



LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

e seus impactos no
Direito Brasileiro





Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira e Bárbara Baraldi Sabino

Produção Editorial
Coordenação
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa e Thais Pereira

Estagiárias: Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Linotec ou Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) **(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro / Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão, coordenação. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. Vários autores.

Bibliografia
ISBN 978-65-5065-178-7

1. Direito empresarial - Brasil 2. Lei 13.874, de 2019 - Comentários 3. Livre comércio 4. Livre mercado I. Salomão, Luis Felipe. II. Cueva, Ricardo Villas Bôas. III. Frazão, Ana.

20-32635

CDU-34:338(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Lei da Liberdade Econômica : Comentários
: Direito administrativo 34:338(81)(094.56)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964





Coordenação

LUIS FELIPE SALOMÃO
RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
ANA FRAZÃO

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, ALINE LÍCIA KLEIN, AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA, ANA FRAZÃO, ANDRÉ CYRINO, ANDRÉ SANTA CRUZ, AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, CÁSSIO CASAGRANDE, CELSO FERNANDES CAMPILONGO, CÉSAR MATTOS, DANIEL SARMENTO, DIOGO R. COUTINHO, FÁBIO ULHOA COELHO, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, GILBERTO BERCOVICI, GILMAR FERREIRA MENDES, GUSTAVO BINENBOJM, GUSTAVO TEPEDINO, INGO WOLFGANG SARLET, ISABELA MAIOLINO, JERÔNIMO GOERGEN, JOÃO C. DE ANDRADE UZÊDA ACCIOLY, JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES, JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, LAÍS CAVALCANTI, LUCIANA LYEUNG, LUCIANO BENETTI TIMM, MARCOS PEREIRA, NOEMIA PORTO, OTAVIO YAZBEK, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, PEDRO AURÉLIO DE QUEIROZ P. DA SILVA, RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, SORAYA THRONICKE, TIAGO FENSTERSEIFER, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

e seus impactos no
Direito Brasileiro

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**





Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro

LUIS FELIPE SALOMÃO, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA E ANA FRAZÃO
Coordenação

2ª edição revista, atualizada e ampliada

© desta edição [2020]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 9 às 18 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sact@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [02-2020]

Profissional

Fechamento desta edição [09.01.2020]



ISBN 978-65-5065-178-7





SUMÁRIO

| | | |
|---|----|----|
| APRESENTAÇÃO..... | 5 | AP |
| 1. | | |
| PARTE I | | |
| A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NO CONTEXTO DO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO I | | |
| 1. LIBERDADE ECONÔMICA E ALIENAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI Nº 5.624 | 33 | |
| <i>Gilmar Ferreira Mendes</i> | | |
| I. Introdução..... | 33 | |
| II. Aspectos constitucionais da intervenção direta do Estado no domínio econômico e o debate sobre alienação de empresas estatais..... | 36 | |
| III. A alienação de empresas estatais na nova Lei das Estatais..... | 40 | |
| IV. Conclusão | 44 | |
| V. Referências bibliográficas..... | 45 | 2. |
| 2. A MEDIDA PROVISÓRIA DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPAC- TOS SOBRE INSTITUTOS DO CÓDIGO CIVIL | 47 | 3. |
| <i>Marcos Pereira</i> | | |
| Conclusão | 54 | |
| 3. LIBERDADE PARA EMPREENDER..... | 55 | |
| <i>Jerônimo Goergen</i> | | |
| Introdução | 55 | |
| Desburocratização | 56 | |
| Medida Provisória nº 881, de 2019 | 58 | |
| Extinção de alvarás e licenças para atividades de baixo risco | 58 | 4. |
| Liberação de atividade econômica em qualquer dia ou horário..... | 59 | |
| Liberação de definição de preço, salvo restrição em lei | 59 | |
| Efeito vinculante em decisões administrativas de liberação | 59 | |
| <i>In dubio pro libertatem</i> como regra de interpretação..... | 59 | |
| Afastamento de normas infralegais desatualizadas | 59 | |
| Aprovação tácita | 60 | |
| Equiparação do documento digital ao físico | 60 | |



| | |
|--|-----------|
| Abuso de solicitações de medidas ou prestações compensatórias ou mitigatórias no direito urbanístico..... | 60 |
| Proibição de exigência de certidão sem previsão em lei e vedação de emissão de certidões com prazo de validade sobre fatos imutáveis | 61 |
| Abuso regulatório/Das garantias da livre-iniciativa | 61 |
| Obrigatoriedade de Análise de Impacto Regulatório (AIR) | 61 |
| Definição dos conceitos de desconsideração da personalidade jurídica | 62 |
| Definição de parâmetros para interpretação, segurança e preservação jurídica dos contratos..... | 62 |
| Regularização da sociedade limitada unipessoal..... | 63 |
| Responsabilidade limitada em fundos de investimento | 63 |
| Incorporação da MP 876 (abertura e fechamento automático de empresas).... | 64 |
| Carteira de Trabalho Digital..... | 64 |
| Da Lei do Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – Lei nº 10.522/2002 | 65 |
| Da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/1973..... | 65 |
| Conclusão | 65 |
| Referências..... | 66 |
| 4. LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA..... | 67 |
| <i>Soraya Thronicke</i> | |
| Introdução | 67 |
| Um novo cenário nas relações empresariais..... | 68 |
| Conclusão | 71 |
| Referências bibliográficas | 72 |

PARTE II

ASPECTOS GERAIS PARA A COMPREENSÃO E A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

| | |
|--|-----------|
| 1. FRIEDRICH HAYEK, LIBERDADE ECONÔMICA, A MP E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: POR QUE É NECESSÁRIA? | 75 |
| <i>Luciana L. Yeung</i> | |
| I. Introdução: para que liberdade econômica? | 75 |
| II. Liberdade Econômica: Visão de um Grande Clássico | 77 |
| II.1. Liberdade econômica, competição e sistema de preços..... | 78 |
| II.2. Diferenças entre liberdade econômica e um estado de <i>laissez faire</i> ... | 79 |
| II.3. Liberdade econômica como único meio de garantia da democracia... | 80 |
| III. Liberdade econômica: o que mostram as evidências empíricas..... | 81 |
| IV. Afinal, o que tem a MP de tão especial? Alguns pontos para reflexão.... | 85 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | LIBERDADE ECONÔMICA PARA QUEM? A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE INICIATIVA E A JUSTIÇA SOCIAL | 89 |
| | <i>Ana Frazão</i> | |
| 1. | Considerações iniciais..... | 90 |
| 2. | A mutilação da liberdade de iniciativa: do liberalismo clássico ao liberalismo econômico..... | 91 |
| 2.1. | A base do liberalismo clássico | 91 |
| 2.2. | A implementação do liberalismo econômico..... | 93 |
| 2.3. | O social-liberalismo e as tentativas de correção de rumo | 95 |
| 3. | A impossibilidade de se sustentar a primazia absoluta da liberdade de iniciativa ou a sua compreensão sob perspectiva exclusivamente formal ou econômica..... | 97 |
| 3.1. | Um “pequeno detalhe”: a Constituição brasileira..... | 97 |
| 3.2. | A defesa dos livres mercados a partir do determinismo econômico ou da supremacia da propriedade ou da liberdade formal..... | 98 |
| 3.3. | A defesa dos livres mercados a partir da primazia da liberdade e da neutralidade do Estado..... | 99 |
| 3.4. | As distorções da compreensão exclusivamente econômica ou formal da liberdade de iniciativa e o seu necessário atrelamento às discussões sobre justiça social..... | 102 |
| 4. | O Estado Democrático de Direito e a compreensão da liberdade de iniciativa no contexto do reconhecimento da autonomia como fundamento dos direitos subjetivos..... | 104 |
| 4.1. | O verdadeiro debate dos tempos atuais: reconhecer a liberdade para todos ou para poucos..... | 104 |
| 4.2. | Pavimentando o caminho para a conciliação entre liberdade e igualdade | 107 |
| 4.3. | A liberdade a partir da igualdade de oportunidades e da existência de recursos materiais para o seu exercício..... | 111 |
| 5. | Os riscos e as preocupações da Lei de Liberdade Econômica..... | 113 |
| 6. | Considerações finais: há um meio termo entre a falácia do nirvana e a falácia do inferno?..... | 118 |
| 7. | Referências bibliográficas..... | 120 |
| 3. | AS INCONSTITUCIONALIDADES DA “LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA” (LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019) | 123 |
| | <i>Gilberto Bercovici</i> | |
| 1. | Da Inutilidade da Lei nº 13.874/2019 | 123 |
| 2. | O Artigo 1º da Lei..... | 129 |
| 3. | O Artigo 2º da Lei..... | 134 |



| | | |
|------|---|-----|
| 22 | LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO | |
| 4. | O Artigo 3º da Lei..... | 137 |
| 5. | O Artigo 4º da Lei..... | 143 |
| 6. | O Artigo 5º da Lei..... | 146 |
| 7. | Os Artigos 6º e 19, I, II e III, da Lei | 147 |
| 8. | Considerações Finais | 148 |
| | Referências Bibliográficas | 149 |
| 4. | PODE SER SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL A INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS? O ARTIGO 2º, III, DA LEI Nº 13.874/19 E A CONSTITUIÇÃO | 153 |
| | <i>Daniel Sarmento</i> | |
| 1. | Introdução..... | 153 |
| 2. | A Constituição econômica brasileira é compromissória, mas com limites. Democracia, moldura constitucional, justiça social e mercado..... | 155 |
| 3. | O princípio da subsidiariedade na ordem econômica e seus limites: inconstitucionalidade parcial da versão radical do princípio esposada pela Lei nº 13.874/19 | 160 |
| 4. | Conclusão | 164 |
| | Bibliografia..... | 165 |
| 5. | A MÃO INVISÍVEL E A FACA NO PESCOÇO: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O “ABUSO DE PODER REGULATÓRIO” NA LEI 13.874/2019 | 169 |
| | <i>Diogo R. Coutinho</i> | |
| | Referências..... | 179 |
| 6. | LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA: CONSTITUCIONALIDADE APONTAMENTOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI N. 13.874/2019..... | 181 |
| | <i>Amanda Flávio de Oliveira</i> | |
| I. | Introdução..... | 181 |
| II. | Ordem Jurídico-econômica Constitucional | 182 |
| III. | Ordem Jurídico-econômica Constitucional de 1988 e a Lei de Liberdade Econômica | 190 |
| IV. | Considerações Finais | 194 |
| | Referências bibliográficas | 196 |
| 7. | A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A LEI Nº 13.874/2019..... | 197 |
| | <i>André Cyrino</i> | |
| I. | Introdução..... | 197 |
| II. | Notas sobre o sentido da Constituição Econômica | 198 |
| III. | A Constituição de 1988: entre o compromisso e a normatividade | 202 |



