

OS ATOS DE LIBERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E A ADVOCACIA PÚBLICA

ACTS OF RELEASE OF ECONOMIC ACTIVITY AND THE PUBLIC ADVOCACY

Delcy Alex Linhares¹

RESUMO: O presente artigo tem o intuito de analisar a Lei federal nº 13.874/19, no que diz respeito aos atos de liberação da atividade econômica, e as alterações promovidas no âmbito da advocacia pública da União. Defenderemos a tese de que os Estados e o Distrito Federal, diante das normas gerais introduzidas pela “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, devem adaptar suas legislações para conferir prerrogativas, às respectivas Procuradorias, para a prática de atos de liberação da atividade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Economia. Advocacia Pública. Prerrogativas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the Federal Law nº 13.874 / 19, regarding the acts of release of economic activity, and the changes in the scope of the public advocacy of the Federal Union. We will defend the thesis that the States and the Federal District Government, given the general rules introduced by the “Declaration of the Rights of Economic Freedom”, must adapt their legislation to confer prerogatives, to the respective Attorney's Offices, to perform acts of release of economic activity.

KEYWORDS: Law. Economy. Public Advocacy. Prerogatives.

SUMÁRIO: 1. O interesse público e a autonomia privada. 2. A dicotomia do Direito. 3. Novos Direitos entre o público e o privado. 4. O Direito Econômico. 5. Os atos de liberação da atividade econômica e a Advocacia Pública. 6. Os atos de liberação da atividade econômica e a tecnologia. 7. Conclusão. Referências

SUMMARY: 1. The Public Interest and Private Autonomy. 2. The Dichotomy of Law. 3. New rights between the public and the private. 4. Economic Law. 5. The acts of release of economic activity and the Public Advocacy. 6. Acts of release of economic activity and technology. 7. Conclusion. References

1. O interesse público e a autonomia privada

O Estado, ao instituir o ordenamento jurídico, prescreve direitos através de princípios e regras para que a vida em sociedade se desenvolva em respeito a um núcleo fundamental e assim seja possível a convivência pacífica dos indivíduos. Durante muito tempo

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público e doutorando da Universidade Estácio de Sá - UNESA; e, professor da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE-RJ - ESAP. E-mail: alexlinhares@terra.com.br, Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5579733201040475>.

os direitos foram classificados, de acordo com os interesses que enunciam, pelo critério de relevância perante o Estado.

O interesse público coincide com os anseios gerais da sociedade e deve inspirar a ação política, posto que sua preservação é de responsabilidade do Estado que o tem como finalidade de suas ações. Assim, a doutrina² o distingue em interesse público primário – aquele que diz respeito à sociedade; e, interesse público secundário – que se refere ao próprio Estado, enquanto pessoa moral a quem se imputa direitos e deveres. O interesse público secundário só se considera legítimo quando serve de instrumento para atingir os anseios da sociedade, ou seja, o interesse público primário. Nesta esteira, Renato Alessi ensina que “estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao revés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário”³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que “antes da democracia representativa e, agora, da agregada modalidade participativa se difundirem como regime político dos povos civilizados, frequentemente ocorria que os interesses definidos pelo Estado não coincidissem com os interesses da sociedade. O paulatino aprimoramento do regime democrático e de seus institutos juspolíticos de canalização dos interesses da sociedade tende a reduzir esse risco, tornando cada vez mais satisfatória a convergência entre o interesse público positivado e o conceito ético-político do interesse geral”⁴.

Atualmente, temos o interesse público imediato, aquele voltado a atender as necessidades sociais relacionadas com a saúde, educação e segurança e o interesse público mediato, voltado ao aparelho estatal, que tem por objetivo a atividade fiscal e administrativa, porque o Estado precisa arrecadar tributos para prover os serviços públicos, que necessitam ser custeados para serem prestados à sociedade.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 9.

³ ALESSI, Renato. *Sistema del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano : Dott. Antônio Giufré Editore. 1953, p. 151/152

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 13.

