



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Desburocratização e silêncio administrativo na liberação de atividade econômica

Debureaucratization and administrative silence in the liberation of economic activity

Pedro Henrique Incerpi Paiva Martins

Wallace Paiva Martins Junior

Resumo: A Lei da Liberdade Econômica suprime ou reduz a intervenção estatal na atividade econômica, sendo conveniente o estudo das medidas de desburocratização nela previstas. Além de ser criticável o modo da disciplinada atividade de baixo risco (que dispensa ato governamental de liberação), a adoção do silêncio eloquente nos atos de liberação de atividade econômica, conquanto possa ser vantajosa ao desenvolvimento, e mercê da existência de impedimentos à sua aplicação, é exceção aos deveres de decisão e de motivação que guiam a administração pública. O silêncio administrativo poderia ser limitado às situações de reconhecimento a direito subjetivo, negando-o aos atos de apreciação discricionária da Administração, e, a partir de uma distinção entre interesse público primário e secundário, reservado aos atos de interesse fazendário ou patrimonial da Administração. Deveria, ainda, impor adjunto ao efeito positivo do silêncio o dever de fiscalização, e não apenas quando houver dispensa do ato de liberação, além de obrigar o particular à declaração de início de atividade. Sendo norma geral, ela não altera leis especiais que não prevejam o efeito positivo do silêncio administrativo ou que o neguem em temas ligados à liberação de atividade econômica, notadamente para assuntos timbrados por princípios como precaução e prevenção.

Palavras-chave: Atividade econômica; Desburocratização; Liberação; Silêncio administrativo.

Abstract: The Economic Freedom Act suppresses or reduces the state intervention in economic activity, what is convenient to study the desbureaucracy measures provided for in it. Beyond criticism on the way of regulation on low-risk activities (which dispenses governmental release), the utilization of eloquent silence on liberation acts of economic activities, although might be advantageous to the development, and due to the existence of impediments to its application, is an exception to the duties of deciding and motivation that guide the public administration. Administrative silence could be limited to situations of recognition of subjective law, denying it to the discretionary assessment acts of the Administration, and, based on a distinction between primary and secondary public interest, reserved for the Administration's financial or patrimonial interest. It should also impose the duty of supervision as adjunct to the positive effect of silence, not only when the act of release is waived, additionally obliging the individual to declare the beginning of activity. As a general rule, it doesn't change special laws that do not establish positive effect of administrative silence or deny it on issues related to liberation of economic activity, notably for matters marked by principles such as precaution and prevention.

Keywords: Economic activity; Debureaucratization; Release; Administrative silence.

Disponível na URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8n2p225-250>

DESBUROCRATIZAÇÃO E SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NA LIBERAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA

MARTINS, Pedro Henrique Incerpi Paiva*

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva**

Sumário: 1 Introdução; 2 A ordem econômica na Constituição; 3 O princípio de subsidiariedade; 4 Desburocratização; 5 Linhas gerais da Lei n. 13.874/19; 6 Competência normativa; 7 Atos de liberação de atividade econômica; 8 Silêncio eloquente; 9 Impedimentos explícitos ao efeito positivo do silêncio; 10 Eficácia espacial ampliada do silêncio eloquente; 11 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A edição da Lei n. 13.874 em 20 de setembro de 2019 – cognominada “Lei da Liberdade Econômica”, que “institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado” – modifica as relações de controle estatal sobre a atividade econômica com a adoção de medidas de desburocratização pelo emprego do silêncio eloquente nos atos de liberação correlatos (licença, autorização etc.), justificando seu estudo à luz da competência normativa, do âmbito de aplicação da novel legislação e das formalidades para produção de atos normativos.

O diploma legal fruto da conversão da Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, esparge suas inovações para outras searas da ciência jurídica como o direito civil e o direito do trabalho. Ele é baseado na proteção à liberdade de iniciativa e de exercício de atividade econômica, amparando-se nos preceitos dos arts. 1º, IV, e 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, mediante a inclusão de várias regras que disciplinam a atuação do Estado como agente normativo e regulador – função que lhe é consignada na cabeça do art. 174 da Carta Magna.

Com efeito, a Constituição de 1988 tem em sua estrutura pilares como a liberdade, decorrente de sua ontológica opção pela democracia. Por isso, no campo da ordem econômica a diretriz constitucional é a liberdade - imprescindível, conatural e essencial ao sistema econômico capitalista. O indivíduo detém autonomia de vontade, independentemente da vontade do Estado, o que, em última análise, deriva da própria dignidade da pessoa humana. Daí seguem as expressões da liberdade (profissão, trabalho, iniciativa, empresa, concorrência) e que encontram condiciona-

* Advogado (SP), Especialista em Processo Civil (PUCSP), Mestrando em Direito Ambiental no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de Santos.

** Doutor em Direito do Estado (USP), Procurador de Justiça e Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico (MPSP), Professor de Direito Administrativo e Direito Ambiental nos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de Santos.

mento em normas jurídicas instituídas para garantia de sua funcionalidade e respeito a outros baldrames constitucionalmente relevantes, e não para inclusão de expedientes burocratizados, cartoriais, corporativos. É de interesse público a liberdade assim como a sua garantia.

Na complexa teia de relações humanas, o exercício da liberdade não é absoluto para evitar a sucumbência de outras liberdades e demais direitos e interesses. Soa, portanto, necessário o condicionamento de liberdades para assegurar a harmonia e a paz social, objetivos que as ações de polícia administrativa e de intervenção estatal na ordem econômica executam. Em outras palavras, a consagração da liberdade não implica a completa ausência ou eliminação da intervenção *lato sensu* do Estado no domínio das relações econômicas, senão limita a interferência estatal por conta da necessidade de sua ação para garantia da existência desse sistema.

Isso significa que a atuação estatal é limite da atividade econômica e que esta como expressão da liberdade dos indivíduos também é limite daquela. Se não é próprio do Estado o exercício de atividade econômica, tendo em vista que ela se situa na zona de ação dos particulares (por isso, a exploração de atividade econômica pelo Estado, por intermédio de empresas estatais, é excepcional e subsidiária), seu exercício rende-se, em maior ou menor grau, à fiscalização estatal, para que a liberdade não se desvirtue na direção de disfunções com ela absolutamente incompatíveis, impedindo tendências predatórias como as que maculem a competição ou molestem outros direitos de igual radical constitucional (proteção do meio ambiente, da concorrência, do consumidor etc.).

O ponto diferencial reside na intensidade dessa intervenção, que depende da incidência de múltiplos fatores de ordem histórica, cultural, social, política e econômica, influentes no estabelecimento ou no desenvolvimento da organização jurídica de determinado ambiente, e da consideração de outros direitos e interesses (individuais, sociais, estatais) na Constituição e da valia que esta lhes atribui.

De qualquer modo, se a liberdade não é absoluta, essa premissa, todavia, não legitima a assunção pelo Estado do papel de aparelho estatal que impõe entraves e obstáculos desproporcionais ao desenvolvimento econômico, considerado que é direito fundamental, como expõe Guilherme Amorim Campos da Silva (2004, p. 62). Sua atuação deve pautar-se pela justa medida, instituindo medidas de precaução, prevenção e responsabilização que primem pela existência de interesse público de resultado específico vinculado a um determinado fim social. A intervenção estatal se não deve macular-se pelo excesso tampouco deve se orientar pela falta ou insuficiência. O Estado deve favorecer a liberdade econômica potencializando idêntica energia a que dedica à sua disfunção.

2. A ordem econômica na Constituição

Os movimentos sociais, políticos e econômicos dos séculos passados, inaugurados com a Revolução Francesa, receberam, sob os auspícios de tendências sociais-democratas, a incidência de normas constitucionais expressivas da “necessidade de regulamentação da maior intervenção estatal na economia”, o que gerou “a denominada Constituição Econômica”, segundo disserta Alexandre de Moraes (2013, p. 1875), e que na Constituição de 1988 se articula tanto na liberdade individual (economia de mercado, autonomia da vontade) quanto na intervenção *lato sensu* estatal em normas expressivas de soluções de compromisso entre as várias correntes de pensamento.

