQUALINI, Alexandre. **Sobre a interpretação sistemática do direito**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 7, n. 4, p. 95-109. Brasília, out.-dez./1995. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79073153.pdf>. Acesso em 22 jul. 2019.

PEREIRA, Andressa Semeghini; CARNEIRO, Adenele Garcia. **A importância dos princípios da livre concorrência e a livre iniciativa para manutenção da ordem econômica**. Interfaces Científicas, v. 4, n. 1, p. 33-44. Aracaju, out./2015. Disponível em <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/2080>. Acesso em 20 jul. 2019.

RODRIGUES, Thaynny de Castro; HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. **A desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo à luz do incidente previsto no novo CPC – tangenciando o instituto do direito comparado**. Anais – XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7, v. 9, n. 1. Disponível em <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/1004> Acesso em 20 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, n. 14, p. 167-217. Brasília, jan.-mar./2005. Disponível em http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada/at_download/file. Acesso em 20 jul. 2019.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacional, n. 11, p. 231-251. Disponível em <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2652>. Acesso em 20 jul. 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **MP 881/2019 (Declaração de liberdade econômica): impactos trabalhistas – reflexos sobre o trabalhador**. Genjurídico. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/05/28/mp-881-meio-ambiente-do-trabalho/meio-ambiente-do-trabalho/> Acesso em 20 jul. 2019.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS. **MP 881; uma reforma trabalhista disfarçada**. Disponível em <https://spbancarios.com.br/07/2019/mp-881-uma-reforma-trabalhista-disfarcada> Acesso em 20 jul. 2019.

SOLEDADE; Pablo; MIRANDA, Zeny. **Duarte de. Digitalização de documentos, direitos digitais e garantia de projetos de qualidade: modelos de produtividade para arquivos, bibliotecas e museus**. Anais, IX Encontro Ibérico IDICIC, 9 a 11 julho 2019. Barcelona, 2019. Disponível em <https://osf.io/preprints/lissa/wcd89/> Acesso em 20 jul. 2019.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. **A lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, v. 1, n. 1, p. 1-31. Unifafibe, 2013. Disponível em http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/5/pdf_2. Acesso em 20 jul. 2019.

STF – Supremo Tribunal Federal. **ADI 3512/ES-Espírito Santo. Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator Min. Eros Grau. Julgamento 15/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 23/06/2006; Ement. Vol. 02238, p 0091. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LIVRE++ADJ+INICIA+TIVA%29&pagina=10&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y34hq8al>. Acesso em 20 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil. Primeira Parte. Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato**. Jusbrasil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato>. Acesso em 20 jul. 2019

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **A MP da liberdade econômica e o direito civil**. Revista Brasileira de Direito Civil – Editorial, v. 20, p. 11-13. Belo Horizonte, abr./jun. 2019. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/421/289> Acesso em 20 jul. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A declaração dos direitos de liberdade (MP nº 881) e o direito privado**. Revista Direito UNIFCS – Debate Virtual, nº 227. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6046> Acesso em 20 Jul. 2019.