| | |
|--|-----|
| IV. A Lei da Liberdade Econômica é constitucional?..... | 205 |
| V. Encerramento..... | 207 |
| VI. Referências..... | 208 |
| 8. A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO ECOLÓGICO E A NOVA LEI DAS LIBERDADES ECONÔMICAS – ALGUMAS APROXIMAÇÕES..... | 211 |
| <i>Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer</i> | |
| 1. Introdução – A assim chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica no contexto do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito | 212 |
| 2. Notas sobre a fundamentação, conteúdo e alcance de um princípio da proibição de retrocesso ecológico na ordem constitucional brasileira ... | 214 |
| 2.1. Parte geral – proibição de retrocesso como princípio (geral) vinculativo na esfera ecológica | 214 |
| 2.2. Vinculação dos poderes públicos ao princípio da proibição de retrocesso | 222 |
| 2.3. A autonomia (relativa) do princípio da proibição de retrocesso ecológico | 228 |
| 3. Considerações finais: o princípio da proibição de retrocesso aplicado à NLE..... | 230 |
| 9. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A DESPROTEÇÃO DO TRABALHADOR..... | 235 |
| <i>Cássio Casagrande</i> | |
| 1. Introdução..... | 235 |
| 2. Nota preliminar sobre o processo legislativo da Medida Provisória 881, que deu origem à “Lei da Liberdade Econômica” | 236 |
| 3. A Constituição e a gestão da jornada de trabalho..... | 237 |
| 4. A flexibilização da jornada de trabalho em sucessivas “reformas trabalhistas” | 239 |
| 5. A “Lei de Liberdade Econômica” como nova etapa da Reforma Trabalhista | 241 |
| 6. Possíveis repercussões processuais das alterações no art. 74 da CLT, com a redação da Lei 13.874, de 2019..... | 243 |
| 7. Conclusão | 245 |
| 10. LIBERDADE ECONÔMICA E LIBERDADE DE E NO TRABALHO: UMA URGENTE DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL..... | 247 |
| <i>Noemia Porto</i> | |
| 1. Introdução..... | 247 |
| 2. Inconstitucionalidades material e formal da Lei nº 13.874/2019..... | 248 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 3. | Interpretação constitucional e o limitado alcance da Lei nº 13.874/2019 no campo dos direitos sociais trabalhistas | 251 |
| 4. | Jornada de trabalho: obrigatoriedade constitucional de controle..... | 253 |
| 5. | Desconsideração da personalidade jurídica e a proteção de créditos de natureza alimentar | 258 |
| 6. | Conclusões..... | 262 |
| | Referências..... | 264 |
| 11. | LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA... 267 <i>Juliana Oliveira Domingues</i> <i>Pedro Aurélio de Queiroz P. da Silva</i> | |
| 1. | Introdução..... | 267 |
| 2. | Uma Ideia de Liberdade Econômica..... | 269 |
| 3. | A LLE e o Direito Concorrencial: o abuso de poder regulatório | 275 |
| 3.1. | O abuso de poder regulatório e os órgãos de controle | 278 |
| 4. | A LLE e a AIR (Análise de Impacto Regulatório): aspectos concorrenciais.... | 283 |
| 5. | Considerações finais | 286 |
| | Referências bibliográficas | 287 |
| 12. | CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA – INSTITUIÇÕES E CUSTOS DE TRANSAÇÃO..... 289 <i>Isabela Maiolino e Luciano Benetti Timm</i> | |
| I. | Introdução..... | 289 |
| II. | Premissas conceituais da análise econômica do direito: os custos de transação | 291 |
| II.1. | O papel das instituições..... | 296 |
| III. | A lei de liberdade econômica | 298 |
| IV. | Considerações finais | 302 |
| | Referências bibliográficas | 303 |

PARTE III

IMPACTOS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA SOBRE O DIREITO PÚBLICO

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | ATOS DE LIBERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA E PODER DE POLÍCIA: PRESSUPOSTOS E LIMITES | 309 |
| | <i>Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas</i> | |
| | Introdução | 309 |
| I. | A livre-iniciativa e a exigência de prévio ato de liberação | 310 |

| | |
|--|-----|
| II. O Poder de Polícia sobre a atividade econômica | 316 |
| III. O Regime jurídico dos atos de liberação na Lei da Liberdade Econômica | 321 |
| Conclusões | 329 |
| Bibliografia..... | 329 |
| 2. ATOS DE LIBERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA E ASPECTOS FEDERATIVOS..... | 333 |
| <i>Aline Lícia Klein</i> | |
| I. Introdução: Disposições da Lei nº 13.874/19 como normas gerais de Direito Econômico | 333 |
| II. As normas gerais no Estado federativo brasileiro..... | 334 |
| III. Regulação da liberação de atividades por outros entes federativos | 335 |
| IV. Limites para atuação de outros entes federativos | 338 |
| V. Direito do administrado de receber tratamento isonômico dos diversos entes federativos..... | 340 |
| VI. O rol de atividades dispensadas de autorização prévia..... | 342 |
| VII. Deferimento tácito de solicitações de atos públicos de liberação: não aplicação automática aos outros entes da federação..... | 343 |
| VIII. Repercussões na atividade de fiscalização | 346 |
| IX. Observações finais..... | 348 |
| Referências..... | 349 |
| 3. ATOS PÚBLICOS DE LIBERAÇÃO E EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA – MUTAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA NO DOMÍNIO ECONÔMICO | 351 |
| <i>Gustavo Binenbojm</i> | |
| I. A estrutura do poder de polícia no Estado democrático de direito | 351 |
| II. A disciplina normativa: uma estrutura de incentivos conformadora de comportamentos | 354 |
| II.1. A ordem de polícia..... | 356 |
| II.2. A questão dos graus de vinculação à juridicidade | 357 |
| III. Consentimento administrativo (expresso ou tácito) ou mera comunicação de atividade | 361 |
| IV. Algumas inovações da Lei da Liberdade Econômica – LLE (Lei nº 13.874/2019)..... | 366 |
| IV.1. Da liberação a priori de atividades econômicas de baixo risco da necessidade de atos de consentimento administrativo | 367 |
| IV.2. Do efeito positivo do silêncio administrativo nos requerimentos de atos de liberação pública..... | 369 |
| Referências bibliográficas | 369 |

| | | |
|----|--|-----|
| 4. | ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA..... | 371 |
| | <i>Alexandre Santos de Aragão</i> | |
| | I. Introdução..... | 371 |
| | II. Breve histórico | 373 |
| | III. Pressupostos de um sistema geral de AIR | 375 |
| | IV. Etapas da AIR..... | 376 |
| | V. Institutos afins | 377 |
| | VI. A disciplina (ou a insuficiência de disciplina) na Lei de Liberdade Econômica | 379 |
| | VII. Conclusões..... | 381 |
| 5. | LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA, CONCORRÊNCIA E ABUSO DE PODER REGULATÓRIO..... | 383 |
| | <i>Celso Fernandes Campilongo</i> | |
| | Introdução | 383 |
| | Art. 4º, inciso I..... | 384 |
| | Art. 4º, inciso II..... | 387 |
| | Art. 4º, inciso III | 390 |
| | Art. 4º, inciso VI | 393 |
| | Conclusão | 393 |
| | Referências bibliográficas | 394 |
| 6. | A NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E O BEM-ESTAR SOCIAL NO BRASIL..... | 395 |
| | <i>César Mattos</i> | |
| | I. Introdução..... | 395 |
| | II. O Capítulo da Ordem Econômica da Constituição e a Liberdade Econômica | 398 |
| | III. Direitos Econômicos Fundamentais e Subsidiariedade da Ação do Estado ... | 404 |
| | IV. O Abuso do Poder Regulatório e a Advocacia da Concorrência..... | 407 |
| | V. O Papel da Análise de Impacto Regulatório | 408 |
| | VI. Conclusões..... | 411 |
| 7. | LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO: REGULAÇÃO DE SANDBOXES | 413 |
| | <i>Vinicius Marques de Carvalho</i> | |
| | I. Introdução..... | 413 |
| | II. <i>Sandbox</i> regulatório..... | 415 |
| | III. Instituição do <i>sandbox</i> regulatório no contexto da lei de liberdade econômica..... | 418 |

| | |
|---|-----|
| IV. Perspectivas de implementação de <i>sandbox</i> regulatório | 422 |
| V. Repercussões da lei nº 13.874/2019 no Direito Público | 424 |
| VI. Conclusão | 426 |
| VII. Referências bibliográficas..... | 427 |

PARTE IV
IMPACTOS DA LEI DE LIBERDADE
ECONÔMICA SOBRE O DIREITO PRIVADO

| | |
|---|-----|
| 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO COMERCIAL..... | 431 |
| <i>Fábio Ulhoa Coelho</i> | |
| I. Introdução: estado e economia <i>in abstractu</i> | 431 |
| II. O plano de valorização do café..... | 432 |
| III. Uma lei oportuna e necessária..... | 436 |
| IV. Princípios constitucionais de direito comercial | 441 |
| IV.1. Princípio da liberdade de iniciativa | 442 |
| IV.2. Princípio da livre concorrência | 445 |
| IV.3. Princípio da função social da empresa..... | 447 |
| V. Conclusão | 448 |
| Bibliografia..... | 450 |
| 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – O AVESSE DO AVESSE | 451 |
| <i>José Roberto de Castro Neves</i> | |
| 1. Introdução..... | 451 |
| 2. A personalidade jurídica | 452 |
| 3. A desconsideração da personalidade jurídica..... | 454 |
| 4. Quem pode ser atingido pela desconsideração? | 458 |
| 5. Desvio de finalidade e confusão patrimonial..... | 460 |
| 6. O grupo econômico..... | 464 |
| 7. Considerações finais: uma medida excepcional | 464 |
| Bibliografia..... | 465 |
| 3. LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS IMPACTOS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 467 |
| <i>Ana Frazão</i> | |
| 1. Considerações iniciais..... | 467 |
| 2. Entre as distorções na utilização da personalidade jurídica e as distorções na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica..... | 468 |