Esse processo se caracterizou pelo influxo antagônico de inclinações liberais e intervencionistas, e foi alvo de revisão ao longo da existência da Constituição de 1988 notadamente com a série de emendas posteriormente adotadas¹. E não é imune de crítica, que enxerga no tratamento constitucional do assunto ora “um indigesto complexo de princípios vagos e de preceitos inaplicáveis” (FERREIRA FILHO, 2013, p. 379) ora o emprego de eufemismo ao se referir à livre iniciativa e à valorização do trabalho para substituição, respectivamente, das noções de apropriação privada dos meios de produção e exploração do trabalho assalariado (MACIEL, 2014).

A Constituição assenta como princípios fundamentais tanto a dignidade da pessoa humana quanto os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV) e dedica interesse especial – e elementar ao sistema capitalista e ao regime democrático – à liberdade. Por isso, contém uma plêiade de normas que versam sobre a ordem econômica, e cujo centro se encontra no art. 170 que cataloga os princípios gerais da atividade econômica. Esse binômio composto por trabalho e livre iniciativa é reiterado no mencionado preceito constitucional que os imbrica explicitamente à dignidade da pessoa humana ao aludir que a ordem econômica nele fundada colima assegurar, sem distinções, a existência digna, na conformidade da justiça social. Os princípios aí arrolados qualificam os direitos atinentes à atividade econômica como a propriedade, a liberdade, o desenvolvimento, mas, os conjugam, em solução de compromisso, com outros interesses de quilate essencial como a defesa do consumidor e do meio ambiente, a função social da propriedade, o pleno

¹ Gastão Alves de Toledo relata que as posturas antagônicas no processo constituinte sucumbiram a ação de “compatibilização dos extremos” munida de novas propostas “sem grandes comprometimentos políticos ou ideológicos”, interessada “em amenizar os antagonismos” e que conduziu à promulgação de Constituição que “estampava quase todas as tendências, sobretudo em seus princípios gerais que, ao contemplá-las, serviriam, não só a este propósito, mas igualmente de anteparo à prevalência de qualquer delas”. Desta maneira, “criou-se uma estrutura econômica normativa que tanto enalteceu a livre empresa e a economia de mercado quanto premiou o Estado num vasto campo de atividades”. E disserta que a realidade do espectro econômico e o fenômeno da globalização exibiram antinomias e inadequações do texto, que foram determinantes para as mudanças implantadas pelas emendas constitucionais (2010, p. 308-309).

emprego e a redução de desigualdades. Em outras palavras, o direito ao desenvolvimento econômico exige sua compatibilidade com o “ganho de qualidade de vida de toda a população” (SILVA, 2004, p. 62), adquirindo característica funcional.

A compreensão do princípio (especial) de liberdade de iniciativa tem vários prismas. Ele expressa a liberdade econômica², e é abrangente da liberdade de profissão, trabalho, ofício, empresa, concorrência³ - enfim, a de escolha⁴(e que não se compatibiliza com privilégios⁵) -, como resultante da combinação da liberdade de trabalho com a liberdade de associação (FERREIRA FILHO, 1983).

Da liberdade de iniciativa se infere a faculdade de criação e exploração de atividade econômica a título privado, direito não sujeito a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei, segundo dissertam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1999, p. 355). Gastão Alves de Toledo nela destaca a imposição de comportamento restritivo ao Estado no que respeita à atividade econômica significativo da liberdade de ação ao estabelecer “um pressuposto aplicável à interpretação do sistema econômico, uma vez que revela a opção preferencial da Constituição pela atividade econômica privada” (2010, p. 324). Isto reforça a noção de atuação estatal como ente econômico residual, extraordinária, excepcional, ou seja, subsidiária.

Além disso, o parágrafo único do art. 170 contém regra especial consagradora da liberdade ao enunciar que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Esse preceito se liga ao inciso XIII do art. 5º da Constituição que arrola entre os direitos fundamentais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, ao timbrar que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. De qualquer maneira, “ao prestigiar o livre exercício da atividade econômica, a Constituição abrange também a *liberdade de escolha do trabalho* que, ao lado da *livre iniciativa* e da *livre concorrência*, integra a moldura da liberdade econômica nela proclamada” (TOLEDO, 2010, p. 355).

² Gastão Alves de Toledo sumaria que a liberdade de iniciativa (ou livre iniciativa) traduz a ideia de liberdade econômica, radicada na noção de liberdade humana (2010, p. 323).

³ Livre concorrência é desdobramento da livre iniciativa e colima assegurar o regime de mercado sob a frutífera competição nos processos de produção, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços, impedindo “formas de dominação como cartéis, trustes, oligopólios em geral”(ARAÚJO; NUNES JR., 1999, p. 356), e visando à atuação de agentes econômicos “sem embaraços juridicamente justificáveis” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1537).

⁴ José Celso de Mello Filho observa exatamente que se “assegura a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio”(MELLO FILHO, 1986, p. 467).

⁵ Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica, o art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, rejeita “o privilégio de profissão, anteriormente consagrado em prol das corporações de ofício (FERREIRA FILHO, 2013, p. 336).

Portanto, a regra é a liberdade, constituindo exceções as hipóteses formuladas em lei, exigentes de consentimento estatal. Atendendo a esse perfil, a lei aí referida não poderá subordinar à prévia autorização senão as atividades econômicas que, por sua natureza e sua eficácia, convenham a instituição de alguma forma de controle estatal à conta de um interesse público específico. E, para além, a ela será defeso obrar com excesso; razoabilidade e proporcionalidade, inclusive de sua extensão e sua intensidade⁶, deverão ser o parâmetro compulsório para aquisição de sua legitimidade constitucional. Também se faz oportuno obtemperar que somente será admitida a atividade econômica que for lícita, no sentido de atuação não contrária ao ordenamento jurídico. Atividades ilícitas são vedadas, não estando sob o manto da liberdade e, por isso, normas proibitivas têm validade. E em relação a atividades econômicas não disciplinadas em lei, se não há habilitação legal para a ação administrativa, elas não podem ser cerceadas ou comparadas à atividade ilícita, sem embargo da superveniência de legislação regrá-las, à vista de algum interesse público específico.

3. O princípio de subsidiariedade

A tônica na intervenção estatal na ordem econômica é a subsidiariedade, notadamente pela influência do pensamento católico-cristão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro arrola entre as tendências decorrentes da aplicação do princípio de subsidiariedade a privatização, a desregulamentação, a desburocratização (2012, p. 15-23). Não é possível uma adequada leitura da Lei n. 13.874/19 à margem desse princípio. A legislação focalizada implanta balizas e parâmetros do controle estatal exercido sobre as atividades privadas de cunho econômico, impactando tanto a ação de polícia administrativa (poder de polícia) quanto a de intervenção (englobando a regulação e a fiscalização da atividade econômica de natureza privada).

Como visto, sob a égide da Constituição vigente, o que prevalece é a liberdade que alberga a iniciativa, empresa, concorrência e trabalho na ordem social e econômica, como emerge da enumeração de princípios e objetivos fundamentais da república, e de princípios gerais e especiais (arts. 1º, III e IV, 3º, I a III, 5º, XVIII a XX, XXII a XXIII, 170, II a IV, e VII, Constituição Federal). É certo que ela ainda impõe deveres à sociedade civil e faculta à iniciativa privada atividades de interesse geral (arts. 194, 196, 199, 202, 205, 209, Constituição Federal *v.g.*). Porém, é adequado dizer que tudo aquilo que não é monopólio ou exclusividade do Estado é consentindo ao setor privado de maneira exclusiva ou concorrente, e que o poder público só pode excepcionalmente exercer atividade econômica, assim como justificada e proporcionalmente nela intervir.