O interesse privado sempre esteve ligado aos direitos fundamentais, tem como princípios a autonomia da vontade⁵, a propriedade privada⁶ e a liberdade de iniciativa econômica⁷. Estes princípios são limites ao poder do Estado na medida em que os “direitos fundamentais ou direitos das pessoas perante o Estado e assentes na Constituição ou na Lei Fundamental – direitos fundamentais, por traduzirem essa relação fundamental e por beneficiarem das garantias inerentes à força específica de suas normas”⁸, impedem a expansão do Estado e, portanto, do interesse público, sobre o interesse das pessoas ou dos grupos.

Na visão de Ana Prata, “a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois, no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juricidizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”⁹.

O conceito de autonomia privada ressalta o negócio jurídico como manifestação da vontade, ou seja, afirma a ideia de liberdade como meio adequado para garantir o funcionamento da vida econômica e social. Com isso, a autonomia privada é capaz de se manifestar em atividade heterogêneas, algumas vezes não relacionadas diretamente com as tradicionais formas de negócio jurídico.

Durante muito tempo, a autonomia privada foi entendida como uma qualidade da atividade jurídica privada, em contraposição às atividades estatais, onde o Estado, através do interesse público, se mostra presente. “Essa distribuição opera-se atribuindo aos sujeitos privados a propriedade e ao Estado o poder político”¹⁰. Contudo tal distinção não se mostra adequada, na medida em que “ a delimitação de fronteiras Estado/sociedade ou, se quiser, interesse público/interesse privado, e de todas as que lhe surgem como consequência, não exclui, porém, que o conceito de direito subjetivo, como o de autonomia negocial, surja no direito moderno como não completamente desvinculado da noção de interesse público”¹¹.

A sociedade, ao afirmar a liberdade como princípio, estabelece que o Estado deve assegurar-la através do Direito. Assim, insere-se a autonomia privada no conteúdo do interesse público, porque a lei, expressão do direito e manifestação do Estado, deve resguarda-la em

⁵ Conceitos como autonomia da vontade, liberdade de escolha, liberalismo econômico possuem distinção entre si.

⁶ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra. Almedina. 2017. P. 9

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725

⁸ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – 2ª ed. Coimbra : Ed. Almedina. 2018. P. 11.

⁹ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra. Almedina. 2017. P.13

¹⁰ PRATA, Ana. Op. Cit. P.16

¹¹ PRATA, Ana. Op. Cit. P. 19

benefício da sociedade. Nota-se, portanto, a aproximação do interesse público com o interesse particular, na medida em que aquele traduz o somatório dos interesses particulares da sociedade.

Percebe-se então, que não se pode dissociar o interesse público da autonomia privada. Na verdade, é preciso reconhecer que é de interesse público a existência da autonomia privada, porque através dos negócios privados serão auferidos os tributos necessários para custear os serviços públicos, *latu sensu*, que são prestados à sociedade.

Por outro lado, também é vantajoso para a iniciativa privada o interesse público que a resguarda, porque a segurança jurídica advinda da atuação estatal garante estabilidade às relações negociais e diminui o risco dos agentes econômicos que atuam sob a égide do ordenamento jurídico. Assim, a tutela estatal da autonomia privada assegura a liberdade, limita a autonomia negocial e garante o “bem comum”.

Resta claro, portanto, o interesse público convive harmonicamente com a autonomia privada, porque é na conjugação de esforços e na conformação de interesses que se alcança o ambiente ideal para se obter o desenvolvimento social e econômico, que são as finalidades últimas de um e de outro interesse.

2. A dicotomia do Direito

A ciência, para melhor estudar e compreender o Direito, construiu os chamados “ramos do direito” a partir da distinção entre matérias de interesse público e de interesse privado. Daí vem a dicotomia entre direito público e privado que deu origem ao Direito penal e ao Direito Civil, que, respectivamente, se situam em cada um destes ramos.