| | | |
|----|---|-----|
| 3. | Requisitos de aplicação da desconsideração: a Lei de Liberdade Econômica não alterou a regra geral da desconsideração com base no abuso da personalidade jurídica nem trouxe critérios mais objetivos para a sua identificação..... | 473 |
| 4. | A extensão subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica: a Lei de Liberdade Econômica inova para restringir os efeitos da desconsideração apenas àqueles que foram beneficiados com o abuso da pessoa jurídica..... | 479 |
| 5. | A desconsideração da personalidade jurídica e o problema dos grupos empresariais | 481 |
| 6. | Considerações finais | 485 |
| 7. | Referências bibliográficas..... | 486 |
| 4. | NOTAS SOBRE AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº. 13.874/2019 NOS ARTIGOS 50, 113 E 421 DO CÓDIGO CIVIL | 487 |
| | <i>Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti</i> | |
| 1. | Introdução..... | 487 |
| 2. | Artigo 50 do Código Civil. Desconsideração da personalidade jurídica | 489 |
| 3. | Artigo 113 do Código Civil. Interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé objetiva | 494 |
| 4. | Artigo 421. Função social do contrato e intervenção mínima..... | 501 |
| 5. | Conclusão | 509 |
| | Bibliografia..... | 510 |
| 5. | INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA..... | 515 |
| | <i>Paulo Henrique dos Santos Lucon</i> | |
| 1. | Introdução..... | 515 |
| 2. | Considerações preliminares | 516 |
| 3. | Desconsideração da personalidade jurídica no direito material: alterações promovidas pela Lei 13.874/2019 | 519 |
| 4. | Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015 | 522 |
| 5. | Conclusões e encerramento | 526 |
| | Referências Bibliográficas | 527 |
| 6. | SINGULARIDADE SOCIETÁRIA NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIMITADA E A EIRELI SOB AS MODIFICAÇÕES DA LEI Nº 13.874/2019..... | 529 |
| | <i>João C. de Andrade Uzêda Accioly</i> | |
| I. | Introdução..... | 529 |

| | | |
|------|---|-----|
| II. | Um fenômeno quase universal (e não tão recente) | 532 |
| III. | A Eireli até a LLE..... | 535 |
| IV. | Origem das mudanças na lei | 537 |
| V. | A singularidade societária originária na LLE..... | 540 |
| | V.1. A Eireli após a LLE | 540 |
| | V.2. A limitada “unipessoal”: Parágrafos 1º e 2º do art. 1.052 do Código Civil..... | 542 |
| | V.2.1. A singularidade do sócio na limitada..... | 542 |
| | V.2.2. “No que couber”: O que se aplica ao documento do sócio único?..... | 544 |
| | V.2.3. Separação patrimonial na singularidade societária..... | 546 |
| VI. | Considerações finais | 548 |
| | Referências..... | 549 |
| 7. | A LEI Nº 13.874/2019 E OS FUNDOS DE INVESTIMENTO..... | 551 |
| | <i>Otavio Yazbek</i> | |
| | 1. Introdução..... | 551 |
| | 2. O regime legal e regulatório dos fundos de investimento | 553 |
| | 3. Alguns conceitos básicos sobre fundos de investimento..... | 556 |
| | 3.1. A natureza dos fundos de investimento..... | 557 |
| | 3.2. Administradores e outros prestadores de serviços..... | 558 |
| | 3.3. Os fundos “555” e os fundos estruturados | 561 |
| | 4. Comentários à Lei nº 13.874/2019..... | 562 |
| | 4.1. A natureza jurídica dos fundos de investimento | 562 |
| | 4.2. O regime de responsabilidade dos cotistas | 563 |
| | 4.3. O regime de responsabilidade dos prestadores de serviços..... | 565 |
| | 4.4. A possibilidade de diferenciação entre classes de cotas | 566 |
| | 4.5. A insolvência dos fundos de investimento | 568 |
| | 5. Considerações finais | 569 |
| | Referências bibliográficas..... | 569 |
| 8. | A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DE REGISTRO EMPRESARIAL..... | 571 |
| | <i>André Santa Cruz</i> | |
| | Introdução | 571 |
| | 1. As mudanças na Lei de Registro Empresarial..... | 572 |
| | 1.1. Fim do preço público relativo ao CNE | 573 |
| | 1.2. Publicação dos atos decisórios das Juntas Comerciais na internet.... | 573 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 1.3. | Registro automático de informações meramente cadastrais..... | 574 |
| 1.4. | Desnecessidade de autorização governamental prévia para o registro empresarial..... | 574 |
| 1.5. | Desnecessidade de indicação do NIRE para arquivamento de atos..... | 575 |
| 1.6. | Simplificação da análise de atos de sociedades anônimas | 576 |
| 1.7. | Registro automático de atos que utilizem instrumento padrão fixado pelo DREI..... | 576 |
| 1.8. | Substituição do Recurso ao Ministro pelo Recurso ao DREI | 578 |
| 1.9. | Prova da publicidade de atos societários | 578 |
| 1.10. | Isenção para extinção de empresários individuais, empresas individuais de responsabilidade limitada e sociedades limitadas | 579 |
| 1.11. | Declaração de autenticidade de documentos por advogado ou contador | 579 |
| 2. | Conclusão | 580 |
| 9. | A NOVA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO..... | 581 |
| | <i>Augusto César Leite de Carvalho</i> | |
| 1. | Ordem preexistente sobre trabalho e liberdade econômica..... | 581 |
| 2. | Princípios da liberdade econômica e do Direito do Trabalho..... | 584 |
| 3. | Novidades normativas que desafiam o senso de prudência ou o controle judicial de validade | 585 |
| 3.1. | A CTPS digital não é propriamente uma CTPS | 585 |
| 3.2. | Ponto por exceção é instrumento precário para o empregador | 587 |
| 4. | À guisa de conclusão | 590 |
| 5. | Referências bibliográficas..... | 591 |



PARTE I

**A LEI DE LIBERDADE
ECONÔMICA NO
CONTEXTO DO ATUAL
CENÁRIO POLÍTICO**



3

AS INCONSTITUCIONALIDADES DA “LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA” (LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019)

GILBERTO BERCOVICI¹

SUMÁRIO: 1. Da Inutilidade da Lei nº 13.874/2019. 2. O Artigo 1º da Lei. 3. O Artigo 2º da Lei. 4. O Artigo 3º da Lei. 5. O Artigo 4º da Lei. 6. O Artigo 5º da Lei. 7. Os Artigos 6º e 19, I, II e III, da Lei. 8. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. Da Inutilidade da Lei nº 13.874/2019

Em primeiro lugar, cumpre questionar se seria necessária uma lei para regular os temas tratados pela chamada “Lei da Liberdade Econômica”. Em termos formais, segundo o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019², o seu objeto seriam normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício das atividades econômicas e disposições sobre a atuação do Estado como agente

1. Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito do Estado e Livre-Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo.
2. Art. 1º, *caput*, da Lei nº 13.874/2019: “Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do disposto no inciso IV do *caput* do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no *caput* do art. 174 da Constituição Federal” (g.n.).



normativo e regulador, nos termos dos artigos 1º, IV³, 170, parágrafo único,⁴ e 174, *caput*,⁵ da Constituição de 1988.

Aqui começam os problemas. Se o objeto da Lei nº 13.874/2019 é o de tratar da livre-iniciativa e do exercício das atividades econômicas nos termos dos artigos constitucionais citados, não há nenhuma necessidade em tratar de matéria já garantida expressamente no texto constitucional. A livre-iniciativa, assim como a valorização do trabalho humano, tema convenientemente “esquecido” no texto da lei em análise, já está garantida constitucionalmente como fundamento da República (artigo 1º, IV) e como fundamento da ordem econômica constitucional (artigo 170, *caput*), não há necessidade de nenhuma espécie normativa infraconstitucional para protegê-la ou assegurá-la. A iniciativa privada é livre nos termos da Constituição.

A Constituição de 1988 não admite qualquer forma de organização econômica nem permite toda e qualquer conduta dos agentes econômicos, pelo contrário, seu texto estabelece os fundamentos e regras essenciais da atividade econômica, seja a atividade econômica em sentido estrito, sejam os serviços públicos⁶. Nesse sentido, tanto a atividade econômica em sentido estrito prestada pelos agentes econômicos privados como a própria configuração do mercado no Brasil subordinam-se aos parâmetros constitucionais, especialmente os fixados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição de 1988⁷.

3. Art. 1º, *caput* e IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.
4. Art. 170, Parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.
5. Art. 174, *caput*: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.
6. Para a distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, ambos espécies da atividade econômica em sentido amplo, *vide*, por todos, GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 101-111.
7. ASENJO, Oscar de Juan, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 67-69, 313-314 e 321-323. Sobre as modalidades de intervenção estatal no domínio econômico (intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução), *vide* GRAU, Eros Roberto, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 65-67 e GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 93-94 e 146-151. Mesmo no caso da Constituição portuguesa de 1976, que sofreu profundas modificações na sua estruturação econômica, não cabe propugnar a desvalorização da atuação estatal

No entanto, no Brasil, há uma série de autores que tentam fazer prevalecer, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, uma interpretação constitucional “fundamentalista” do princípio da livre-iniciativa (artigos 1º, IV e 170, *caput*). Essa interpretação “fundamentalista” insere no debate constitucional uma doutrina política particular como se fosse impossível qualquer outro conteúdo, ou seja, os seus propugnadores “*tornam constitucionalmente necessário o que é politicamente contingente*”⁸.

O primeiro ponto de discordância em relação à interpretação “fundamentalista” da livre-iniciativa diz respeito ao fato de que o texto constitucional de 1988 não entende a livre-iniciativa como um direito fundamental. O que há é a garantia constitucional de uma liberdade pública, não de um direito subjetivo público, conformada pela própria ordem constitucional⁹. Afirmar que a livre-iniciativa é uma liberdade pública significa a existência, segundo Manitakis, de uma regra de competência e de uma regra de fundo. A regra de competência impede a Administração Pública de organizar a economia sem autorização legislativa. Já a regra de fundo implica o reconhecimento e a garantia aos particulares da faculdade de criar ou explorar, sem entraves injustificáveis, um empreendimento econômico¹⁰.

A previsão do valor social da livre-iniciativa como fundamento da ordem econômica constitucional significa que a livre-iniciativa não é garantida em termos absolutos, mas como atividade que contribui para o progresso da sociedade. Por mais ampla que seja a concepção de “valor social”, o significado mínimo diz

na economia e absolutizar a iniciativa econômica privada. O Estado continua sendo dotado da capacidade interventiva no setor econômico e da competência de criação e manutenção das empresas estatais. Vide MOREIRA, Vital, “A Metamorfose da ‘Constituição Econômica’” *Revista de Direito do Estado* n° 2, abril/junho de 2006, pp. 390-392.

8. SOUZA Neto, Cláudio Pereira de & MENDONÇA, José Vicente Santos de, “Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” in SOUZA Neto, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 721-722 e 740. Para uma crítica similar à interpretação do princípio da livre concorrência (artigo 170, IV), vide DIMOULIS, Dimitri, “Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito” in SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri & MINHOTO, Laurindo Dias, *Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Revan, 2006, pp. 142-148.
9. ASENJO, Oscar de Juan, *La Constitución Económica Española cit.*, pp. 96-97; GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 204-205 e 207-208 e COMPARATO, Fábio Konder, “Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado”, *Revista de Direito Público* n° 97, janeiro/março de 1991, p. 18.
10. MANITAKIS, Antonis, *La Liberté du Commerce et de l’Industrie en Droit Belge et en Droit Français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 31-37.

respeito a algo não individualista. A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas. O fato de o valor social da livre-iniciativa estar previsto como fundamento da República e da ordem econômica constitucional prescreve o objetivo de satisfação dos interesses econômicos gerais, não exclusivamente os individuais, com preferência aos setores tradicionalmente em desvantagem (como trabalhadores, pequenos proprietários, pequenos empresários, cooperados etc.) nos confrontos econômicos com grupos mais privilegiados. O valor social da livre-iniciativa condiciona os detentores de privilégios e poder econômico à conformidade com o interesse coletivo, legitimando a atuação do Estado na execução das diretrizes constitucionais¹¹.

