



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas: um breve ensaio sobre o fundamento da “economia de poder” e modelos autodeclaratórios de liberação de atividades na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19)

Subsidiary and exceptional state intervention in the conduction of business activities: a brief essay on the foundation of the “economy of power” and self-declaratory models of activity release in the Brazilian Economic Freedom Act (Law No. 13.874/19)

Otávio Augusto Venturini; Sergio Ferraz

Resumo: O artigo aborda o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, positivado na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), sob a fundamentação da “economia de poder” e implicações no controle administrativo prévio sobre atividades econômicas. O estudo se propõe ainda a examinar e classificar os modelos autodeclaratórios e de controle administrativo ex post sobre atividades econômicas previstos na Lei nº 13.874/19.

Palavras-chave: Autodeclaração; Controle administrativo prévio; Intervenção subsidiária e excepcional; Atividades econômicas.

Abstract: The article addresses the principle of subsidiary and exceptional state intervention in the conduction of business activities, established in the Economic Freedom Law (Law No. 13,874/19), under the foundation of "power economy" and implications for prior administrative control over economic activities. The study also proposes to examine and classify the self-declaratory models and ex post administrative control over economic activities provided for in Law No. 13.874/19.

Keywords: Self-declaration; Prior administrative control; Subsidiary and exceptional intervention; Economic activities.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p99-112>

INTERVENÇÃO SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO ESTADO SOBRE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS: UM BREVE ENSAIO SOBRE O FUNDAMENTO DA “ECONOMIA DE PODER” E MODELOS AUTODECLARATÓRIOS DE LIBERAÇÃO DE ATIVIDADES NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA (LEI Nº 13.874/19)

Otávio Augusto VENTURINI*; Sergio FERRAZ**

SUMÁRIO: 1 Entrada no tema: a “economia de poder” pela Administração Pública; 2 O impacto da intervenção subsidiária e excepcional estatal na restrição do controle administrativo prévio sobre atividades econômicas; 3 Modelos autodeclaratórios e controle administrativo ex post sobre atividades econômicas na Lei nº 13.874/19; 4 Conclusões; 5 Referências bibliográficas.

1. Entrada no tema: a “economia de poder” pela Administração Pública

José Joaquim Gomes Canotilho publicou em 2001 um artigo em que se propôs a deslindar tendências e alterações de um direito público em mudança, intitulado: “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também” (CANOTILHO, 2001). O título expressa uma releitura, empreendida quase um século depois, da conhecida e por tantas vezes citada frase “o direito constitucional passa, o direito administrativo fica” (“*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*”), cunhada por Otto Mayer, um dos fundadores do direito administrativo alemão.¹

Na frase, Otto Mayer faz transparecer uma característica muito própria do Direito Administrativo: o seu caráter estável, em razão da sua ancoragem nas estruturas do aparelho estatal e na realidade cotidiana da atividade administrativa. A ancoragem se justifica na medida em que o Direito Administrativo desponta como o ramo se

*Advogado, professor, mestre e doutorando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP, vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico (Abradade).

**Advogado, Parecerista e Árbitro. Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Livre Docente (Direito do Trabalho) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Público pela Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil (hoje, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ). Presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Foi diretor e professor titular (Direito Administrativo) da Faculdade de Direito da PUC-Rio e assessor Jurídico do Relator da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Bernardo Cabral.

¹ Para ser mais exato, a frase, um tanto ou quanto provocativa para um constitucionalista, consta da edição de 1924 do *Deutsches Verwaltungsrecht*.

propõe a organizar e instrumentalizar toda atividade do aparato estatal²⁻³, o que, por sua vez, fá-lo parecer, em sentido figurado, “engrenagens pesadas” em comparação a outros ramos situados mais à fronteira dos sistemas jurídico e político⁴, ou constituídos por conceitos que necessitam de algum regramento (material ou procedimental) para sua concretização⁵. É justamente essa dimensão operativa que o estabiliza, uma vez que as mudanças no texto constitucional nem sempre repercutem com rapidez nas estruturas consolidadas da Administração Pública e na praxe administrativa.