⁶ Bem por isso, José Celso de Mello Filho alvitava (ao tempo do art. 153, § 23, da Constituição de 1967 na redação dada pela Emenda n. 01, de 1969) que “as restrições ao desempenho de qualquer atividade profissional só se legitimam, em face da Constituição, desde que preenchidas as seguintes exigências: a) veiculação formal mediante lei; b) estipulação estrita de condições de capacidade; e c) pertinência ao exercício das profissões liberais e técnico-científicas” (MELLO FILHO, 1986, pp. 467-468).

A subsidiariedade é limite (negativo) à atuação estatal. A extensão desta ou daquela atividade administrativa é variável conforme o modelo de Estado adotado, influenciado diretamente pelo tom de aderência a um determinado sistema econômico. A retrospectiva histórica resume que no Estado Liberal a atuação estatal era basicamente adstrita à atividade de polícia, e que no Estado-Providência maiores graus tiveram a prestação de serviços públicos e a intervenção direta na ordem econômica (exploração de atividade econômica), enquanto no Estado-Subsidiário, sob a injunção do neoliberalismo⁷, diminuiu o papel poder público como órgão agente, cedendo lugar ao fomento, e crescendo sua figura como órgão interveniente na regulação e fiscalização do mercado e da iniciativa privada, falando-se inclusive em Administração conformadora, sob o influxo gerencialista do *new public management*. Em suma, é possível afirmar a correspondência das fases do Estado de Direito a partir do Estado Liberal em que a tônica era a Administração de igual naipe, de reduzido tamanho, preocupada em assegurar as liberdades, sucedida pelo Estado Social (ou Providência) em que se denota sua maior intervenção como Administração prestacional, e com o Estado Subsidiário emerge uma Administração conformadora, vocacionada a “criar condições favoráveis a uma prestação de utilidades basicamente resultante de atividades de natureza jurídico-privada” (CAUPERS, 2016, p. 38-39).

Embora esses movimentos possam ser cíclicos, anota-se o predomínio de tendências de expansão do setor privado e afirmação do setor público não estatal e consequente redução do espaço do setor público estatal, detectando-se vários fatores como (a) a preocupação com a eficiência, (b) a expansão e dilatação de mercados, e (c) o protagonismo da sociedade civil. Ao redor desta última gravita a compreensão da superação do monopólio do interesse público pela Administração e da multiplicidade de interesses públicos, o que é bem aquilatada pela distinção entre interesses públicos e estatais (ou primários e secundários), difusos e coletivos (ME-DAUAR, 1992, p. 175-183).

O neoliberalismo influenciou o direito contemporâneo em vários aspectos e decerto um dos mais contundentes foi a projeção de um novo modelo de Administração Pública, principalmente no último quartel do século XX, colocando em pauta temas como desestatização, privatização (em sentido amplo ou restrito), desregulamentação, deslegalização, desregulação, desburocratização, flexibilização etc. predispostos à transformação da estrutura administrativa sob os auspícios da eficiência

⁷ É óbvio que nesta análise é impossível dissociar o impacto do neoliberalismo. O liberalismo se arquitetou na economia de mercado e no Estado mínimo enquanto o intervencionismo que marca o Estado Social que o substituiu foi superado pelo neoliberalismo que aparece, como estima Norberto Bobbio, “como uma terceira fase, uma espécie de negação da negação em sentido dialético, na qual não se perde nada do que houve de positivo na segunda fase. Assim devem ser entendidas as afirmações dos novos economistas, os quais não recusam a exigência a partir da qual se movimentou o estado social (uma maior igualdade, a luta contra a pobreza etc.), mas sim os meios por ele utilizados, no lugar dos quais propõem outros alternativos, como o imposto negativo ou a distribuição de bônus para serviços” (BOBBIO, 1997, p. 114, 120).

(Administração Pública gerencial) e que, sem embargo de sua controvérsia⁸, convivem com outros como transparência, participação, governança, processualização etc. que agitaram o direito público moderno.

Abordando as crises da noção de serviço público, a doutrina relata que “trata-se da liberalização de setores econômicos, com o aumento da atuação da iniciativa privada na economia e a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas, acreditando-se que o serviço público será mais bem atendido em regime de mercado e com maior concorrência possível. Ganha ênfase o princípio da subsidiariedade, a partir do qual o Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas (Estado Providência) para a posição de regulador da ordem econômica, mediante a transferência de competências e atividades tipicamente públicas aos particulares. Ao mesmo tempo, enquanto alguns serviços públicos se liberalizam, algumas atividades privadas foram sendo gradativamente submetidas a esquemas organizatórias rígidos” (MARQUES NETO, 2014, p. 56).

É certo, todavia, que atualmente se menciona que o impacto neoliberal recebe oposição da corrente do Direito Administrativo social, que busca a “concretização do Estado Social e Democrático de Direito a partir de uma atuação estatal interventiva nos domínios econômico e social”, instrumentalizada por uma Administração Pública inclusiva baseada não somente na igualdade de oportunidades, mas, na igualdade de posições para o desenvolvimento (HACHEM, 2014, p. 391-460). Ela supõe que a igualdade de oportunidades se funda no mérito e se promove complementarmente pela igualdade de acesso aos bens e serviços (dos quais os mais discriminados estão excluídos) e pela compensação (políticas de discriminação positiva) de maneira a combater discriminações impeditivas da competição em igualdade de condições iniciais para o alcance de melhores posições, enquanto a igualdade de posições radica-se nas políticas de diminuição das desigualdades existentes entre as distintas posições por meio de transferências sociais operadas pela redistribuição mediante tributos a fim de estabelecer a desmercantilização do acesso a certos bens (ampliação e consagração de atividades como serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, financiada através do custo repartido por todos os contribuintes). A distinção coloca em foco a sujeição dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais pelo tratamento do mínimo existencial (igualdade de oportunidades) e da submissão integral (igualdade de posições), como assinala HACHEM (2014, p. 391-460).

⁸ “Las nuevas corrientes, prácticamente universales, sobre la ‘privatización’ o, dicho de otro modo, la liberalización económica parecen amenazar seriamente los propios fundamentos del Derecho Administrativo, y, de rechazo, a las Administraciones públicas. (...) Pero es sorprendente la práctica universalidad en que se desenvuelven estas operaciones. Tan sorprendente al menos como es la incondicionada aceptación de los juristas que, inermes ante estas manifestaciones del vigor social y político, deben confirmarse con una valoración ideológica y crítica de la cuestión y, todo lo más, con una calificación del fenómeno que suele vincularse a la idea de la ‘evasión’, fuga o huída del Derecho Administrativo por parte de los Poderes Públicos”, disserta José Bermejo Vera (2003, pp. 403-426).

Certo é também que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 17-28) expõe a existência de três fases da administração pública – (a) regaliana (próprio ao absolutismo, em que prevalecia o interesse do rei); (b) burocrática (elementar ao estatismo, em que dominava o interesse do Estado); (c) gerencial (inerente à democracia, em que preside o interesse da sociedade) – anota que, no Brasil, “essa segunda transição juspolítica, da administração burocrática para a gerencial, está tendo seu início antes que se houvesse completado a primeira” (na medida da incidência de conceitos e princípios personalizantes e ineficientes como patrimonialismo, paternalismo e assistencialismo). Por isso, registra-se desconfiança sobre a “adoção indiscriminada de vertentes do modelo gerencial” pela ausência do “amadurecimento cultural dos valores burocráticos” (como meritocracia, racionalidade, impessoalidade e isonomia), o que pode conduzir ao restabelecimento de “formas pré-burocráticas de gestão, que se orientam para o *spoil system* (sistema patrimonialista de despojo e partilha), tendo em vista o predomínio do nepotismo e da pessoalidade nas relações funcionais” (NOHARA, 2012, p. 151).