O valor social do trabalho, inclusive, tem uma relevância constitucional muito mais ampla do que a livre-iniciativa. A proteção ao trabalho está presente em uma série de dispositivos constitucionais, dos direitos fundamentais (artigos 6º a 11) à ordem econômica (artigos 170, VIII e 186, III, por exemplo), entre vários outros. A garantia da propriedade, por sua vez, está condicionada ao cumprimento da sua função social (artigos 5º, XXIII e 170, III), do mesmo modo que a livre-iniciativa em geral, e a iniciativa econômica privada em particular deve atender ao seu valor social¹².

11. VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico in Opere Giuridiche 1954-1994*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, vol. I, pp. 54-58 e 227-253; GALGANO, Francesco, "La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali" in GALGANO, Francesco (coord.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, CEDAM, 1977, vol. 1, pp. 511-514; GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 200-201 e 212-213 e BERCOVICI, Gilberto, "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" in CARDOSO Jr., José Celso (org.), *A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social*, Brasília, IPEA, 2009, vol. 1, pp. 258-259. Vide também IRTI, Natalino, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, "Limites Constitucionais à Iniciativa Econômica Privada", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia III*, 1991, pp. 413-414; SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 114-115 e 437-448; TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*, 2ª ed, São Paulo, Método, 2006, pp. 241-243 e BUONOCORE, Vincenzo, "Iniziativa Economica Privata e Impresa" in BUONOCORE, Vincenzo (org.), *Iniziativa Economica e Impresa nella Giurisprudenza Costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2006, pp. 10-13.
12. VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, p. 103 e GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 198-200, 220-224 e 252-253.

O princípio da livre-iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação e permanência nele, implicando, embora não exclusivamente, a liberdade de empresa. A liberdade de empresa, ou, na denominação clássica, “liberdade de indústria e comércio”, consiste na liberdade de os indivíduos afetarem ou destinarem bens e capitais para a realização de atividades econômicas para a produção e troca de bens e serviços, sob uma organização empresarial, visando obter lucro¹³. No entanto, a livre-iniciativa não se limita à liberdade de empresa, pois abrange a liberdade contratual, a liberdade de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade de inversão e a liberdade de organização do processo produtivo¹⁴.

Há, ainda, os que entendem a empresa como fruto da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e que pressupõe necessariamente a propriedade privada¹⁵. A propriedade, como princípio da ordem econômica constitucional, não está, no entanto, vinculada necessariamente à liberdade de empresa. A iniciativa econômica pública não está fundada na propriedade privada e, por sua vez, a iniciativa econômica privada, como lembra Fábio Konder Comparato, pode ser atribuída a não proprietários, como na sociedade anônima, em que se distingue a propriedade acionária do poder de controle sobre a empresa¹⁶.

13. MANITAKIS, Antonis, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français cit.*, pp. 23-26; CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2007, vol. I, pp. 984-986 e 1012-1021; COMA, Martin Bassols, *Constitución y Sistema Económico*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 132-138; GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 201-204; COMPARATO, Fábio Konder, “Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado” *cit.*, pp. 18-19; RAMOS, Vasco Moura, “O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (Art. 61º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, 2001, p. 849 e BUONOCORE, Vincenzo, “Iniziativa Economica Privata e Impresa” *cit.*, pp. 15-21. Sobre as dificuldades em estabelecer um conteúdo essencial para a livre-iniciativa, particularmente para a liberdade de empresa, vide REYES, Manuel Aragón, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 19-34. Vide também ORTIZ, Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, 3ª ed, Granada, Comares, 2004, pp. 259-268.
14. ASENJO, Oscar de Juan, *La Constitución Económica Española cit.*, pp. 152-169; TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Económico cit.*, pp. 239-241 e BUONOCORE, Vincenzo, “Iniziativa Economica Privata e Impresa” *cit.*, pp. 6-10.
15. ANTUNES, José Pinto, *A Produção sob o Regime de Empresa: As Razões da Iniciativa Privada, Economia e Direito*, 4ª ed., São Paulo, José Bushatsky Ed./EDUSP, 1973, pp. 90-95.
16. COMPARATO, Fábio Konder, “Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Público* nº 93, janeiro/março de 1990, p. 272 e GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 207.

Da mesma forma, o livre exercício de atividade econômica também está expressamente garantido no artigo 170 da Constituição. Novamente, não há razão para uma lei ordinária querer garantir essa liberdade já existente por força do texto constitucional. A perspectiva privada de limitação de atuação do Estado está garantida pelo princípio da legalidade, com a exigência constitucional da legalidade formal (artigo 170, parágrafo único) para que o Estado regule o exercício das atividades econômicas.

A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional¹⁷.

A iniciativa privada é livre nos termos da Constituição. A limitação da iniciativa econômica privada ocorre em razão das medidas adotadas legitimamente pelo Estado, também dotado de iniciativa econômica, para reconstruir o ordenamento econômico e social no sentido determinado pelo texto constitucional. Desse modo, a iniciativa econômica privada, em geral, e a liberdade de empresa, em particular, podem ser limitadas por uma série de fatores, como a reserva de setores privados de atuação do Estado (serviços públicos, monopólios estatais etc.), a própria iniciativa econômica pública, a legislação regulamentadora das várias atividades econômicas, inclusive o poder de polícia da Administração Pública, a proteção à concorrência, ao consumidor e ao meio ambiente, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, desde que utilizado como forma de atingir os fins constitucionalmente determinados etc. O

17. GALGANO, Francesco, “La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali” *cit.*, pp. 514-518 e 526-527; MANITAKIS, Antonis, *La Liberté du Commerce et de l’Industrie en Droit Belge et en Droit Français cit.*, pp. 217-257, 265-269 e 271-277; MIRANDA, Jorge, “Iniciativa Económica” in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Principia Editora, 2006, p. 181; CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada cit.*, vol. I, pp. 790-792; GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 205 e TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico cit.*, pp. 240-241. Em sentido um pouco distinto, entendendo a livre-iniciativa como uma conjugação da liberdade econômica com a legalidade, *vide* FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, “Congelamento de Preços – Tabelamentos Oficiais”, *Revista de Direito Público* n° 91, julho/setembro de 1989, pp. 79-81.

limite último da livre-iniciativa é o respeito à essência da Constituição, ou seja, a busca de melhores condições sociais de vida e mais bem-estar para todos¹⁸.

A livre-iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. O bem-estar econômico geral, a busca da igualdade material e do pleno emprego a limitam. Afirmar, como vários autores brasileiros o fazem, que a livre-iniciativa privada é a regra, e que os demais vínculos sociais constitucionalmente estabelecidos são a exceção, não passa de um jogo de palavras sem consistência teórica, fruto da tentativa de impor determinadas ideologias. Como afirma Vincenzo Spagnuolo Vigorita, a partir do momento em que a livre-iniciativa é reconhecida constitucionalmente, e, repita-se, o reconhecimento constitucional foi ao valor social da livre-iniciativa, ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos¹⁹.

Em relação aos dispositivos sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, essas competências são constitucionalmente definidas pelos artigos 59 a 69 e 84 da Constituição, que tratam da elaboração de normas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Por consistirem em competências constitucionais expressas, não podem ser limitadas pela via da legislação infraconstitucional. O que o artigo 174, *caput*, deixa para o legislador ordinário é a elaboração de lei que trate das funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O seja, a lei ordinária não pode determinar como o Estado vai legislar ou regular, só a Constituição.

2. O Artigo 1º da Lei

“Art. 1º – Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do disposto no inciso IV do caput do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no caput do art. 174 da Constituição Federal.”

§ 1º – O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas

18. VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 70-77, 104-105, 108-112 e 214-217; GALGANO, Francesco, “La Libertà di Iniziati-va Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali” *cit.*, p. 526; MIRANDA, Jorge, “Iniciativa Económica” *cit.*, p. 182; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Limites Constitucionais à Iniciativa Económica Privada” *cit.*, pp. 414-418; COMA, Martin Bas-sols, *Constitución y Sistema Económico cit.*, pp. 147-154; COMPARATO, Fábio Konder, “Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado” *cit.*, pp. 19-23 e REYES, Manuel Aragón, *Libertades Económicas y Estado Social cit.*, pp. 13-14.

19. VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo, *L'Iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico cit.*, pp. 193-207.

que se encontrem no seu âmbito de aplicação, e na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente.

§ 2º – Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

§ 3º – O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o inciso X do caput do art. 3º.

§ 4º – O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no inciso I do caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.

§ 5º – O disposto no inciso IX do caput do art. 3º não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exceto se:

I – o ato público de liberação da atividade econômica for derivado ou delegado por legislação ordinária federal; ou

II – o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir se vincular ao disposto no inciso IX do caput do art. 3º por meio de instrumento válido e próprio.

§ 6º – Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação da atividade econômica 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, com 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, 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.”

O artigo 1º, §§ 1º e 2º, tem a pretensão de tornar a Lei nº 13.874/2019 uma lei interpretativa, o que não faz o menor sentido no ordenamento jurídico brasileiro, além de violar o disposto no artigo 93, IX, da Constituição de 1988. Segundo a Constituição, a lei não pode estabelecer parâmetros hermenêuticos obrigatórios para o juiz. O juiz, em qualquer instância e tribunal, bem como o administrador ou servidor público, deve interpretar e aplicar as normas de acordo com a Constituição e com o limite da não violação do texto normativo escrito.

Afinal, existe um significado ou conteúdo mínimo que não é alterável mediante interpretação. A abertura dos dispositivos constitucionais e legais não significa ausência de significados mínimos, ao menos em sentido histórico e linguístico, que não podem ser dispostos por maiorias conjunturais. A linguagem dos textos normativos não é tão aberta de modo a permitir significados ou

sentidos contrários ao sentido literal do texto²⁰. E, por isso, o limite intransponível de toda e qualquer interpretação é o texto da norma. Essa é uma das maneiras de se evitar arbitrariedade do Poder Judiciário, obrigando-o a respeitar, também, a democracia²¹.

Hans Kelsen trata da interpretação no último capítulo da segunda edição de sua *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, de 1960. Para ele, a interpretação deve fixar o sentido das normas que serão aplicadas, definindo qual o conteúdo que se dará à norma individual de uma sentença judicial, sentença esta deduzida da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto²². A questão colocada é a de saber se é possível uma teoria científica da interpretação jurídica que permita separar uma interpretação verdadeira de uma falsa²³.