O texto de Canotilho não seguiu um percurso argumentativo de refutação pela mera inversão da fórmula ottomayeriana - e para o que lhe bastaria estribar-se na dogmática constitucionalista alemã dos finais da década de 60, que impulsionou a reconstrução do Direito Administrativo à luz do Direito Constitucional (CANOTILHO, 2001, p. 706). Mais do que isso, o autor avança ao reconhecer igualmente a necessidade de mutabilidade do Direito Constitucional, sustentando que: “o Estado constitucional soberano deve ser menos soberano e mais sabedor, menos centro de poder e mais regulador, menos autoritário e mais supervisor, menos herói e mais inteligente” (CANOTILHO, 2001, p. 713).

Dessa síntese, é possível extrair algumas ideias que, ao nosso ver, fundamentam o princípio da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” para além de uma leitura focada apenas no argumento da liberalização econômica. Diz-se Estado menos autoridade aquele que, em vez de arrogar para si mesmo a interferência direta sobre tudo e todos, delimita e modula o exercício de sua *potestade* a matérias que o justifiquem; e mais inteligente, justamente, porque esses processos de regulação e fiscalização passam a exigir constante aprendizado do aparato estatal.

A reflexão sobre esse aspecto do princípio da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado” também se faz oportuna pela consideração das mudanças e adaptações sofridas pelo Estado moderno nos últimos tempos e as suas repercussões no Direito

² Organização do aparelho estatal, regime de servidores públicos, regime de licitação e contratações públicas, planejamento, poder de polícia, prestação de utilidades públicas, regulação, desenvolvimento de infraestrutura, ordenamento do uso e ocupação do solo urbano, terceiro setor, fomento, dentre outras.

³ A evolução do Direito Administrativo alemão a partir do final do século XIX trouxe ênfase à proteção dos direitos subjetivos públicos dos administrados em relação à atuação da Administração Pública, ainda bastante autoritária à época. Nesse sentido, também é possível enfatizar uma função protetiva do Direito Administrativo. No entanto, essa dimensão protetiva não afasta a sua função organizadora, mas sim modela a organização da atividade administrativa em consonância com os valores de proteção dos direitos dos administrados.

⁴ Em termos luhmannianos, dir-se-ia que a constituição reflete o “acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político” (LUHMANN, 1996, p. 16).

⁵ Dizia Garcia Enterría que “o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última” (ENTERRIA, 2006, p. 26). Sobre o tema, consultar também Silva (1999).

Administrativo. Isso porque o modo como as formas jurídicas de decisão da Administração Pública⁶ acompanharam a evolução do Estado moderno parece ter chegado a um “impasse”.

Se fosse possível empreender qualquer simplificação da historicidade do Estado moderno⁷ e da própria Administração Pública, dir-se-ia que, em sua origem, o Estado moderno atribuiu a si mesmo a máxima concentração e unificação de poder. Demais disso, o Estado, que era na concepção absolutista da polícia a máquina com o monopólio da política, vai conseguir, na época liberal, manter quase intacta a sua autoridade, atuando em um campo bem limitado e aceitando o compromisso de deixar a sociedade livre, isto é sujeita às próprias leis (SOARES, 2009, p. 84).

Todavia, os valores do Estado social e do Estado de Direito vão provocar uma alteração nesse equilíbrio e uma necessidade de mudanças. O que se convencionou chamar de Estado social se assenta na constatação de um aumento exponencial de atribuições da Administração Pública, com a configuração de uma Administração prestadora (SILVA, 2001, p. 7); ao passo que a do Estado de Direito, na consagração de uma compreensão “subjativista do contencioso administrativo” (ANDRADE, 2002, p. 1202), com a consolidação de noções como “relação jurídica administrativa” e “direito público subjetivo”.