Em linhas gerais, a intervenção do Estado na ordem econômica se caracteriza por funções (a) ativa, consubstanciada na exploração direta de atividade econômica por participação ou absorção, e (b) interventiva propriamente dita, que consiste no fomento e na regulação por direção ou indução respectivamente. A regulação (*latu sensu*) do setor privado, que engloba as espécies de normatização, regulamentação e fiscalização, configura desdobramento no âmbito da ordem econômica do controle de polícia administrativa que o poder público, em nome de interesses gerais, condiciona e limita a liberdade individual, harmonizando a vida em sociedade. Ela se radica nas funções indicadas no art. 174 da atual Constituição brasileira.

A subsidiariedade também orienta a função interventiva. Não se adstringe a tornar excepcional a exploração estatal de atividade econômica; ela se espraia para a regulação do mercado. Por isso, a Lei n. 13.874/19 arrola entre seus princípios em tom genérico a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas no inciso III de seu art. 2º: a fórmula é abrangente da intervenção direta ou indireta. Pressuposto da função interventiva é a existência de interesse público. Carlos Henrique Maciel após distinguir o intervencionismo por direção calcado em normas imperativas do intervencionismo por indução baseado em normas dispositivas (e repudiar a autorregulação) admoesta que aquele “não deve descambar para o ‘dirigismo’” (MACIEL, 2014, p. 655). Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a regulação de atividade econômica como forma de interferência estatal típica deve se orientar pelo princípio da intervenção mínima, “consentida com fundamento em finalidades específicas: repressão do aumento abusivo dos lucros e tentativa de eliminação das concorrências e dominação do mercado” (1999, p. 358).

Normatização se concentra na produção de leis e normas primárias que balizam, mediante cláusulas gerais, a atividade econômica, competindo a regulação seu detalhamento e as formas de sua operacionalização (TOLEDO, 2010, p. 341).

Regulação é conceituada como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis”, abrangendo regulações diretas (ordens juridicamente vinculantes aos particulares) e indiretas (adoção de outros meios não coativos para alcance da finalidade pública), setoriais (incidentes sobre determinadas atividades econômicas) e transversais (incidentes sobre determinados aspectos de todas as atividades econômicas), como se colhe de Alexandre Santos de Aragão (2014, p. 227-260).

Fiscalização tem como pressuposto a regulação, como sumaria José Afonso da Silva (2012, p. 736), e consiste em atos de controle e responsabilização. O incentivo se expressa através do fomento público de atividades privadas (com ou sem finalidade lucrativa) de interesse público.

4. Desburocratização

As potencialidades proporcionadas pelo princípio da eficiência administrativa tendem à adoção (ou penetração) de regimes ou técnicas privadas e à flexibilização ou diminuição de formas e formalidades inúteis e excessivas. Mercê de dúvida sobre a efetividade desse princípio em ambiente como o da administração pública brasileira - em que grassa forte conteúdo patrimonialista, clientelista e estamental, e que não transitou completamente pela administração burocrática - a burocratização é um dos fatores contribuintes dos baixos índices de desenvolvimento econômico e social.

Estudos, propostas, medidas e iniciativas não faltaram para redução ou erradicação da arraigada cultura da burocratização administrativa brasileira (e que, curiosamente, percola em alguns ramos do setor privado) desde o Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, até à edição da Lei n. 13.726, de 08 de outubro de 2018, que “racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação”. Esse diploma legal se estrutura mediante a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, e, ainda, estimula projetos de identificação de dispositivos legais ou regulamentares que prevejam exigências descabidas ou exageradas ou procedimentos desnecessá-

rios ou redundantes, e de sugestão de medidas legais ou regulamentares que visem a eliminar o excesso de burocracia.

Na abordagem do tema, é necessário diferenciar as formalidades imprescindíveis ao bom funcionamento da Administração nas relações com os indivíduos daquelas que são despiciendas. Um avanço nesse sentido foi sentido no ambiente normativo brasileiro com a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99) ao encampar o formalismo moderado pelas diretivas de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e de adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, VIII e IX), entre outras providências.

Burocracia é assaz confundida com burocratização. Burocratização é vício significativo consistente no excesso de formalismos inúteis. Burocracia é método técnico de organização, preconizado por Max Weber, baseado na legitimidade racional, legal e impessoal da autoridade pela atribuição de competência, como meio de superação da disfuncionalidade administrativa e da antidemocraticidade dos partidos e do Estado - embora, em tempos mais remotos, ela designasse o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal que ostentava forte conotação negativa expressada através de ataques ao formalismo, ao espírito corporativo, à proliferação de normas e regulamentos, ao desperdício de recursos, “em suma, a ineficiência das grandes organizações públicas e privadas” (GIRGLIOLI, 1994, p. 124-125). Assim sendo, “é a legitimidade-competência que designa quem se deve obedecer e dentro de quais limites, deveres, atribuições e meios. O tipo mais puro da dominação legal se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático, com pessoal livre, que obedece apenas aos deveres objetivos do seu cargo, sob rigorosa hierarquia, normas de competência minuciosamente fixadas, livre seleção dos funcionários habilitados profissionalmente, que recebem salário e têm diante de si uma carreira com possibilidade de ascensão. A dominação burocrática tem sido entendida como a dominação da impessoalidade formalista” (ZAGO, 2001, p. 31).

É a partir desta noção que se desenvolve a burocracia estatal, apontando para a uma estrutura permanente e profissional organizada em carreiras estáveis com garantias aos ocupantes de seus cargos, de maneira a diferenciar o corpo administrativo burocrático e os cargos superiores pela impossibilidade daqueles curvarem-se subjetivamente à vontade da autoridade política ou aos grupos de pressão social (JUSTEN FILHO, 2005, p. 565-566), dado que o agente público tem por missão o cumprimento da lei e do interesse público (primário), pelos quais tem responsabilidade.

A Lei da Liberdade Econômica também contém medidas desburocratizantes que se somam as previstas na Lei n. 13.726, de 08 de outubro de 2018, como a inexigibili-

dade de certidão à minguada de lei e a delimitação do prazo de validade de certidão emitida sobre fato imutável (art. 3º, XII, e § 11, Lei n. 13.874/19).

Perseguindo esse desiderato veio a lume a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão. Chama a atenção a inclusão dentre os princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública, a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis (art. 3º, I); a simplificação dos procedimentos de solicitação, oferta e acompanhamento dos serviços públicos, com foco na universalização do acesso e no autosserviço (art. 3º, X); a eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido (art. 3º, XI); a imposição imediata e de uma única vez ao interessado das exigências necessárias à prestação dos serviços públicos, justificada exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente (art. 3º, XII); a vedação de exigência de prova de fato já comprovado pela apresentação de documento ou de informação válida (art. 3º, XIII). Regra que adorna a prestação digital de serviços públicos estabelece o dever de eliminação, inclusive por meio da interoperabilidade de dados, das exigências desnecessárias ao usuário quanto à apresentação de informações e de documentos comprobatórios prescindíveis (art. 24, IV).

Trata-se de um movimento concertado tendente à ruptura do excesso de formalidades inúteis que também ilumina atividades específicas como a prestação de serviços públicos. A Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017, que estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública, consagrou as diretrizes de autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade (art. 5º, IX), eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido (art. 5º, XI), e exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada (art. 5º, XV). Esse diploma legal foi parcialmente alterado pela Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021 (art. 54), prevendo medida de desburocratização para fins de acesso a informações e serviços, de exercício de direitos e obrigações ou de obtenção de benefícios perante os órgãos e as entidades federais, estaduais, distritais e municipais ou os serviços públicos delegados, determinando que a apresentação de documento de identificação com fé pública em que conste o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) será suficiente para identificação do cidadão, dispensada a apresentação de qualquer outro documento (art. 10-A).