Os atos jurídicos em que o direito é aplicado são indeterminados. Essa indeterminação pode ser intencional (o ato jurídico é em parte determinado pelo direito e em parte indeterminado). Dessa forma, o estabelecimento ou fixação de uma norma geral opera-se sempre sob o pressuposto de que a norma individual resultante da sua aplicação continuará o processo de determinação. Este processo constitui o sentido da escalação gradual das normas jurídicas,²⁴ ou não, devido à pluralidade de significados das palavras, o sentido da norma não é unívoco, com vários significados possíveis²⁵. Neste caso, gera inúmeras possibilidades de aplicação, que pode corresponder a qualquer uma dessas possibilidades²⁶.

Kelsen diferencia a interpretação do direito pelo órgão que o aplica da interpretação do direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por pessoa privada e, principalmente, pela ciência jurídica²⁷. A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é, para Kelsen, sempre autêntica, pois cria direito, produzindo uma norma jurídica individual a partir do momento em que transitou em

20. HESSE, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 14-16.

21. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F Müller Verlag, 1999, pp. 29-30 e MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 95-96, 166-168, 216-224 e 315-316.

22. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, reimpr. da 2ª ed., Wien, Verlag der Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 346.

23. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed, São Paulo, Atlas, 1995, pp. 260-261.

24. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, p. 347.

25. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 348.

26. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 348-349.

27. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, p. 346 e FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito cit.*, p. 261.

julgado²⁸. Dessa forma, o juiz é criador do direito, sendo relativamente livre nessa função, pois a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é uma função voluntária. Mesmo que na aplicação do direito por órgão jurídico se utilize a interpretação cognoscitiva, isto é, a obtida por uma operação de conhecimento, o que prevalece, para Kelsen, é o ato de vontade do órgão aplicador ao efetuar uma escolha entre as várias possibilidades reveladas por essa interpretação²⁹. Já a interpretação jurídico-científica não é autêntica, pois, apesar de estabelecer os possíveis significados da norma jurídica, ela não toma nenhuma decisão. Esta compete ao ato de vontade dos órgãos competentes³⁰.

Para a jurisprudência tradicional, a interpretação deverá resolver um método que ofereça em todas as hipóteses uma única solução correta, com sua justeza fundada na lei³¹. Para Kelsen e sua *Teoria Pura do Direito*, não pode haver esse método, pois todos os métodos de interpretação conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto³², ao contrário do defendido por Emilio Betti³³. E a necessidade da interpretação resulta justamente desse fato de existirem inúmeras possibilidades³⁴. Saber qual dessas possibilidades de aplicação é a correta não é uma questão de conhecimento do direito ou da teoria do direito, mas um problema de política do direito³⁵. Ou, como diz o próprio Kelsen: “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”³⁶. Kelsen afirma que a existência de uma interpretação correta é uma ficção construída para consolidar

28. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 351-352.

29. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 350-351 e FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito cit.*, p. 261.

30. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 352-353.

31. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, p. 349.

32. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 349-350.

33. Betti defende a busca da interpretação correta, acreditando na unidade da interpretação, embora admita ser essa univocidade teórica, conforme se pode depreender do trecho a seguir: “univocidad, que conduce a reconocer exacta, al menos teóricamente, una sola solución (en aquel determinado momento histórico, o en aquella determinada situación de hecho)” in BETTI, Emilio, *Interpretacion de la Ley e de los Actos Juridicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 154.

34. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 349-350.

35. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, p. 350 e FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito cit.*, p. 262.

36. No original: “Dass ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als dass es sich innerhalb des Rahmens hält, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, dass es die, sondern nur, dass es eine der individuellen Normen ist, die innerhalb

o ideal da segurança jurídica, que é um juízo de valor político, não jurídico³⁷. Dessa maneira, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., o que se faz a partir da plurivocidade da norma é política, pois se tenta persuadir qual a saída mais favorável dentro de um contexto ideológico ou de poder³⁸. Esse seria o desafio kelseniano: buscar a univocidade da norma, procurar a verdade hermenêutica³⁹, os limites da interpretação.

Em suma, não há cabimento em tentar obrigar a adoção de uma única interpretação correta, limitando as possibilidades hermenêuticas do intérprete. Trata-se de uma forma de imposição de determinada visão ideológica sobre todas as demais.

No artigo 1º, § 4º, há a tentativa de se impor a natureza de norma geral de direito econômico à Lei nº 13.874/2019. A natureza de norma geral não se atinge por declaração, mas pelo conteúdo objetivo da lei. O fato de ser uma lei promulgada pelo Poder Legislativo da União não a torna lei geral nos termos do artigo 24 da Constituição. Há normas gerais na Lei nº 13.874/2019, assim como há normas que se dirigem apenas à esfera federal.

Nesse sentido, em estudo clássico sobre o assunto, Geraldo Ataliba já afirmava que as leis nacionais têm em comum com as leis federais apenas o mesmo legislador, o Congresso Nacional. A lei federal diz respeito às competências da União, dirige-se à Administração Pública ou aos órgãos governamentais federais. A lei nacional abrange todos os brasileiros, sem distinção, transcendendo às esferas de divisão federativa de competências⁴⁰. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr., a expressão “normas gerais” exige que seu conteúdo seja analisado de maneira teleológica. As “normas gerais” devem se reportar ao interesse

des Rahmens der generellen Norm erzeugt werden können” in KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, p. 349.

37. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre cit.*, pp. 352-354.

38. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito cit.*, pp. 262-263.

39. Lenio Streck, em recente obra, busca desenvolver, a partir da teoria hermenêutica de Gadamer, um aporte teórico para justificar uma única interpretação correta, criticando o relativismo e os postulados do positivismo kelseniano. Foge, no entanto, dos objetivos deste parecer analisar mais detidamente esse debate, para o qual recomendo a leitura de STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

40. ATALIBA, Geraldo, “Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios: Limites à Norma Geral – Código Tributário Nacional”, *Revista de Direito Público* nº 10, outubro/dezembro de 1969, pp. 49-51. Ainda sobra a questão da norma geral como norma nacional, vide as considerações de GRAU, Eros Roberto, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 9-13 e de BORGES Netto, André Luiz, *Competências Legislativas dos Estados-Membros*, São Paulo, RT, 1999, pp. 136-143.

fundamental da ordem federativa. Como a Federação brasileira tem por fundamento a solidariedade, que exige a colaboração de todos os seus integrantes, existe a necessidade de uniformização de certos interesses como base dessa cooperação. Dessa maneira, toda matéria que ultrapassar o interesse particular de um ente federado porque é comum, ou seja, interessa a todos, ou envolver conceituações que, se fossem particularizadas num âmbito subnacional gerariam conflitos ou dificuldades nacionalmente, é matéria de “norma geral”⁴¹.

A Constituição, aliás, em nenhum dispositivo pede uma norma geral de direito econômico. Existem várias leis que podem ser entendidas, nos termos do artigo 24 da Constituição, como leis gerais de direito econômico, como a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei do Sistema Financeiro Nacional); o Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Minas); a Lei nº 8.71, de 17 de janeiro de 1991 (Lei de Política Agrícola); a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões); a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (Lei do Plano Real); a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade); entre várias outras.

Além disso, a Lei nº 13.874/2019 viola a Federação brasileira. A União não pode, em hipótese alguma, impor sua política aos demais entes federados, também titulares de competência concorrente para legislar sobre direito econômico (artigos 24, I e 30, II, da Constituição).

Especificamente em relação ao que a Lei nº 13.874/2019 denomina de “atos públicos de liberação da atividade econômica” (artigo 1º, § 4º), trata-se de atos geralmente editados na esfera municipal, que organizam assuntos ou estruturam a fiscalização de atividades cuja competência é municipal, por serem temas de preponderante interesse local (artigo 30, I da Constituição). Em relação às formas e limitações desses atos, a Lei nº 13.874/2019 pode instituir regras para a Administração Pública Federal, jamais para os demais entes da Federação, nem sob a falaciosa denominação de “norma geral”.

3. O Artigo 2º da Lei

“Art. 2º – São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II – a boa-fé do particular perante o poder público;

41. Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, “Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal”, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 7, 1994, pp. 18-19. Para uma crítica à doutrina publicista brasileira nesse assunto, vide KRELL, Andreas Joachim, “A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (nº 11.107/05) por Decreto Presidencial”, *Revista de Direito do Estado* nº 5, janeiro/março de 2007, pp. 353-355 e 362-367.

III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV – o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único – Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.”

Este artigo da Lei nº 13.874/2019 carece totalmente de sentido ou utilidade, nenhum dos seus dispositivos tem qualquer significado concreto.

Em relação ao artigo 2º, I, a presunção de liberdade no exercício das atividades econômicas já está garantida no artigo 170, parágrafo único, da Constituição, independentemente do que estipula qualquer lei infraconstitucional ou medida provisória.

O artigo 2º, II, também não faz qualquer sentido, haja vista o disposto no artigo 422 do Código Civil. Aliás, a boa-fé sempre é presumida. Quando se imputa à outra parte má-fé, é necessário produzir prova para o acolhimento dessa alegação.

O disposto no artigo 2º, III, da Lei nº 13.874/2019 é inconstitucional. O papel maior ou menor do Estado na esfera econômica é determinado pela Constituição, particularmente, mas não exclusivamente, pelos artigos 173 e 175. Não pode uma norma infraconstitucional, como uma simples lei ordinária, alterar ou restringir as responsabilidades e o papel constitucionalmente definidos para a atuação do Estado no domínio econômico. Trata-se, portanto, de matéria constitucional, não legal.

O chamado “princípio da subsidiariedade” tem grande convergência com as propostas liberais e neoliberais, para quem o Estado, para ser legítimo, deve ser subsidiário (*“Liberale Staatlichkeit ist daher nur legitim, soweit sie subsidiär ist”*). Essa concepção ganha força com o discurso ideológico sobre o Estado ineficiente, incapaz⁴². O “princípio da subsidiariedade” busca limitar o Estado intervencionista, defendendo um “Estado subsidiário”, regulador e fiscalizador da economia. A “subsidiariedade” ordena as competências entre Estado e sociedade. Desse modo, o Estado atua como um igual, não como um ente superior ao setor privado. O Estado deve reconhecer, portanto, a primazia da “sociedade civil” (leia-se “mercado”), com a prevalência da iniciativa privada e a necessidade da garantia da propriedade.

42. ISENSEE, Josef, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulative des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 44-47, 137-143 e 346-349 e ORTIZ, Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico cit.*, pp. 472-494.

Para certa interpretação da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia estaria limitado negativamente pela livre-iniciativa, princípio constitucional que vincularia “automaticamente” a intervenção estatal à “subsidiariedade”. O setor privado teria o principal papel na busca do desenvolvimento e da produção de riquezas. O Estado auxiliaria e supriria a iniciativa privada em suas deficiências e carências, só a substituindo excepcionalmente. A atividade econômica do Estado seria a exceção, ela não se autojustificaria, consagrando-se o “princípio da subsidiariedade”, que estaria previsto no artigo 173 da Constituição de 1988⁴³.