A evolução do Estado moderno não deixa de ser refletida na concepção do seu aparato (Administração Pública) e, conseqüentemente, na compreensão da sua principal forma jurídica de decisão: o ato administrativo⁸. O “impasse” em questão é que se manteve a intensidade da *potestade*, instrumentalizada nas vetustas fórmulas da atividade administrativa, ao mesmo tempo em que se buscou efetivar a proteção dos direitos subjetivos públicos dos administrados, mediante a consagração de procedimentos formais com instrumentos de controle procedimental e mecanismos de de-

⁶ As decisões administrativas (atos jurídicos) podem ser enquadradas em três formas jurídicas, são elas: a) o ato administrativo, b) o contrato e c) o regulamento. Cada uma dessas formas possui finalidade própria, mas todas expressam uma decisão administrativa e são precedidas de um processo decisório. Sobre teorização das formas da atividade administrativa (MACHETE, 2007, p. 35-45; CAETANO, 2008; AMARAL, 2012, p. 147 e segs.).

⁷ Para um estudo sobre a historicidade do Estado moderno, consultar Skinner (2009). Consultar também o nosso Venturini (2020, p. 29-51).

⁸ Para uma necessária historiografia da noção de ato administrativo refletida na evolução do Estado moderno, o que certamente fugiria aos limites do presente ensaio, recomendo a consulta dos seguintes estudos: Andrade (2002), Silva (1998), Machete (2007) e Sousa (2015).

fesa dos direitos dos cidadãos afetados pelas decisões administrativas (p. ex. contraditório ou participação do interessado⁹, dever de motivação ou fundamentação do ato administrativo etc.).¹⁰

Portanto, reafirmara-se no processo histórico a autoridade estatal, ao mesmo tempo em que se definiram regras formais rigorosas para o seu exercício, sem a necessária reflexão acerca da racionalidade no exercício da *potestade* administrativa, cada vez mais circunscrita a procedimentos formais e passível de justo questionamento pelas partes interessadas. Isso significa que o exercício da autoridade pelo Estado tornara-se cada vez mais custoso - inclusive no sentido financeiro do termo, pela incontornável necessidade fática de manutenção de aparato e corpo técnico para o cumprimento de todos os ritos e exigências legais.

Disso tudo já se pode compreender o sentido e as soluções implícitos no fundamento da “economia de poder”¹¹⁻¹² que, para nós, quer significar a racionalização da disposição da *potestade* administrativa, uma vez que toda decisão da Administração Pública que interfira na esfera de direitos e interesses legalmente protegidos de particulares implica tempo, custos e riscos de litigiosidade. Nesse sentido, a Administração Pública deve aprender racionalizar suas escolhas¹³. A mero título de ilustração: decidir, p. ex., se segue para liberação de uma determinada atividade econômica o modelo convencional de autorização, exercendo sobre ela controle prévio, ou, a depender do seu grau de risco, exerce sobre a mesma controle *ex post*; além

⁹ A título de exemplificação, o art. 38 da Lei 9.784/99 estabelece que “o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.” Legislações de outros países consagram o direito de audiência dos interessados. Confira-se, à guisa de ilustração, o artigo 121º do Código de Procedimento Administrativo português, o qual estabelece, in verbis: “1 – Sem prejuízo do disposto no artigo 124º [hipóteses de dispensa de audiência dos interessados], os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta. 2 – No exercício do direito de audiência, os interessados podem pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos. 3 – A realização da audiência suspende a contagem de prazos em todos os procedimentos administrativos”.

¹⁰ No que se pode denominar de “gerações” processo ou procedimento administrativo, é possível identificar finalidades precipuamente protetivas, por meio da definição do controle (procedimental e a priori) sobre as decisões administrativas e a defesa dos direitos dos cidadãos afetados por elas (BARNES, 2010, p. 336-357).

¹¹ Vale lembrar que a palavra “economia” vem do grego “oikonomia”, significando a gestão do lar familiar, em que o objetivo é a satisfação da família, e não o reduzido desiderato do lucro financeiro, e onde muitos fatores diferentes, tanto humanos quanto financeiros, devem ser equilibrados (BUTLER, 2012, p. 21).