5. Linhas gerais da Lei n. 13.874/19

Como se apresenta, *prima facie*, a lei é instrumento de tutela da liberdade de iniciativa suprimindo ou reduzindo a intervenção estatal na atividade econômica. Ela estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e contém disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

Se, por um lado, a autonomia da vontade e a liberdade de iniciativa, profissão, empresa, concorrência, devem ser elementar e naturalmente protegidas num ambiente jurídico das nações organizadas política e economicamente pela democracia e pelo capitalismo, por outro, não convém ao bem comum a inexistência de qualquer controle estatal nem a existência de mecanismos de controle improfícuos, sob pena de os valores que orientam a democracia e o capitalismo (como liberdade de concorrência, defesa do consumidor etc.) não serem assegurados. Logo, a virtude da legislação dependerá de seu equilíbrio para conciliação eficiente de polos opostos.

As disposições da Lei n. 13.874/19 servem para aplicação e interpretação das relações jurídicas civis, empresariais, econômicas, trabalhistas e urbanísticas, inclusive para a ordenação estatuída pelo Estado inclusive sobre o exercício das profissões, comércio, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente, entre outros. Um de seus pilares é a interpretação das normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas em favor da liberdade econômica, da boa-fé, e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade (arts. 1º, §§ 1º e 2º). Ligam-se a essa diretiva os princípios próprios da legislação, radicados no art. 2º, dentre os quais merece destaque, por sua contundência, a vulnerabilidade do particular perante o Estado (art. 2º, IV). A boa-fé do particular perante o poder público emerge como postulado (art. 2º, II). As características de subsidiariedade e excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III) se amoldam aos arts. 170 e 174 da Constituição.

É importante assinalar que embora destinada à regência de relações jurídicas entre o Estado e as pessoas, ela não se aplica àquelas que substanciam relações de sujeição especial como as que estabelecem vínculo para prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica pelo Estado. O diploma legal incide sobre atividades genuinamente particulares, sujeitas ao controle estatal sob o signo da polícia administrativa ou da intervenção estatal sobre a ordem econômica, e não para aquelas que são atribuídas ao próprio poder público.

6. Competência normativa

Consoante fixado no § 4º do art. 1º da Lei n. 13.874, o quanto estatuído em suas disposições gerais (arts. 1º e 2º), na declaração de direitos de liberdade econômica (art. 3º) e nas garantias de livre iniciativa (art. 4º), constituem normas gerais de

direito econômico. Entretanto, e como será visto adiante, a lei contém algumas ressalvas expressamente indicadas (art. 1º, §§ 3º e 5º).

Como se sabe, em obséquio ao princípio federativo a Constituição dispensa a repartição de competências executivas e normativas mediante as técnicas de repartição horizontal e vertical à luz da predominância da esfera de interesse, situando na competência normativa concorrente (e não cumulativa) entre União, Estados e Distrito Federal o direito econômico, nos termos do inciso I do rol de seu art. 24. Trata-se de um condomínio normativo porque a Constituição atribui à União a produção de normas gerais (art. 24, § 1º), de maneira que aos Estados assiste à edição de normas suplementares – em verdade, complementares para atendimento de suas peculiaridades (art. 24, § 2º). Assim sendo, toda a legislação estadual precedente, editada supletivamente (art. 24, § 3º), cessa sua eficácia somente naquilo que pela lei federal superveniente pertencer ao domínio de normas gerais (art. 24, § 4º), que são as diretrizes gerais e regras básicas e uniformes do instituto, preservando-se, entretanto, as normas de caráter regional.

Embora a Constituição não aquinhoe concorrência normativa aos Municípios, é acertado afirmar que, presente o interesse local, eles podem suplementar a legislação federal ou estadual, não podendo, em hipótese alguma, invadir o campo destas ou contrariar suas prescrições (art. 30, I e II). A observação tem pertinência porque aos Municípios é assinada competência para disciplina de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano (art. 30, VIII), o que se relaciona com a regulação de atividade econômica.

7. Atos de liberação de atividade econômica

Tendo a natureza de normas gerais de direito econômico, complementa o § 4º do art. 1º da Lei n. 13.874, de 2019, com a indicação do núcleo objetivo e material de incidência da novel legislação. Ela deve ser observada para todos os atos de liberação de atividade econômica de todas as esferas federativas.

Tais atos são conceituados em amplo rol, de natureza exemplificativa, constante do § 6º do art. 1º: “a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros”.

A lei se aplica não somente ao que for diretamente relacionado com o exercício de atividade econômica (como profissão), abrangendo o que for indiretamente ligado a ela (instalação ou localização), repercutindo imediatamente sobre competências

de Estados ou Municípios, pois, a novel legislação declara, entre outros, os seguintes direitos de liberdade econômica (art. 3º): (a) o desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco em propriedade privada ou de terceiros (mediante locação, comodato ou qualquer outra convenção) independentemente do respectivo ato público de liberação (art. 3º, I) e em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, dispensados cobranças ou encargos adicionais desde que observadas normas de proteção ambiental, tais como repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público (art. 3º, II); (b) a isonomia e à segurança jurídica de tratamento administrativo nos atos liberação de atividade econômica (art. 3º, IV); (c) a eficácia positiva do silêncio eloquente nos atos de liberação de atividade econômica (art. 3º, IX).

A definição de atividade de baixo risco é da competência da legislação estadual, distrital ou municipal, e excepcionalmente do Poder Executivo federal se não existir aquela (art. 3º, § 1º, I). Soa imprópria a solução dada na lei.

Em primeiro lugar, por legislação deve-se entender o princípio da legalidade em sentido estrito e absoluto, ou seja, a reserva de lei formal, porque em se tratando da definição de atividades privadas sujeitas ou não ao prévio consentimento estatal, afetando diretamente a liberdade, a lei parlamentar é o limite negativo à atuação estatal.

Em segundo lugar, constituindo a Lei de Liberdade Econômica conjunto de normas gerais ela deveria precisar, ainda que em nível de maior grau de abstração, diretrizes e cláusulas do conteúdo de atividade de baixo risco, não só para atribuir uniformidade de tratamento (inclusive para os demais atores federativos no exercício de sua competência normativa), definindo os seus contornos básicos e fundamentais.

Em terceiro lugar, a entrega de competência supletiva conferida ao Chefe do Poder Executivo federal (não bastasse não se harmonizar com o quanto discorrido acerca do princípio da legalidade) é uma deslegalização que não encontra suporte constitucional essa - diferentemente do que ocorre em outros setores governamentais em que há competência normativa primária da Administração Pública (petróleo, energia, meio ambiente etc.) - e vulnera a autonomia dos entes federados sobretudo por envolver matérias de natureza eminentemente administrativa. Em agudo movimento de centralização, o Presidente da República absorve a autonomia estadual e municipal e assume funções de seus respectivos parlamentos, para além do que normal e ordinariamente se confere à União no atual modelo de repartição constitucional de competências normativas concorrentes não cumulativas, concentrado na edição de normas gerais.

Em quarto lugar, em algumas matérias sensíveis que tangenciam ou imbricam diretamente outros direitos - de igual estatura constitucional e de largo espectro social e institucional - como o meio ambiente e o desenvolvimento urbano vigoram

– como, aliás, é comum a todos os temas de polícia administrativa – princípios jurídico-normativos (como precaução e prevenção) que não se coadunam, por sua essência, com a dispensa dos requisitos e das formalidades de segurança. As legislações, portanto, devem ser extremamente cautelosas e parcimoniosas ao descreverem o que é atividade de baixo risco.

O exercício de atividade de baixo risco, embora não sujeito ao prévio consentimento estatal, não exonera sua fiscalização *ex officio* ou mediante provocação (art. 3º, § 2º). A norma esclarece que se não há controle *a priori* de tal sorte que não há necessidade de remoção de obstáculo precedente, ele é *a posteriori*, mediante impulso oficial ou provocação, que poderá, de acordo com a legislação, implicar a imposição de sanções administrativas nela previstas, observado o devido processo legal administrativo subordinado, logicamente, às cláusulas da ampla defesa e da instrução contraditória.