O texto constitucional, assim, teria reduzido as hipóteses de atuação do Estado, e as reformas da ordem econômica constitucional, a partir de 1995, teriam reforçado ainda mais o “Estado subsidiário”. A própria atividade reguladora do Estado também estaria submetida ao “princípio da subsidiariedade” que serviria de parâmetro para conferir legitimidade à regulação estatal.

Na realidade, a Constituição de 1988 não incorporou, explícita ou implicitamente, o chamado “princípio da subsidiariedade”. O texto constitucional abriga, inclusive, inúmeros princípios ideologicamente contrapostos ao credo liberal. Por mais que alguns autores desejem, a ordem econômica constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas, cooperativistas, entre outros. A ideologia e o juízo político contrários ao intervencionismo ou ao Estado não podem ser transformados em uma imposição constitucional simplesmente pela vontade de seus defensores. O Estado não só pode como deve atuar na esfera econômica e social, legitimado por toda uma série de dispositivos constitucionais. Como bem destacam Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, defender a existência e preponderância do “princípio da subsidiariedade” na Constituição de 1988 nada mais é do que uma “captura ideológica do texto”⁴⁴.

Não há na Constituição nenhum dispositivo que estabeleça que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse ou ineficiência da iniciativa privada, o chamado “princípio da subsidiariedade”. Pelo contrário, o texto constitucional deixa claro que a economia não é o terreno natural e exclusivo da iniciativa privada. O Estado também atua na economia, direcionado e limitado pelos dispositivos constitucionais. A necessidade de essa intervenção estatal ocorrer sob a justificativa da segurança nacional ou da perseguição a relevante

43. Artigo 173, *caput*: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

44. SOUZA Neto, Cláudio Pereira de & MENDONÇA, José Vicente Santos de, “Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” *cit.*, pp. 734-741.

interesse coletivo, conforme estabelece o artigo 173 da Constituição, não implica a subsidiariedade da atuação estatal. A limitação constitucional à atuação econômica do Estado não se refere à possibilidade de intervenção estatal, mas às modalidades de intervenção.

As reformas constitucionais da década de 1990 não excluíram o Estado da economia, nem poderiam. Em tese, elas permitiriam uma maior liberdade de decisão para o legislador ordinário, o que, no Brasil, consiste em uma meia verdade, pois seus defensores buscam “blindar” a mudança de política econômica inserindo seus fundamentos e, às vezes, procedimentos no texto constitucional. Não foi substituído um modelo único por outro modelo único, a constituição econômica não é unidimensional. Os mesmos que criticavam a suposta falta de liberdade de opção de política econômica do texto constitucional original são os que defendem a “única interpretação possível” da constituição econômica reformada, como se o texto houvesse instituído uma economia de mercado “pura”.

Não existe, no sistema capitalista, nenhuma incompatibilidade entre a economia de mercado e a atuação econômica estatal, pelo contrário. A iniciativa econômica pública não pode impedir a iniciativa econômica privada, nem a iniciativa econômica privada pode bloquear a iniciativa econômica pública. Essa compatibilidade entre iniciativa econômica pública e iniciativa econômica privada também não significa equilíbrio. A Constituição legitima a atuação do Estado na economia, não existindo fronteiras espaciais ou temporais para esta atuação. O tamanho, abrangência e profundidade da atuação do Estado no domínio econômico é uma decisão política, que varia de acordo com o momento histórico.

Finalmente, o disposto no artigo 2º, IV, também não faz sentido algum em um sistema constitucional como o brasileiro, que é fundado na dignidade da pessoa humana e garante os direitos fundamentais de forma tão explícita e incisiva como faz a Constituição de 1988.

4. O Artigo 3º da Lei

“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:

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 atos públicos de liberação da atividade econômica;

II – desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de combate à poluição sonora e à perturbação de sossego;

b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e

c) a legislação trabalhista;

III – definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda;

IV – receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;

V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

VI – desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

VII – (VETADO);

VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

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 na lei;

X – arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equipará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público;

XI – não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendida como aquela que:

a) (VETADO);

b) requeira medida que já era planejada para execução antes da solicitação pelo particular, sem que a atividade econômica altere a demanda para execução da referida medida;

c) utilize-se do particular para realizar execuções que compensem impactos que existiriam independentemente do empreendimento ou da atividade econômica solicitada

d) requeira a execução ou prestação de qualquer tipo para áreas ou situação além daquelas diretamente impactadas pela atividade econômica; ou

e) mostre-se sem razoabilidade ou desproporcional, inclusive como meio de coação ou intimidação; e

XII – não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei.

§ 1º – Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo:

I – ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica;

II – na hipótese de ausência de ato do Poder Executivo federal de que trata o inciso I deste parágrafo, será aplicada resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), independentemente da aderência do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim); e

III – na hipótese de existência de legislação estadual, distrital ou municipal sobre a classificação de atividades de baixo risco, o ente federativo que editar ou tiver editado norma específica, encaminhará notificação ao Ministério da Economia sobre a edição de sua norma.

§ 2º – A fiscalização do exercício do direito de que trata o inciso I do caput deste artigo será realizada posteriormente, de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente.

§ 3º – O disposto no inciso III do caput não se aplica:

I – às situações em que o preço de produtos e de serviços seja utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou de remeter lucros em forma de custos ao exterior; e

II – à legislação da defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei.

§ 4º – *Para fins do disposto no inciso VII do caput deste artigo, entende-se como restrito o grupo de integrantes não superior aos limites específicos estabelecidos para a prática da modalidade de implementação, teste ou oferta, conforme estabelecido em Portaria do Secretário Especial de Produtividade, Emprego e Competividade do Ministério da Economia.*

§ 5º – *O disposto no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista definidas no art. 3º e no art. 4º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.*

§ 6º – *O disposto no inciso IX do caput não se aplica quando:*

I – versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas;

II – a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; e

III – houver objeção expressa em tratado em vigor no País.

§ 7º – *A aprovação tácita prevista no inciso IX do caput deste artigo não se aplica quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.*

§ 8º – *O prazo a que se refere o inciso IX do caput será definido pelo órgão ou pela entidade da administração pública, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência e os limites máximos estabelecidos em regulamento.*

§ 9º – (VETADO).

§ 10 – *O disposto no inciso XI do caput deste artigo não se aplica às situações de acordo resultantes de ilicitude.*

§ 11 – *Para os fins do inciso XII do caput deste artigo, é ilegal delimitar prazo de validade de certidão emitida sobre fato imutável, inclusive sobre óbito”.*

Em que pese a má técnica legislativa e a aparente confusão do texto do artigo 3º da Lei nº 13.874/2019, pode-se perceber também várias inconsistências e problemas.

O disposto no artigo 3º, I e II, repete a liberdade de exercício de atividade econômica já assegurada formalmente no artigo 170, parágrafo único, da Constituição. O exercício da atividade econômica no Brasil é livre, dentro dos termos da lei. As restrições eventuais só podem ser instituídas pela via da lei formal. O texto da Lei nº 13.874/2019 parece a todo tempo se esquecer dessa garantia de natureza constitucional que torna desnecessária, se não inócua, a referida lei. Além disso, o artigo 3º, § 1º, ao tratar da fiscalização do exercício do direito tratado no inciso I, acaba violando a autonomia federativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A forma de fiscalização será determinada pela legislação específica

de cada ente federado. O disposto no artigo 3º, § 1º, aplica-se somente para a esfera federal.

O artigo 3º, III, parece acreditar que os preços são definidos pelo acordo das partes em uma negociação contratual. Na economia capitalista, os preços são definidos em princípio pelo mercado. De resto, nunca houve qualquer impedimento jurídico, salvo a alegação de onerosidade excessiva, para que uma parte possa cobrar a mais ou a menos que o preço de mercado por um determinado bem ou serviço. Trata-se, portanto, de dispositivo sem sentido. Não bastasse isso, sua falta de sentido é assegurada pelo disposto no artigo 3º, § 3º, em que se exclui a aplicação do disposto no artigo 3º, III, a várias situações, inclusive nas “demais disposições protegidas por lei federal” (II). Ou seja, novamente se repete sem necessidade o disposto no artigo 170, parágrafo único, da Constituição.

O disposto no artigo 3º, IV, é também desnecessário, haja vista já estar previsto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal. Em relação ao artigo 3º, V, também se trata de dispositivo inócuo. A boa-fé se presume sempre e nem todo ato no exercício de atividade econômica depende da autonomia da vontade. Como reconhece o próprio dispositivo analisado, pode depender expressamente de lei. Já o artigo 3º, VI, viola a autonomia municipal, pois a fiscalização dessas atividades é de competência municipal na maioria das vezes. A determinação do artigo 3º, VIII, não acrescenta nada que já não era garantido pelo texto constitucional, inclusive a ressalva feita às empresas estatais expressamente pelo artigo 3º, § 5º.

O artigo 3º, IX, cria uma espécie de “decorso de prazo” para a concessão dos chamados “atos públicos de liberação da atividade econômica”. Essa medida, aparentemente positiva, pode ter o efeito reverso de estimular a corrupção para que os órgãos públicos não deliberem no prazo e liberem a atividade sem qualquer eventual restrição ou modificação. O artigo 3º, § 6º, estabelece algumas exceções à prática do decurso de prazo, como as questões tributárias (I), se a decisão importar em compromisso financeiro para a Administração Pública (II), atividades de justificável risco ou objeção expressa em tratado em vigor (III). Os autores do texto se esqueceram simplesmente de incluir as exceções previstas em lei. Além disso, embora haja a ressalva do artigo 3º, § 8º, de que cada órgão ou entidade da administração vai definir os prazos, há clara violação das autonomias estadual e municipal, obrigando os Estados e Municípios a adotarem a mesma prática da União, apesar de possuírem sua esfera própria de competência.

Ainda em relação ao artigo 3º, IX, a Lei nº 13.874/2019 se revela contraditória ao deixar de lado a sua insistência na adoção do princípio da boa-fé do particular (artigo 2º, II, e artigo 3º, V) e proibir expressamente, no artigo 3º, § 7º, que agentes públicos ou cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, sejam beneficiários

da aprovação tácita por decurso de prazo quando sua solicitação for dirigida a autoridade do órgão ou entidade da Administração Pública em que desenvolva suas atividades funcionais. Ou seja, o particular sempre tem boa-fé, desde que não seja agente público ou parente de agente público que atue naquele órgão. Trata-se de uma visão distorcida e preconceituosa que é totalmente contraditória com o discurso da boa-fé privada.