Hermes Lima aponta que, na doutrina, a distinção entre Direito Público e Direito Privado é alvo de debates e que “há nomeadamente três correntes principais: a dos que fixam a distinção no fim a que a norma se dirige; aqueles que a divisam nos sujeitos que a norma se referem; e a dos que baseiam a diferença no interesse ou utilidade da norma¹²”

Kelsen, registra que “a teoria tradicional designa como “Direito Privado” as normas que estipulam deveres e direitos entre pessoas privadas, e como “Direito Público” as normas que estipulam deveres e direitos entre o Estado, por um lado, e pessoas privadas, pelo outro¹³”. Nota-se aqui a divisão em virtude dos sujeitos das relações jurídicas. Porém o próprio Kelsen

¹² LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito – 29ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos. 1989. P. 100

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luiz Carlos Borges – 3ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1988. p. 290.

reconhece que “o fato de uma relação jurídica ter o Estado como uma de suas partes não a retira necessariamente do domínio do Direito Privado”¹⁴. Kelsen também descreve que “pensou-se muitas vezes ser possível definir as normas de Direito Privado como sendo as que protegem interesses privados, e as normas de direito público como sendo as que salvagam os interesses do Estado”. Porém o próprio autor ressalta que “tal definição, contudo, é invalidada pelo fato de que o Estado pode ser uma parte em uma relação jurídica dentro do domínio do Direito Privado. Nesse caso, as normas do Direito privado indubitavelmente desempenham a função de proteger os interesses do Estado, o chamado “interesse público”.¹⁵ Para o referido autor, é o princípio da autonomia presente nos contratos, onde ambas as partes participam da criação das obrigações e o princípio da heteronomia, em que a obrigação é assumida pelo indivíduo sem a sua vontade ou até mesmo contra ela, o critério que deve ser utilizado para distinguir o Direito entre público e privado, porque “é este antagonismo entre autonomia e heteronomia que constitui o fundamento para a distinção entre Direito privado e público, na medida em que essa oposição seja interpretada de modo a significar que o Direito privado regulamenta as relações entre sujeitos em nível de igualdade, enquanto que o Direito público regulamenta aquelas entre um sujeito inferior e um superior.”¹⁶

Atualmente, não se pode fazer uma rígida diferenciação entre os ramos do direito como anteriormente se fazia, porque todos os ramos do direito derivam de uma mesma norma fundamental, qual seja a Constituição, e estão fundamentados nos mesmos princípios de índole constitucional. Desta forma, os “novos direitos” não estão mais atrelados a clássica distinção entre direito público e privado.

3. Novos Direitos entre o público e o privado

A evolução das relações sociais, principalmente aquelas que resultam da atuação direta do Estado, dá ensejo a situações que antes não eram disciplinadas pelo Direito. Neste contexto, a conjugação do interesse público com a autonomia privada permite a formação de novos direitos que, em virtude do reconhecimento de sua relevância social, passam a ser objeto da legislação.

¹⁴ KELSEN, Hans. Op. Cit. P. 291

¹⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit. P. 297

¹⁶ KELSEN, Hans. Op. Cit. P. 294

É o que ocorre com o “Direito administrativo societário” identificado por Alexandre Santos Aragão que, em recente publicação, registrou: “ o objeto deste artigo é demonstrar a existência de um sub-ramo do Direito, comum tanto ao Direito Administrativo, como ao Direito Societário – o Direito Administrativo Societário, dando alguns exemplos de sua atípica aplicação. Ele seria um híbrido presente sempre que o Estado atuasse na economia através de pessoas jurídicas empresariais”.¹⁷

O fundamento para o aparecimento de novos direitos relacionados com o Estado e as atividades econômicas é a própria liberdade, porque há direitos das pessoas situadas na sociedade civil, que não devem ser vistos como se estivessem em contraste com o Estado, mas sim como uma correlação ou conjugação de ideias direcionadas a um fim comum, qual seja o de permitir que o Estado, através da atividade econômica, assegure o acesso a bens sociais e a garantias legais.