¹² Embora com sentido diverso do que propomos e dentro de uma análise historiográfica muito mais densa e complexa, a expressão “économie du pouvoir” é recorrente na obra de Michel Foucault. Conferir, p. ex.: Foucault (2014, p. 213-233; 2013).

¹³ A utilização de métodos e ferramentas da economia para explorar como as instituições públicas funcionam não é uma novidade, consultar, p. ex., a proposta metodológica da public choice, ou teoria da escolha pública (BUTLER, 2012, p. 22).

disso, se assume todas as atribuições pela fiscalização ou compartilha responsabilidades com particulares interessados, p. ex., por meio de processos de auditorias e certificações realizados por terceiros¹⁴; dentre outras escolhas.

A racionalização da autoridade é elemento essencial para que a Administração não se converta, valendo-nos de imagem metafórica, em uma “locomotiva a vapor”; isto é: grande, imponente, malgrado, “lenta”. Nesse sentido, um modelo de “Estado menos poderoso e mais inteligente”, a que se referiu Canotilho, não é apenas um modelo que pode se adequar aos valores estabelecidos no Estado social e de Direito; mas antes, a própria condição para manutenção desses valores, que dependem da implementação cautelosa de um modelo de Estado mais eficiente.

Delimitando melhor o termo, o Estado é menos poderoso ou menor (*downsizing*) quando há o processo de migração de tarefas públicas para a esfera privada (privatização) ou quando há o processo de ativação e reforço das responsabilidades próprias dos particulares. Todavia, o termo Estado mais inteligente revela certa especificidade nesses dois processos. Quer com isto dizer que, quando se toma o processo de migração de tarefas públicas para a esfera privada (privatização), o Estado precisa ter conhecimento para exercer sua atividade de regulação e lidar com as assimetrias de informação. Em áreas complexas, “o regulador que, por princípio, estabelece as regras de controlo, depende, em grande medida, das informações do ente controlado” (CANOTILHO, 2001, p. 14). Ou seja, o conhecimento ou a informação é premissa de qualidade da regulação, e o sentido de Estado inteligente aqui, refere-se a uma ideia de um Estado que necessita estar sempre em busca de conhecimento, de informação para desempenhar seu papel de regulador.

Porém, quando se toma o processo de estímulo da ativação e reforço das responsabilidades próprias dos particulares (GONÇALVES, 2009, p. 79), a orientação do Estado inteligente ou Estado vigilante, para utilizar a consagrada expressão de Ricardo Rivero Ortega (2000, p. 01), aproxima-se mais da noção de “economia de poder”, no sentido de que esse Estado reconhece que o exercício de poder ou a decisão administrativa gera custo e litigiosidade, devendo se reservar ao necessário¹⁵. Mais do

¹⁴ Sobre o tema, consultar: Ballbé (2007, p. 230), Arroyo Jiménez (2008), Pardo (2002), Saddy (2015, p. 81-118), Venturini (2020, p. 53-56).

¹⁵ Esse sentido foi expresso na exposição de motivos da MP nº 881/19: “Inciso I - Põe o foco da Administração Pública em situações de risco real à coletividade. **Não convém que o Estado dispenda seus escasos recursos controlando situações consideradas, unanimemente, de baixo risco**, conforme classificação existente na legislação atual, definidas pelos próprios entes da federação em suas esferas de atuação. Assim, quando o particular está produzindo com o intento de seu próprio sustento, ou de sua família, e também está a conduzir tão somente uma atividade econômica de baixo risco, conforme critérios possibilitados nacionalmente na REDESIM, não cabe ao Estado exigir atos de liberação para ele. A liberdade de trabalho e produção deve ser em seu favor. Esse inciso é, sobretudo, uma garantia para os mais vulneráveis, especialmente para os micro e pequenos empreendedores. Não está no espírito da Constituição, nem na lógica da prática administrativa mundial, que o Estado trate como iguais a abertura de funcionamento de uma banca de fotocópia e uma boate sujeita a incêndios. O risco, conforme será aferido por cada ente federativo, precisa ser diferenciado para que a coletividade esteja ciente de que o Estado está, de fato, preocupado com o que pode causar danos significativos e irremediáveis” (grifo nosso).

que a dosagem do exercício da autoridade, o Estado aprende a compartilhar responsabilidades com os particulares e a exercer a vigilância, o que se coaduna e se estriba no princípio da “boa-fé do particular perante o poder público”, previsto no inc. II do art. 2º Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19).