De acordo com o artigo 3º, X, ao equiparar o documento microfilmado ou digitalizado ao documento físico para todos os efeitos legais, a Lei nº 13.874/2019 ameaça a preservação documental no país e, por consequência, a própria segurança jurídica. Não se pode abrir mão da segurança jurídica que um documento físico representa. A utilização de vias digitalizadas ou eletrônicas pode facilitar uma série de operações, mas não substitui o documento original. Em caso de violação ou de algum arquivo corrompido, o documento original é imprescindível para a garantia e segurança das partes envolvidas. O artigo 23, III, da Constituição, inclusive, proíbe expressamente a destruição de documentos⁴⁵, cabendo à Administração Pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e seu acesso (artigo 216, § 2º, da Constituição), o que tornaria esse dispositivo, inclusive, inconstitucional.

O artigo 3º, § 1º, I e II, viola o princípio da legalidade. As atividades chamadas de baixo risco não podem ser definidas por ato do Poder Executivo federal, nem por resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, sob o risco de elevada insegurança jurídica. Como se trata de regulação de atividade econômica, segundo o artigo 170, parágrafo único, da Constituição, deve ser realizada por lei em sentido formal. Sem a existência de balizas legais claras, há o risco de arbitrariedades por parte do poder de fiscalização.

A violação ao pacto federativo fica evidente com o disposto no artigo 3º, § 1º, III, que exige a notificação do Ministério da Fazenda em caso da existência ou da edição de norma estadual, distrital ou municipal sobre atividades de baixo risco. O Ministério da Fazenda não é superior hierárquico dos Estados, dos Distrito Federal e dos Municípios. Os entes da Federação são dotados de autonomia legislativa e regulamentar na esfera de suas competências, sendo inadmissível qualquer interferência ou controle federais. Se, eventualmente, ultrapassarem os limites de sua competência, cabe ao Poder Judiciário, caso provocado, manifestar-se e anular a violação cometida.

45. Artigo 23, *caput* e III, da Constituição de 1988: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III – *proteger os documentos*, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (grifos meus).

5. O Artigo 4º da Lei

“Art. 4º – É dever da administração pública e dos demais entes que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I – criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II – redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III – exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV – redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V – aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI – criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço, ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII – introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; e

VIII – restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX – exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei”.

O artigo 4º da Lei nº 13.874/2019 cria a figura do “abuso do poder regulatório” e configura uma série de situações nas quais poderia ocorrer um “excesso” de regulação pela via regulamentar. O próprio texto do artigo 4º demonstra sua cabal inutilidade ao determinar que não seria possível o “abuso do poder regulatório” no estrito cumprimento da previsão explícita em lei, o que nada mais é do que a repetição do artigo 84, IV, da Constituição: o Poder Executivo só pode expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Obviamente, quando o detentor do poder regulamentar cumpre sua competência constitucional de expedir decreto ou regulamento para a fiel execução da lei, não existe a possibilidade do chamado “abuso de poder regulatório”. De resto, o decreto ou regulamento que ultrapassar o âmbito ou o conteúdo da lei era e é ilegal.

Os regulamentos e atos normativos expedidos por órgãos do Poder Executivo, como decretos, resoluções, portarias, são, nesse sentido, lei em sentido material, que se distinguem da lei em sentido formal não pelo seu conteúdo ou efeito vinculativo, mas pelo órgão elaborador das normas. Como foram promulgados

por órgãos do Poder Executivo, atuam com base em uma lei em sentido formal, dependem de uma lei em sentido formal para serem válidos, vigentes e eficazes. Afinal, se o poder regulamentar não for limitado pela Constituição, alerta Forstthoff, corre-se o risco de se esvaziar o princípio da subordinação da Administração Pública à lei⁴⁶:

A adoção de uma Constituição rígida, como a brasileira, reforça o regime da legalidade, pois implica a adoção de um sistema de hierarquia das fontes jurídicas. A Constituição, como norma de hierarquia mais alta que a da lei ordinária significa que o Poder Legislativo está subordinado ao Poder Constituinte. Geralmente, a Constituição é mais genérica que a lei ordinária, que é mais genérica do que os regulamentos ou outros atos normativos de hierarquia inferior, ou seja, há uma série escalonada de atos juridicamente relevantes que parte da Constituição, passa pela lei e pelos regulamentos até chegar aos atos meramente executivos. Como destaca Adolf Merkl, a Administração Pública se encontra envolvida de tal forma nesse escalonamento de funções jurídicas que todas as ações administrativas são ações dentro dessa estrutura escalonada e hierarquicamente estruturada⁴⁷.

Otto Mayer, em seu clássico *Direito Administrativo Alemão (Deutsches Verwaltungsrecht)*, cuja primeira edição é de 1895, foi pioneiro em destacar as duas dimensões da legalidade: a supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e a reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). A primeira dimensão da legalidade, diretamente vinculada à hierarquia das fontes jurídicas, é a da primazia ou supremacia da lei. Para Otto Mayer, a supremacia da lei é um ato de vontade estatal jurídica que implica a força da lei. A primazia da lei significa que a Administração Pública é obrigada a agir de acordo com a lei, ou seja, proíbe infrações ou violações às leis existentes⁴⁸. Nas palavras de Victor Nunes Leal: “Entre o regulamento e a lei,

46. SILVA, José Afonso da, *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 33-36; FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª ed, München, C. H. Beck, 1966, vol. 1, pp. 120-124 e 129-130; ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1966, vol. 1, pp. 418-419 e MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16ª ed, München, C. H. Beck, 2006, pp. 69-71.

47. MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 219-223; LEAL, Victor Nunes, “Lei e Regulamento” in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 62-63; FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 118-120 e MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, pp. 63-67.

48. MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, reimpr. da 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, §6, nº 2, pp. 68-69; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, p. 115 e OSSENBÜHL, Fritz, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes” in ISENSEE, Josef & KIRCHHOFF, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2007, vol. 5, pp. 184-187.

como acertadamente observou Duguit, não há diferença substancial, mas formal, não há diferença de natureza, mas de grau ou hierarquia. O regulamento, exatamente como a lei, é um ato de natureza normativa; a distinção reside na subordinação do regulamento à lei. Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja⁴⁹.

Da mesma maneira que os atos normativos do Executivo, em virtude da hierarquia das fontes jurídicas e da supremacia da lei, não podem revogar ou derogar as leis ordinárias precedentes, assim como normatizar para além do que determinou a lei ordinária que os fundamenta, a matéria tratada pelos atos normativos do Executivo, como os regulamentos e similares, hierarquicamente inferiores perante à lei, também não pode ser matéria reservada à disciplina legislativa formal (reserva de lei)⁵⁰. Essa é a segunda dimensão da legalidade, a da reserva de lei⁵¹. Esse tema, o da reserva de lei, foi muito debatido na doutrina alemã pós-Segunda Guerra Mundial. As discussões sobre a reserva de lei foram travadas entre os defensores de uma reserva total legislativa, concretamente irrealista, e a corrente majoritária, adepta de uma reserva de lei parcial. O Tribunal Constitucional Federal alemão chegou, inclusive, a criar uma teoria, a chamada “Teoria da Essencialidade” (“*Wesentlichkeitstheorie*”), que entendia que todas as matérias que fossem significativas para a liberdade e a existência dos indivíduos deveriam ficar reservadas à lei em sentido formal, debatida e aprovada pelo Parlamento⁵². No nosso sistema constitucional, a reserva de lei, ou seja, o domínio exclusivo da lei ordinária, deve ser constitucionalmente definido, afinal, trata-se de quais decisões políticas do Estado vão ganhar dignidade legislativa para obterem uma especial força jurídica⁵³.

Desse modo, caso ocorra qualquer das hipóteses previstas no artigo 4º da Lei nº 13.874/2019 que não seja para a fiel execução de uma lei, o decreto ou

49. LEAL, Victor Nunes, “Delegações Legislativas” in *Problemas de Direito Público cit.*, p. 99.

50. ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo cit.*, vol. 1, p. 421.

51. MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht cit.*, §6, nº 3, pp. 69-73; VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1996, pp. 31-37 e 139-145; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, pp. 115-126 e MONCADA, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Coimbra, Coimbra Ed., 2002, pp. 83-88.

52. OSSENBÜHL, Fritz, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes” *cit.*, pp. 188-220. Para uma análise sobre o debate alemão em torno do tema da reserva de lei, vide MONCADA, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento cit.*, pp. 168-296.

53. FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 201-202 e MONCADA, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento cit.*, p. 264.

regulamento será ilegal, independentemente de o seu conteúdo abranger alguma das situações descritas ou não no referido artigo. Por exemplo, se uma lei trata da reserva de mercado de algum setor, o decreto que a regulamenta obviamente tratará desse assunto nos limites e parâmetros definidos no texto legal. Se a lei não trata da reserva de mercado e o decreto a institui, o decreto certamente é ilegal, porque ultrapassou o conteúdo da lei, inovando onde não poderia. Não há nenhuma necessidade do disposto no artigo 4º, I, utilizado aqui como exemplo. E o que foi exposto serve para absolutamente todos os incisos do artigo 4º.

Em suma, o artigo 4º da Lei nº 13.874/2019 não tem qualquer utilidade ou funcionalidade, sendo absolutamente irrelevante para o controle eventual de uma atuação do poder regulamentar.

6. O Artigo 5º da Lei

“Art. 5º – As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.”

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

O artigo 5º da Lei nº 13.874/2019 cria uma exigência de “análise de impacto regulatório” para todos os atos normativos de interesse geral editados por órgãos da Administração Pública federal. Essa exigência não possui qualquer razoabilidade. A pretensão, ao que parece, é a criação de um novo mercado para a atuação de determinados profissionais especializados, como o mercado de *compliance* no setor privado. Não há qualquer justificativa para que esse tipo de estudo seja obrigatório a todos os órgãos da Administração Pública que atuem em temas de interesse geral dos agentes econômicos ou de usuários de serviços prestados.

O mais adequado é prosseguir no modelo atual. Cada lei específica, se for do entendimento que se faz necessário naquele determinado setor de atuação do Estado, pode eventualmente exigir a realização de determinados estudos, inclusive a “análise de impacto regulatório”. Em caso contrário, em vez de diminuição de custos e prazos da burocracia, como se propõe o texto, haverá um considerável aumento de gastos e de tempo. Não obstante isso, deve ser ressaltado que basta qualquer lei prever expressamente a desnecessidade desse tipo de estudo para que ele não possa ser exigido do órgão ou entidade da Administração Pública.

7. Os Artigos 6º e 19, I, II e III, da Lei

“Art. 6º – Fica extinto o Fundo Soberano do Brasil – FSB, fundo especial de natureza contábil e financeira, vinculado ao Ministério da Economia, criado pela Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008.”

“Art. 19. Ficam revogados:

I – a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962;

II – os seguintes dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966:

a) o inciso III do caput do art. 5º; e

b) o inciso X do caput do art. 32; e

III – a Lei nº 11.887, de 2008; (...).”