8. Silêncio eloquente

Na Lei n. 13.874, de 2019, a eficácia positiva do silêncio da Administração incide sobre a inobservância do prazo para emissão de decisão a respeito do pedido de expedição de ato público de liberação de atividade econômica (art. 3º, IX)⁹. Trata-se da adoção da teoria do silêncio eloquente, eleita como opção pela lei para superação dos entraves à liberdade de atividade econômica. A solução legal é a aprovação tácita, atribuindo efeito favorável (ao administrado) ao silêncio. Essa passa a ser a regra, pois, há uma cláusula de exceção no inciso IX *in fine* desse art. 3º da lei, que ressalva as hipóteses expressamente vedadas em lei que não atribuem efeito algum ao silêncio ou efeito negativo. Isso tem significativa influência no quadro dos elementos ou requisitos do ato administrativo, tangendo suas formalidades - a motivação e seu pressuposto, a decisão.

É relevante consignar que ela depende da maturidade do pedido, isto é, a sua apresentação acompanhada de todos os elementos necessários à instrução do respectivo processo administrativo, e que são aqueles previstos em lei. A partir daí o interessado será cientificado do prazo máximo estabelecido para a análise do pedido, que é aquele previsto em lei. Não havendo previsão legal, o caso é de aplicação das normas gerais de processo administrativo conforme a esfera federativa de que se trate se incidentes as exceções do § 5º do art. 1º da Lei n. 13.874/19. No âmbito federal, a Lei n. 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo Federal) estabele-

⁹ 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:

(...)

IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;

ce que “concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada” (art. 49).

Não parece adequado que a autoridade administrativa possa, a seu alvedrio, fixar prazo que não seja o legalmente específico ou o genérico, como estipula o § 8º do art. 3º da lei¹⁰, e ainda que inferior. Uma prerrogativa desse jaez conquanto possa soar vantajosa ao administrado na perspectiva de decisões mais rápidas também pode ocultar ligações perigosas inclusive para uma proposital atribuição de efeito positivo ao silêncio. Se a norma do § 8º do art. 3º da Lei da Liberdade Econômica timbra a necessidade de que esse prazo seja fixado com lastro na eficiência e na impessoalidade, é preciso obtemperar que os prazos processuais são aqueles estipulados em lei de maneira objetiva, prévia, transparente e, por isso mesmo, impessoal.

De qualquer maneira, escoado o prazo *in albis* a lei considera aprovação tácita, salvo nas hipóteses em que o silêncio não produz qualquer efeito ou produz efeito negativo. O silêncio eloquente é condicionado ao decurso do prazo sem decisão, não se aplicando nos casos em que a autoridade decide pela conversão em diligência porque nesse caso não há instrução madura e suficiente.

A lei não dispensou o consentimento estatal. Ao contrário, ela o exige, mas, tenciona facilitar o interesse do empreendedor impondo efeito positivo ao silêncio. De certo a omissão ou o retardamento indevido do agente público responsável pela prática do ato de liberação de atividade implica sua responsabilidade administrativa por violação aos deveres funcionais de zelo e presteza que militam contra a desídia, constantes da maioria dos estatutos do funcionalismo como a Lei n. 8.112/90 (arts. 116, I e 117, XV), sem olvidar, no mínimo, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa (art. 11, II, Lei n. 8.429/92) e penal por prevaricação (art. 319, Código Penal), se a conduta não caracterizar atos mais graves. Se há amíúde o *mercado del favor legal* (SABÁN GODOY, 1991, p. 25) pela criação de dificuldades para venda de facilidades, abastecendo aquilo que se convencionou vulgarmente como corrupção¹¹, poderá existir o balcão da omissão para idêntico escopo inescrupuloso de angariar vantagens indébitas. E, para além, não é possível obnubilar a própria responsabilidade civil do Estado se da omissão eclodem danos a terceiros.

Em outras palavras, não se exoneram os agentes públicos escudados no efeito positivo do silêncio das consequências de sua inação porque, como já registrado, a ati-

¹⁰ O prazo a que se refere o inciso IX do caput deste artigo será definido pelo órgão ou pela entidade da administração pública solicitada, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência e os limites máximos estabelecidos em regulamento.

¹¹ Tecnicamente, corrupção é crime (art. 317, Código Penal) e sua descrição normativa assimila-se a uma das figuras da espécie de enriquecimento ilícito do gênero atos de improbidade administrativa (art. 9º, I e X, Lei n. 8.429/92).

vidade de baixo risco, embora não condicionada ao prévio consentimento estatal, não alforria sua fiscalização por impulso oficial ou mediante provocação. A lei promove uma operação de subtração do empreendedor à teia da burocratização (uma das causas secundárias da improbidade administrativa), facilitando o desempenho de atividade econômica com a inversão do procedimento de policiamento estatal.

A atribuição de efeito positivo ao silêncio da Administração não era rara no direito brasileiro, mas, residual e extraordinária e dependente de expressa previsão legal¹². A regra é a inexistência de qualquer efeito ao silêncio da Administração em suas relações com os particulares, salvo exceções legais expressas qualificando-o com efeito positivo (favorável) ou negativo (desfavorável) ao administrado, embora haja entendimento sustentando que comum é o efeito negativo: “se a lei não regular, em termos de consequência, o silêncio administrativo deve ser interpretado como indeferimento do pedido ou infirmação do ato controlado” (GASPARINI, 2011, p. 1039).

Sua adoção exige reflexão detida porque um dos pilares do regime jurídico-administrativo brasileiro é a motivação decorrente do princípio da transparência (art. 37, Constituição de 1988), e que é regra consagrada na Lei Geral do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99, arts. 2º, VII, e 48) em rol amplo (art. 50) e exemplificativo à vista da necessidade de controle (DI PIETRO, 2018, p. 108) - sem contar a obrigação que lhe antecede do dever de decidir (art. 49), pois, o princípio de processualidade tem entre seus vetores a dedibilidade (MARTINS JUNIOR, 2014, p. 622) - na senda do direito comparado ocidental (argentino, norte-americano, italiano, francês, espanhol, português, alemão). Em outras palavras, a admissão do silêncio eloquente incute profundas alterações no quadro dos requisitos de produção do ato administrativo.

Conforme discorre Wallace Paiva Martins Junior, “a consagração do dever de motivação como regra é uma evolução qualitativa e quantitativa. Desde exceções legais à tradição do secretismo administrativo ou entendimentos jurisprudenciais reverberando o direito de defesa nas decisões desfavoráveis aos administrados, a uma fase intermediária de expansão à enumeração legal de atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados (acompanhada do arrolamento de dispensas, como a atribuição de efeito jurídico ao silêncio), chegando a um estágio de abrangência da maioria dos atos administrativos com repercussão positiva ou negativa no plexo de direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados e atos da gestão do interesse público no cumprimento de normas de ação administrativa pela identi-

¹² Por exemplo, a Lei n. 10.257/01 prevê o efeito favorável do silêncio administrativo no direito de preempção para fins urbanísticos (arts. 25 a 27, Lei n. 10.257/01), e a Lei Complementar n. 140/11 disciplina que “a renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente” (art. 14, § 4º).

dade prática, em geral, entre interesse público e interesse difuso” (2010, p. 272-273).

Em linha de princípio, o silêncio eloquente não se coaduna com o dever-poder de agir da Administração Pública, sob pena de frustração dos predicados de indisponibilidade e supremacia do interesse público e de abertura aos vícios de insegurança jurídica, arbitrariedade, irresponsabilidade e violação aos princípios administrativos. Deve-se considerar, ainda, que a dotação de eficácia positiva ao silêncio pode se erigir como obstáculo à instrumentalidade da motivação à proporcionalidade, tanto na prática de atos da Administração quanto em seu controle, notadamente após as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/18 que enfatiza o dever de motivação notadamente nos arts. 20 a 22.