Esse é um valor, para além da liberalização da economia, que merece ser refletido à luz do princípio intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, positivado no inc. III do art. 2º da Lei de Liberdade Econômica (LLE). Ao estabelecer comando normativo que determina a intervenção subsidiária e excepcional sobre atividades econômicas, o Estado constitui uma diretriz para “dosagem” do exercício da sua autoridade, compartilhando responsabilidade e limitando a sua intervenção a atividades de risco considerável à sociedade.

2. O impacto da intervenção subsidiária e excepcional estatal na restrição do controle administrativo prévio sobre atividades econômica

Uma perfunctória análise de reformas administrativas conduzidas em outros países também orientadas pelos motes da desburocratização e liberalização do acesso ao exercício de atividades econômicas demonstra que um dos pilares invariáveis é a redefinição dos meios de controle administrativo prévio. Como consequência, a tradicional categoria das autorizações administrativas torna-se objeto de análises críticas que sugerem como alternativa o fortalecimento de modelos de controle *ex post*, com reforço das responsabilidades próprias dos particulares interessados.¹⁶

Em suma, a autorização (para exercício de atividade privada)¹⁷ pode ser compreendida como o gênero do ato jurídico de liberação, que permite ao particular desenvolver uma atividade privada - o que engloba espécies com diferentes nomenclaturas, mas de semelhante finalidade: licença, permissão, alvará, credenciamento etc. Outra característica importante é que a autorização constitui, em regra, controle *ex ante* que a Administração Pública realiza para verificar antes do início da atividade a observância pelo particular de requisitos e condições exigidos para a sua outorga.

Sob a vetusta dicotomia “público” e “privado”, distinguem-se as atividades públicas (aquelas reservadas e exercidas pela própria Administração), e as atividades privadas (exercidas pelos particulares na esfera privada, isto é, da sociedade civil) (GONÇALVES, 2013, p. 86). A necessidade de um título jurídico para o exercício de atividade privada, em relação a qual a princípio vigora uma regra geral de liberdade

¹⁶ A respeito do tema, consultar, p. ex.: Rivero Ortega (2013, p. 161-175); Gonçalves (2013, p. 85-126).

¹⁷ Em que pese a presença na legislação brasileira da figura da “autorização de serviço público”, inclusive com diferentes regimes, pautamo-nos para os fins desse ensaio na clássica distinção entre os instrumentos de intervenção do Direito Administrativo centrada em duas figuras jurídicas: a autorização e a concessão. A autorização como ato jurídico de liberação que permite ao particular desenvolver uma atividade privada; e a concessão, por seu turno, como ato de delegação, que atribui ao particular a faculdade de exercer uma atividade pública. Sobre o tema, consultar: Gonçalves (2013, p. 145), Laguna de Paz (2006, p. 53).

– sintetizada na conhecida máxima de que “aos privados tudo é permitido, a não ser que uma lei disponha de forma diferente” -, apresenta-se como um desvio à essa regra. Desvio esse que deve encontrar justificativa no interesse público.

Nos termos de classificação sugerida por Pedro Costa Gonçalves, há atividades livres e atividades que os particulares estão proibidos de desenvolver: trata-se de atividades absolutamente proibidas. “Entre esses dois extremos, das atividades livres e das atividades absolutamente proibidas, existem situações intermédias, como sucede com as atividades de exercício condicionado e dependente de uma autorização da Administração” (2013, p. 86).

Portanto, o âmbito de incidência das autorizações situa-se justamente nas atividades que por um lado não se apresentam como de exercício livre, e que, por outro, também não se encontram proibidas em termos absolutos. Ou seja, atividades privadas que se encontram sob uma “proibição preventiva com reserva de autorização” (GONÇALVES, 2013, p. 86). O que na feliz síntese de Pedro Gonçalves confere às autorizações “o efeito de remover uma proibição que a lei estabelece por razões de interesse público” (2013, p. 86).