Os artigos 6º e 19, III, da Lei nº 13.874/2019 extinguem o Fundo Soberano do Brasil. Trata-se de uma medida puramente ideológica, que contraria os interesses nacionais. Um fundo soberano é um instrumento financeiro utilizado, geralmente, sob três modalidades principais. Na primeira modalidade, o fundo deve investir em ativos financeiros por meio dos quais incrementalmente o capital produtivo real na forma de maquinário, construções, infraestrutura ou conhecimentos destinados para o povo. Outra modalidade são os fundos de estabilização, cujo objetivo é a estabilização das finanças públicas. A acumulação de recursos no fundo permite que se lide com a volatilidade da taxa de câmbio gerada pelo grande aporte de recursos provenientes da exploração dos recursos minerais, bem como os desequilíbrios da balança de pagamentos que podem ser, então, gerados, como a “Doença Holandesa”. Há, ainda, os fundos de reservas, destinados para a criação de um estoque de riqueza para as futuras gerações ou para obter benefícios futuros após o esgotamento dos recursos não renováveis⁵⁴.

O Governo Michel Temer já havia tentado extinguir o Fundo Soberano do Brasil, por meio da Medida Provisória nº 830, de 21 de maio de 2018, mas foi derrotado no Congresso Nacional, que a deixou expirar e a arquivou em 11 de setembro de 2018. Com a Lei nº 13.874/2019, um instrumento que tem grande utilidade na condução da política cambial e financeira do país está sendo extinto por puro preconceito ideológico.

54. DAVIS, Jeffrey; OSSOWSKI, Rolando; DANIEL, James A. & BARNETT, Steven, “Stabilization and Saving Funds for Nonrenewable Resources: Experience and Fiscal Policy Implications” in DAVIS, Jeffrey M.; OSSOWSKI, Rolando & FEDELINO, Annalisa (orgs.), *Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries*, Washington, International Monetary Fund, 2003, pp. 274-288 e 294-298 e SKANCKE, Martin, “Fiscal Policy and Petroleum Fund Management in Norway” in DAVIS, Jeffrey M.; OSSOWSKI, Rolando & FEDELINO, Annalisa (orgs.), *Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries cit.*, pp. 316-317.

Da mesma forma, apenas uma visão ideológica estreita justificaria a proposta da revogação da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962. Essa lei, elaborada no período parlamentarista, tem por objeto regular como o Governo pode atuar para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo. São medidas excepcionais para o caso de crises de abastecimento⁵⁵. Com a revogação da Lei Delegada nº 4, perdem-se os parâmetros legais para a atuação do Estado em momentos de graves crises econômicas e sociais. Ou seja, o Governo, a partir da revogação, poderá atuar da maneira que bem entender, sem qualquer limitação legal, bastando decretar a situação de emergência. Em vez de ampliar a segurança jurídica, a Lei nº 13.874/2019 está ampliando o exercício do poder sem limites e a consequente insegurança jurídica decorrente dessa situação.

A revogação dos artigos 5º, III, e 32, X, do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, também só pode ser explicada pela motivação ideológica. Ambos os dispositivos dispunham que as empresas estrangeiras de seguro deveriam ter como pressuposto para serem autorizadas a funcionar no Brasil a reciprocidade em operações de seguro e a igualdade de condições no país de origem. A eliminação do princípio da reciprocidade para o funcionamento das seguradoras estrangeiras vai tornar o país muito mais vulnerável à atuação de seguradoras que podem não ter efetivas garantias que assegurem o pagamento dos prêmios devidos, podendo, inclusive, gerar uma crise de confiança no sistema securitário.

8. Considerações Finais

A chamada “Lei da Liberdade Econômica” é um manifesto ideológico que se pretende superior à própria Constituição. Ela defende uma “única interpretação possível” da atuação econômica do Estado, como se o seu texto houvesse instituído uma economia de mercado “pura”. Há, aqui, a pretensão de tentar obrigar a adoção pelo Poder Judiciário dessa única interpretação, consistindo em uma forma de imposição de determinada visão ideológica sobre todas as demais. O Brasil, assim, oferece mais uma inovação jurídica ao mundo: a Constituição deve ser interpretada conforme determina a lei.

O arcabouço jurídico-institucional que os proponentes da Lei nº 13.874/2019 qualificam como “sufocante” e “opressor” foi o que permitiu ao Brasil ser um dos países que mais cresceram economicamente no século XX, entre 1930 e 1990.

55. Sobre os vários órgãos da Administração Pública brasileira e as medidas tomadas para a política nacional de abastecimento, vide VENÂNCIO Filho, Alberto, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 117-119, 225-239 e 364-365 e LINHARES, Maria Yedda Leite & SILVA, Francisco Carlos Teixeira da, *História Política do Abastecimento (1918-1974)*, Brasília, Binagri Edições, 1979, pp. 89-117 e 156-173.

O crescimento pífio dos chamados “voos de galinha” é obra e graça das reformas liberalizantes dos anos 1990. Não bastasse isso, todas as sociedades altamente industrializadas e líderes em inovação são sociedades de países com vasto e rígido ordenamento jurídico sobre as questões econômicas: Alemanha, Suécia, EUA, França, Japão, China etc.

A Lei nº 13.874/2019 contém inúmeros dispositivos inconstitucionais, sem relevância concreta, inócuos e com claro viés ideológico, ademais de apresentar técnica legislativa deficiente, com falta de clareza e concisão. Sua aprovação certamente trará graves consequências para o ordenamento jurídico e para a economia do país, gerando incertezas, desorganização e forte insegurança jurídica.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Limites Constitucionais à Iniciativa Econômica Privada”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia III*, 1991, pp. 411-425.
- ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, 2 vols., Milano, Giuffrè, 1966.
- ANTUNES, José Pinto, *A Produção sob o Regime de Empresa: As Razões da Iniciativa Privada, Economia e Direito*, 4ª ed, São Paulo, José Bushatsky Ed./EDUSP, 1973.
- ASENJO, Oscar de Juan, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ATALIBA, Geraldo, “Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios: Limites à Norma Geral – Código Tributário Nacional”, *Revista de Direito Público* nº 10, outubro/dezembro de 1969, pp. 45-80.
- BERCOVICI, Gilberto, “Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado” in CARDOSO Jr., José Celso (org.), *A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social*, Brasília, IPEA, 2009, vol. 1, pp. 255-291.
- BETTI, Emilio, *Interpretacion de la Ley e de los Actos Juridicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- BORGES Netto, André Luiz, *Competências Legislativas dos Estados-Membros*, São Paulo, RT, 1999.
- BUONOCORE, Vincenzo, “Iniziativa Economica Privata e Impresa” in BUONOCORE, Vincenzo (org.), *Iniziativa Economica e Impresa nella Giurisprudenza Costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2006, pp. 3-61.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, vol. I.
- COMA, Martin Bassols, *Constitución y Sistema Económico*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder, “Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Público* nº 93, janeiro/março de 1990, pp. 263-276.

- COMPARATO, Fábio Konder, “Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado”, *Revista de Direito Público* n° 97, janeiro/março de 1991, pp. 17-28.
- DAVIS, Jeffrey; OSSOWSKI, Rolando; DANIEL, James A. & BARNETT, Steven, “Stabilization and Saving Funds for Nonrenewable Resources: Experience and Fiscal Policy Implications” in DAVIS, Jeffrey M.; OSSOWSKI, Rolando & FEDELINO, Annalisa (orgs.), *Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries*, Washington, International Monetary Fund, 2003, pp. 273-315.
- DIMOULIS, Dimitri, ‘Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito’ in SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri & MINHOTO, Laurindo Dias, *Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Revan, 2006, pp. 77-152.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, “Congelamento de Preços – Tabelamentos Oficiais”, *Revista de Direito Público* n° 91, julho/setembro de 1989, pp. 76-86.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1995.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, “Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal”, *Revista Trimestral de Direito Público* n° 7, 1994, pp. 16-20.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª ed., München, C. H. Beck, 1966, vol. 1.
- GALGANO, Francesco, “La Libertà di Iniziativa Economica Privata nel Sistema delle Libertà Costituzionali” in GALGANO, Francesco (coord.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, Padova, CEDAM, 1977, vol. 1, pp. 511-530.
- GRAU, Eros Roberto, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981.
- GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995.
- HESSE, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999.
- IRTI, Natalino, *L’Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001.
- ISENSEE, Josef, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, reimpr. da 2ª ed., Wien, Verlag der Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

- KRELL, Andreas Joachim, “A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (nº 11.107/05) por Decreto Presidencial”, *Revista de Direito do Estado* nº 5, janeiro/março de 2007, pp. 341-395.
- LEAL, Victor Nunes, “Lei e Regulamento” in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 57-91.
- LEAL, Victor Nunes, “Delegações Legislativas” in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 92-108.
- LINHARES, Maria Yedda Leite & SILVA, Francisco Carlos Teixeira da, *História Política do Abastecimento (1918-1974)*, Brasília, Binagri Edições, 1979.
- MANITAKIS, Antonis, *La Liberté du Commerce et de l’Industrie en Droit Belge et en Droit Français*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16ª ed., München, C. H. Beck, 2006.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, reimpr. da 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
- MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada, Editorial Comares, 2004.
- MIRANDA, Jorge, “Iniciativa Econômica” in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Principia Editora, 2006, pp. 173-184.
- MONCADA, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Coimbra, Coimbra Ed., 2002.
- MOREIRA, Vital, “A Metamorfose da ‘Constituição Econômica’”, *Revista de Direito do Estado* nº 2, abril/junho de 2006, pp. 381-394.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- ORTIZ, Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, 3ª ed, Granada, Comares, 2004.
- OSSENBÜHL, Fritz, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes” in ISENSEE, Josef & KIRCHHOF, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed, Heidelberg, C. F Müller Verlag, 2007, vol. 5, pp. 183-221.
- RAMOS, Vasco Moura, “O Direito Fundamental à Iniciativa Econômica Privada (Art. 61º, nº 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, 2001, pp. 833-871.
- REYES, Manuel Aragón, *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- SILVA, José Afonso da, *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006.
- SKANCKE, Martin, “Fiscal Policy and Petroleum Fund Management in Norway” in DAVIS, Jeffrey M.; OSSOWSKI, Rolando & FEDELINO, Annalisa (orgs.), *Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries*, Washington, International Monetary Fund, 2003, pp. 316-338.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

- SOUZA Neto; Cláudio Pereira de & MENDONÇA, José Vicente Santos de, “Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” in SOUZA Neto, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 709-741.
- STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*, 2ª ed, São Paulo, Método, 2006.
- VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1996.
- VENÂNCIO Filho, Alberto, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968.
- VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo, *L’iniziativa Economica Privata nel Diritto Pubblico in Opere Giuridiche 1954-1994*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, vol. I, pp. 1-337.