O efeito jurídico do silêncio administrativo depende da solução dada em cada ordenamento jurídico, havendo no direito comparado uma tendência de rol taxativo com efeito positivo nos atos envolvendo o exercício de direitos pelos particulares, como ocorre nos direitos francês, português e italiano, registrando o direito espanhol procedimento de certificação do silêncio. De qualquer maneira, a atribuição de efeitos (positivos ou negativos) ao silêncio administrativo é presunção legal, cujo escopo é a supressão da falta de declaração de vontade, estabelecida para contornar o óbice do acesso ao controle judiciário pela inexistência de qualquer efeito ao silêncio administrativo.

Não se confunde o silêncio eloquente com a dispensa de motivação: a dispensa, a estrutura do ato tem implícito o motivo revelado pela conduta tomada; no silêncio, a lei atribui certo efeito jurídico a uma omissão, um não-ato ou fato administrativo, sem que se conheça o motivo nem implicitamente, com sério inconveniente ao dever de decisão. Tampouco se identifica com o ato tácito, como o fez a Lei n. 13.874/19. Segundo José Cretella Jr. (2000, p. 263), a declaração tácita não se confunde com a omissão porque a primeira indica ação, fatos, comportamentos que, de uma maneira ou de outra, manifestam o assentimento ou a infirmação, enquanto a segunda é um não-ato. Segundo expõe Régis Fernandes de Oliveira (1992, p. 54-55), o ato implícito resulta dos *facta concludentia*, isto é, de ato expresso que permite a conclusão da rejeição de algum pedido dirigido à Administração Pública, embora inexistente o seu indeferimento expresso, enquanto o ato tácito corresponde ao silêncio administrativo.

A atribuição de qualquer efeito à omissão resulta de imputação legal a um não-ato carente de formalização que importa perda da garantia para a Administração Pública e os administrados sobre valores fundamentais como legalidade, segurança jurídica, transparência, controle, projetando corolários duvidosos sobre questões sensíveis como proteção do meio ambiente e do consumidor, sítios onde imperam princípios como precaução e prevenção. Embora o direito francês registre a obri-

gação de comunicação dos motivos ao interessado nas decisões implícitas desfavoráveis, a doutrina percebe que a motivação deixa de ser condição de legalidade e a solução legal, se é benéfica aos destinatários do ato, é criticável em relação a terceiros (LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDEMET, 1992, p. 447 e 608). Conforme estampa a jurisprudência brasileira, corolário do Estado Democrático de Direito, a exigência de motivação repele a incidência da teoria do silêncio eloquente no direito administrativo, de maneira que somente manifestação administrativa expressa pode gerar efeitos (RSTJ 32/416, RSTJ 39/358).

No direito comparado, a percolação da teoria do silêncio eloquente não está imune à crítica.

Jacques Moureau (1989, p. 167) aponta que a melhoria da eficácia dos serviços públicos e a suavização de obrigações onerosas são algumas das justificativas das decisões implícitas de aceitação, mas, as vantagens invocadas são confrontadas com as notáveis incertezas que podem afetar situações de terceiros e os questionamentos de seu regime jurídico, em especial a indagação da insuscetibilidade natural da motivação.

Luís Filipe Colaço Antunes (2000, p. 57-64) assinala, baseado em Roberto Scarciglia, que a existirem autorizações tácitas elas deveriam ser fundamentadas, porque a jurisprudência francesa não considera incompatível o silêncio positivo com a fundamentação do ato tácito, e salienta que Diogo Freitas do Amaral sublinha a necessidade da fundamentação do indeferimento tácito sob pena de vício de violação da lei (descumprimento do dever legal de decidir) e de forma (falta de fundamentação). A existência de uma reserva de procedimento – entendida como reserva de instrução – deveria inibir o legislador de se substituir à Administração Pública, como acontece no silêncio positivo ou ato tácito (silente) de deferimento, silêncio que pode se transformar em elemento quase natural dos procedimentos autorizativos com margem de discricionariedade considerável, diminuindo a instrução e a ponderação de interesses ao nível do procedimento e seu resultado. Por isso, a jurisprudência comunitária a considerar ilegítimo o silêncio positivo em matéria de autorização relativa a águas públicas, pelo prejuízo ao meio ambiente e ao patrimônio cultural.

Embora a inércia constitua uma das disfunções mais graves da Administração, Guido Corso (2017, p. 251-254) anota que a admissão do *silenzio-assenso* é um aspecto da política de liberação de atividade particular e de simplificação administrativa, porém, é inaplicável aos atos e processos administrativos referentes ao patrimônio cultural e paisagístico, ao meio ambiente, à defesa nacional, à segurança pública, à imigração, à saúde pública etc. assim como há o *silenzio-rifiuto* no domínio urbanístico. Além disso, relata a incorporação de outras medidas para combate da inércia: responsabilidade civil do Estado por dano injusto ocasionado (inclusive

objetivamente pelo mero retardo), responsabilidade administrativa ou contábil de agentes públicos.

Como já examinado, “a incidência de efeito positivo ao silêncio traz mais prejuízos do que vantagens. Por um lado, incute um temor psicológico, obrigando a Administração Pública a decidir motivadamente para alijar os possíveis resultados nocivos da omissão. Por outro, como medida de desburocratização, estimula a má gestão da *res publicae* e a irresponsabilidade de seus agentes. E frustra os objetivos da transparência, pois se o princípio prevalente (no direito brasileiro) é a motivação dos atos estatais, sua relevância jurídica como formalidade essencial do ato administrativo corre o risco de ser neutralizada” (MARTINS JUNIOR, 2010, p. 297).

Se a regra é que, no direito administrativo nacional, o silêncio não produz efeito algum ou, então, efeito negativo ao administrado¹³, ela tem como mira o prestígio à motivação e à decidibilidade. O particular não se encontra desamparado porque pode demandar o controle jurisdicional da omissão administrativa - inclusive por meio expedito como é o mandado de segurança, sem embargo de outras consequências (responsabilidade civil do Estado, responsabilidade administrativa do agente relapso e sua improbidade administrativa) - para proteção do direito do administrado (de obtenção) a uma decisão, técnica mais adequada ao bom funcionamento administrativo e aos direitos dos administrados, e que, dependendo da natureza do ato administrativo, a solução transita pela averiguação da presença da competência vinculada ou discricionária, pelo efeito (indiferente, concessivo ou denegatório) do silêncio e pela existência de prazo para decisão administrativa. Diante da omissão para a prática de ato ou emissão de decisão, cujo efeito do silêncio for denegatório ou na hipótese da lei não atribuir nenhum efeito ao silêncio, tem-se como corolários: (a) se o ato era de conteúdo vinculado, provando preencher os requisitos legais, o provimento judicial suprirá a omissão administrativa deferindo o requerido; (b) se, no entanto, integrava alguma prerrogativa discricionária, o provimento judicial deverá impor à Administração Pública a obrigação de pronunciamento (o administrado tem direito a uma decisão motivada), fixando prazo razoável (quando a lei não atribui prazo), segundo a legislação processual administrativa geral.

Decerto conciliaria em maior grau a atribuição de efeito positivo ao silêncio administrativo com os deveres de decisão e motivação a adoção de opção como a permissão da eficácia positiva ao silêncio nas situações de reconhecimento a direito subjetivo do administrado (competência vinculada), negando-o, por conseguinte,

¹³ A Lei n. 6.766/79, por exemplo, que compete à lei municipal definir os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas (art. 16), prevendo efeito negativo ao silêncio ao utilizar a seguinte fórmula: “transcorridos os prazos sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão (art. 16, § 1º). “Nos Municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de noventa dias para a aprovação ou rejeição e de sessenta dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização” (art. 16, § 2º).

aos atos dependentes da apreciação discricionária da Administração, pois, na competência discricionária a exigibilidade das obrigações de decisão e de motivação tem maior grau, alforriando a cura do interesse público da exposição a fatores que militam contra a conveniência e a oportunidade. A essa contextura adere, ainda, a viabilidade do silêncio eloquente a partir de uma distinção entre interesse público primário e secundário, de sorte a reservá-lo aos atos de interesse fazendário ou patrimonial, sem prejuízo de sua admissão à continuidade de atos anteriores (da competência vinculada ou discricionária) como renovações ou prorrogações.