A autorização para o exercício de atividade privada caracteriza-se como instrumento de controle público prévio, o que em termos práticos confere ao Poder Público margem de domínio sobre o acesso ao mercado por entidades privadas. Verifica-se aí o ponto de tensão relativamente ao modelo de Direito Administrativo proposto em reformas pautadas pela liberalização de acesso ao mercado. Isso porque a autorização pode constituir, em muitos casos, meio de criação de obstáculos e de restrições à livre entrada no mercado pelos empreendedores, a ser utilizada como instrumento de políticas protecionistas e de discriminações de empresas e de produtos (GONÇALVES, 2013, p. 93).

Ricardo Rivero Ortega destaca criticamente motivos que supostamente tornam a manutenção do modelo de controle verificável nas autorizações muito mais conveniente ao Poder Público do que aos particulares, dentre os quais destacamos: pagamento de taxas pelos particulares e ingresso de receita para o Estado; sujeição dos particulares a formalidades e obrigações comprobatórias e fiscais preestabelecidas pela Administração, muitas vezes com o ônus do deslocamento físico do requerente até as dependências públicas; obrigação de esperar; obstáculos à inovação etc. Rivero Ortega alude ainda para o caso das atividades reguladas com limitação numérica de atos autorizatórios em que a autorização se converte em espécie de patrimônio transmissível ou comercializável (2013, p. 164-165).

São fatores dessa natureza que contribuem para crise atual ou mesmo degeneração do modelo tradicional de controle prévio em face de mudanças culturais e econômicas – presentes no imaginário coletivo e sintetizadas por meio de vocábulos como, p. ex., “inovação”, “disrupção”, “*startup*” etc. – que expressam um sentimento ense-

gador da dinamização dos meios de controle administrativo. Daí o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas respaldar a restrição do âmbito das autorizações administrativas, com reforço das responsabilidades dos particulares e estipulação de controles *ex post*.

3. Modelos autodeclaratórios e controle administrativo ex post sobre atividades econômicas na Lei nº 13.874/19

Para além da fundamentação na noção de “economia de poder” e da abordagem sobre o impacto no modelo convencional de controle administrativo sobre o exercício de atividades econômicas, cumpre analisar propriamente fórmulas de redefinição da atividade administrativa capazes de conferir alguma concretude ao princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado.

O art. 3º, inc. I, da LLE traz a dispensa de atos de liberação para exercício de atividades econômicas de baixo risco, autodeclaradas pela parte interessada:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

Cabe observar inicialmente a forma como o dispositivo instrumentaliza o fundamento da “economia de poder” pela Administração Pública: a classificação dos graus de risco das atividades em “baixo”, “média” e “alto” se dá mediante previsão na própria legislação de emprego de metodologia de avaliação de risco e proporciona a modulação da intensidade do emprego da autoridade estatal de acordo com a elevação do grau de risco da atividade econômica.

Perceba-se, pois, a mudança de uma concepção intervencionista em sentido amplo para outra que pretende calibrar o modo e a intensidade da intervenção do Estado sobre os interessados em desenvolver atividade econômica de acordo com o seu grau de risco.

A regulamentação da definição dos graus de risco, bem como dos modelos de liberação de atividade consta, sobretudo, do Decreto nº 10.178/19 e da Resolução nº 51/19 do comitê para gestão da rede nacional para a simplificação do registro e da legalização de empresas e negócios – CGSIM.

Como já destacado, a LLE e a sua regulamentação preveem 3 níveis de risco. Para atividades de baixo risco (nível de risco I), a legislação estabelece a dispensa de autorização, estando liberada a parte interessada para desenvolver atividade econômica dessa natureza mediante autodeclaração (art. 3º, inc. I, da LLE c/c arts. 8º e 9º da Resolução nº 51/19 do CGSIM). As atividades de baixo risco não comportam vistoria prévia para liberação da atividade, bem como não comportam vistoria para exercício contínuo e regular da atividade, exceto de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente acerca do enquadramento (art. 3º, §2º da LLE).

No que toca às atividades de médio risco (nível de risco II) - atividades cujo grau de risco não seja considerado alto e que não se enquadrem no conceito de baixo risco - a legislação estabelece autodeclaração com autorização automática, isto é, permite-se, automaticamente após o ato do registro, a emissão de licenças, alvarás e similares de caráter provisório para início da operação do estabelecimento (art. 2º, inc. II, da Resolução nº 51/19 do CGSIM). As atividades de médio risco dispensam vistoria prévia, de modo que a operação pode ser iniciada com a emissão pelos Municípios de “Alvará de Funcionamento Provisório” e mediante assinatura de Termo de Ciência e Responsabilidade pela parte interessada (art. 8º da Resolução nº 51/19 do CGSIM). Todavia, essas atividades comportam vistoria para exercício contínuo e regular da atividade.

Por fim, concernentemente às atividades de alto risco (nível de risco III), a legislação determina o modelo tradicional de autorização com controle prévio, ou seja, tem-se a exigência de vistoria prévia para início da operação do estabelecimento (art. 2º, §3º, da Resolução nº 51/19 do CGSIM), além de também comportar a incidência de fiscalização *ex post*, no que se refere ao exercício contínuo e regular da atividade.

Nível de risco	Modelo de liberação	Controle <i>ex ante</i> - liberação da atividade	Fiscalização <i>ex post</i> - exercício contínuo e regular da atividade
Baixo risco	Autodeclaração com dispensa de autorização	Não comporta vistoria prévia	Não comporta vistoria, exceto de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente acerca do enquadramento
Médio risco	Autodeclaração com autorização automática	Dispensa vistoria prévia - Termo de Ciência e Responsabilidade	Comporta vistoria posterior
Alto risco	Autorização com controle prévio	Exige vistoria prévia	Comporta vistoria posterior

Quadro 1 – Modelos de liberação de atividades econômicas na LLE

Fonte: (AUTORES, 2022).

Os modelos autodeclaratórios, com as devidas peculiaridades, não são propriamente uma novidade seja na legislação estrangeira seja na legislação nacional. No âmbito da União Europeia, o art. 9º Diretiva 2006/123/CE definiu os termos da restrição do regime de autorização e impulsionou a especificação pelas legislações dos Estados-Membros de parâmetros do controle a posteriori. Em Portugal, p. ex., a incorporação da Diretiva 2006/123/CE se deu por meio do Decreto-Lei nº 48/11 (regime jurídico do “Licenciamento Zero”), que instituiu a figura da “Comunicação Prévia”.

No Brasil, por sua vez, embora não se pudesse falar antes da LLE, propriamente, em restrição do controle prévio sobre atividades econômicas, já era possível constatar a existência do que a doutrina brasileira, com destaque à conceituação de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 31), denominara de “atividades comunicadas”. Paulo César Melo Da Cunha, em estudo com foco nos “serviços públicos prestados em regime privado” (2008), constata já no Código de Águas (Decreto nº 24.643) de 1934 hipótese de atividade comunicada (art. 139, § 3º) e cataloga outras previsões no direito positivo brasileiro (o art. 5º, inc. XVI, da CF; art. 17, §1º, da Lei nº 9.656/98; o art. 8º da Lei n.º 9.074/1995; art. 131 §§ 2.º, 3.º e 4.º, da Lei n.º 9.472/1997; dentre outros) (CUNHA, 2008, p. 643-645).

Em linhas gerais, a reconfiguração do controle administrativo a partir dos modelos autodeclaratórios - ao parametrizar o modo e a intensidade do exercício da autoridade administrativa sobre o exercício de atividades privadas de acordo com o risco de cada atividade à sociedade - mostra-se em consonância com os ideais de moder-

nização do exercício da autoridade administrativa. No entanto, há consideráveis desafios para a Administração e os particulares nessa mudança que se inicia, para a Administração Pública, desde do momento da classificação de riscos das atividades.