Também é relevante destacar que adjunto ao efeito positivo do silêncio nasce o dever de a Administração Pública promover ação fiscalizatória para verificação de eventual ilicitude na atividade econômica desenvolvida e, *a posteriori*, observado o *due process of law*, tomar alguma medida (cassação, revogação etc.). A lei só a prevê para atividades em que é houver dispensa do ato de liberação (art. 3º, I, § 2º). A omissão, entretanto, não prejudica sua extensão por ser elementar ao poder-dever de administrar, competindo a Administração Pública vigiar os efeitos do silêncio administrativo à luz da legalidade e do mérito. Outra sugestiva medida seria a adoção de procedimento similar à declaração de início de atividade que é paralelo, no direito italiano (CORSO, 2017, p. 257), ao efeito positivo do silêncio, e que atenderia a eficiência da ação administrativa em território vasto como o brasileiro, com largas distâncias e péssimas condições de mobilidade e urbanização, cuja organização administrativa tem, em geral, poucos recursos materiais e pessoal insuficiente para atendimento das demandas.

Sendo norma geral a Lei da Liberdade Econômica, ela não altera leis especiais que não prevejam o efeito positivo do silêncio administrativo ou que o neguem em temas ligados à liberação de atividade econômica. Aliás, essa conclusão se espalha naturalmente e elementarmente para assuntos timbrados por princípios como precaução e prevenção que ontologicamente imponham os deveres de decisão e motivação. Como já articulado, a ressalva consta explicitamente do art. 3º, IX, da Lei n. 13.874/19. Neste sentido, por exemplo, o licenciamento ambiental continua sendo tratado pela legislação especial enunciando que “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra” (art. 14, § 3º, Lei Complementar n. 140/11). O § 12 do art. 6º da Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, adicionado pelo art. 3º da Medida Provisória n. 915, de 27 de dezembro de 2019, declara que o efeito positivo do silêncio administrativo nos atos de liberação de atividade econômica não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente. Também não faz sucumbir a disciplina em sede constitucional quando não atribui qualquer efeito ao silêncio administrativo ou admitem efeito negativo.

9. Impedimentos explícitos ao efeito positivo do silêncio

Os §§ 6º e 7º do art. 3º da Lei n. 13.874/19 contém duas outras exceções à atribuição de efeito positivo ao silêncio administrativo – sem embargo das demais exceções constantes do ordenamento jurídico, como põe em acento a parte final do inciso IX do art. 3º da lei. Elas podem ser rotuladas como impedimentos explícitos ao efeito positivo do silêncio administrativo de natureza objetiva (art. 3º, §§ 6º e 12) e subjetiva (art. 3º, § 7º). Como exceções à regra efeito positivo do silêncio, nestes casos a eficácia deste é nenhuma; emergem como a ressalva da exceção à regra, confirmando esta, sob o prisma da integralidade do direito administrativo.

O § 6º do art. 3º em foco estabelece a inaplicabilidade do efeito positivo do silêncio administrativo quando (a) o assunto versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas, (b) a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública, e (c) houver objeção expressa em tratado em vigor no País. A hipótese expressa no inciso II do § 6º do art. 3º é de ordem circunstancial e condicional, dependente da verificação concreta da geração de despesa pública em sentido amplo, ao passo que a referida no inciso I é de ordem material e automática. A terceira hipótese, situada no inciso III, resolve antecipadamente o conflito decorrente da projeção da lei na eficácia de tratados e convenções internacionais que disponham em sentido oposto, aquinhoando superioridade a esses instrumentos normativos anteriores e posteriores inclusive. Ou seja, eles não revogam nem são revogados pela lei.

O § 12 do art. 6º da Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, foi incluído pelo art. 3º da Medida Provisória n. 915, de 27 de dezembro de 2019, sendo, portanto, posterior à sua edição. A norma acrescentada declara que o efeito positivo do silêncio administrativo nos atos de liberação de atividade econômica não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente. Cabe à legislação ambiental, editada por esse órgão, fixar quais são as atividades com impacto ambiental significativo, preservando-se até nova regulação a disciplina normativa atualmente em vigor. A inclusão da regra é salutar para não expor a risco ou a prejuízo, com efeitos irreversíveis ou de difícil reparação, bens que são objeto de tutela elevada no ordenamento jurídico, como são os bens ambientais, e cujo regime jurídico é adornado por princípios sensíveis como precaução e prevenção que não se coadunam, em linha de princípio, com a flexibilização adotada na Lei da Liberdade Econômica.

O § 7º do art. 3º da Lei n. 13.874/19 contém preceito inspirado pelos princípios de moralidade e impessoalidade, albergados na cabeça do art. 37 da Constituição de 1988. Ela nega efeito positivo ao silêncio quando o requerente for (a) agente público ou (b) seu cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, se a competência decisória for do próprio órgão ou entidade administrativas em que desenvolva suas atividades funcionais a qual-

quer título. Trata-se de evidente norma antinepotismo; esse vício não se reduz ao espaço restrito e excepcional do provimento em comissão de cargos públicos.

10. Eficácia espacial ampliada do silêncio eloquente

O § 5º do art. 1º da Lei n. 13.874/19 comprime a eficácia espacial do silêncio positivo na Administração Pública. A norma declara que a nova regra não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que continuam regidos de acordo com sua legislação na produção de seus atos administrativos de liberação de atividade econômica, editada na medida de suas respectivas competências. Assim, por exemplo, aos Municípios tem competência para a disciplina de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano (art. 30, VIII, Constituição Federal), conquanto devam observar as normas urbanísticas federais e estaduais (art. 24, I, Constituição Federal).

Porém, o § 5º do art. 1º da Lei da Liberdade Econômica contém duas exceções que tornam aplicável o efeito positivo do silêncio nas esferas estadual, distrital e municipal relativamente aos atos de liberação de atividade econômica. A primeira consiste no ato público liberação da atividade econômica que for derivado ou delegado por legislação ordinária federal (art. 1º, § 5º, I); a segunda se consubstancia na vinculação da entidade pública ao efeito positivo do silêncio administrativo, mediante instrumento válido e próprio (art. 1º, § 5º, II). Nesta última hipótese, essa adesão depende da observância do princípio do paralelismo (ou simetria) das formas, e, em geral, de lei por se tratar de intervenção na esfera de direitos ou interesses.

11. Referências bibliográficas

- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração – tradição e reforma*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O atual estágio da regulação estatal no Brasil”, in *Direito Administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, organização Thiago Marrara.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERMEJO VERA, José. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, coordenação Diogo de Figueiredo Moreira Neto.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo*, 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 8. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GIGLIOLI, Pier Paolo. *Dicionário de Política*, 6. ed. Brasília: Editora UnB, vol. 1, 1994, Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino, tradução de João Ferreira.
- HACHEM, Daniel Wunder. “Administração Pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o Direito Administrativo Brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial”, in *Direito Administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, organização Thiago Marrara.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean Claude e GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. tomo I, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- MACIEL, Carlos Henrique. *Curso Objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 4, Parte I, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. 2014, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 1, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.
- _____. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2013.
- MOREAU, Jacques. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de La corrupción*, Madrid: Civitas S.A., 1991.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- TOLEDO, Gastão Alves de. *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010, coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento.
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O Princípio da Impessoalidade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.