Em relação aos particulares, o modelo de autodeclaração para exercício de atividades econômicas pressupõe a boa-fé perante o poder público, princípio esse também consignado no art. 2º, inc. II, da LLE. Ou seja, estabelece-se uma presunção iuris tantum da Administração Pública em relação ao teor da declaração do interessado, que poderá ser confrontada em fiscalização ex post, quando do exercício contínuo da atividade em questão.

Portanto, acentua-se a responsabilidade do particular pelo teor da sua declaração, com evidente reforço das suas responsabilidades em face de controles ex post do Poder Público que possam apurar eventuais irregularidades. Verifica-se, desta feita, que o processo de desburocratização e simplificação procedimental, mediante a limitação de controles públicos prévios, não constitui mera omissão ou ausência de controle por parte Estado, uma vez que a incumbência do controle prévio é compartilhada ou mesmo transferida para a esfera da responsabilidade direta do interessado, na medida em que ele assume a incumbência de se assegurar que a sua pretensão cumpre os requisitos legais (GONÇALVES, 2013, p. 97). Ao passo que a ênfase do controle realizado pela Administração desloca-se para um momento ex post, considerando-se o nível de risco da atividade.

4. Conclusões

Nesse breve artigo nos propomos a analisar o princípio da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” sob o fundamento da “economia de poder” no sentido de racionalização do exercício da potestade administrativa.

Como expressão concreta desse princípio, analisamos a tendência de restrição do modelo de controle administrativo prévio, verificável em reformas administrativas conduzidas em outros países também orientadas pelos motes da desburocratização e liberalização do acesso ao exercício de atividades econômicas, bem como nas análises críticas de doutrinas estrangeiras à clássica categoria das autorizações administrativas. Mais do que isso, exploramos os modelos autodeclaratórios e o controle administrativo ex post previstos na Lei nº 13.874/19 – LLE e regulamentação como fórmulas de redefinição da atividade administrativa capazes de conferir alguma concretude ao princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2012. v. II.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões sobre a sobrevivência do conceito de acto administrativo. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación y sanciones*. Lex Nova, Valladolid, 2008.
- BALLBÉ, Manuel. El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de administración pública*, n. 174, p. 215-276, 2007.
- BARNES, Javier. Towards a third generation of administrative procedure. In: *Comparative Administrative Law*. UK e USA: Edward Elgar, 2010.
- BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer. *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. 1973. 9 Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2008. v. I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CUNHA, Paulo César Melo da. As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas 2006.
- FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: MACHADO, Roberto (Org.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 2014. p. 213-233.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. R. Ramalheira trad. Petrópolis: Vozes. 2013.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Controle público prévio de atividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa. In: *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 85-126.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- GONÇALVES, Pedro Costa. Simplificação procedimental e controle prévio das operações urbanísticas. In: I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo. *Anais...* Coord. Prof. Doutor Fernando Alves Correia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 79-103.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Madrid: Civitas, 2006.
- LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et all. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina 2007. Coleção Teses de Doutoramento.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- PARDO, José Esteve. *Autorregulación: génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid: Tecnos, 2000.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. La necesaria innovación de los médios de control administrativo. In: *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuários*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 161-175.
- SILVA, Vasco Pereira da. 2001: Odisseia no espaço conceptual do acto administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 28, jul./ago. 2001.
- SILVA, Vasco Pereira da Silva. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina. 1998. Coleção Teses de Doutoramento.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo como "direito constitucional concretizado" ou "ainda por concretizar"?*. Coimbra: Almedina, 1999.
- SKINNER, Quentin. A genealogy of the modern state. *Proceedings of the British Academy*, v. 162, p. 325-370, 2009.
- SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, 2009.
- SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. O paradigma "atocêntrico" da atividade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública: RBEFP*, Belo Horizonte, v. 4, n. 11, p. 9-29, maio/ago. 2015.
- VENTURINI, Otavio. *Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do Direito*. São Paulo: Almedina, 2020.