Jorge Miranda reconhece a presença desta categoria de direitos, quando ensina que “há direitos da pessoa situada na sociedade, na sociedade civil (chamada assim em contraste com o Estado ou com o Estado-poder, não porque a sociedade civil não seja politicamente relevante – o que seria absurdo). São os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advientes da inserção nas múltiplas sociedades sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais *stricto sensu* de que necessita. E daí que se subdividam em direitos econômicos, como a liberdade de profissão ou direito de propriedade; direitos culturais como a liberdade de imprensa ou o direito à educação e cultura; e, direitos sociais *stricto sensu* como o direito de constituir família ou o direito a segurança social”¹⁸.

Nota-se, portanto, que o surgimento, no ordenamento jurídico, de novos direitos de matriz econômica, que aparecem da interseção do Direito público com o Direito privado e alinham a doutrina dos direitos fundamentais com as relações de natureza patrimonial, não é incomum. Na verdade, é um reflexo da evolução social, que deve ser entendido e absorvido como algo natural no Estado democrático de direito.

Sendo assim, as mudanças manejadas pelos “novos direitos” devem ser absorvidas por toda a legislação que com estes direitos seja correlata, para que seja preservada a unidade, a coerência e a completitude do ordenamento jurídico.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito Administrativo Societário – uma introdução. *In* Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2017. Nº 71. P. 509.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – 2ª ed. Coimbra : Ed. Almedina. 2018. P.

4. O Direito Econômico

O Direito econômico trata das relações que se desenvolvem entre o capital, a tecnologia, o trabalho, o Estado e os agentes que desenvolvem atividades voltadas para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com o intuito de lucro.

É o ramo do direito que trata da ordem econômica, cuja principal característica é a harmonização da iniciativa privada com a atuação estatal. Por isso, disciplina tanto o interesse privado como o interesse público, fazendo com que a hibridez de suas normas seja sua maior característica.

Situa-se num *campus* comum¹⁹ onde “a distinção rígida entre direito privado e direito público não tem mais, hoje, a relevância que existia no passado, e o direito econômico, por exemplo, se coloca entre ambos, ocupando o seu lugar nas áreas das duas ordens jurídicas ou dos dois sistemas”²⁰.

Nesta linha, surgiu a Lei 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu garantias para o livre mercado e trouxe a análise de impacto regulatório, dentre outras providências, para o ordenamento jurídico.

A norma adota como “princípios” (i) a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; (ii) a presunção de boa-fé do particular; (iii) a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e, (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado²¹.

A “presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas” como “princípio” que norteia o aludido Direito econômico, não parece ser relevante porque a “liberdade de iniciativa econômica”, que envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e as liberdades de contrato, já consta do art. 170 da Constituição Brasileira como um dos esteios da ordem econômica, e o seu parágrafo único, “*assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei*”²².

¹⁹ CRETILLA Júnior, José in <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66520/69130>, acesso em 04/04/2018

²⁰ WALD. Arnold. A Arbitragem e o CPC. Inaplicabilidade das restrições do art. 25 do CPC À arbitragem, in MAZIERO. Franco (org). O Direito Empresarial sob o enfoque do Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016. P. 59

²¹ BRASIL. Lei 13.874/19. Art. 2º

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo 13. ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725

O aludido “princípio” da “presunção de boa-fé do particular” sequer precisaria estar declinado no texto normativo, porque a autonomia privada reclama a atuação do particular em conformidade a lei, de sorte que a boa-fé se traduz, no estado democrático de direito, na observância da legislação. Assim, uma vez observados os preceitos legais, a presunção de boa-fé só pode ser descortinada se evidenciado o intuito de utilizar a lei para obter fim diverso daquele contido no preceito legal, de modo que a explicitação desta “presunção de boa-fé do particular” em nada altera o ordenamento jurídico vigente, nem é capaz de impor limites à atuação do Estado na defesa da legalidade.

A autonomia privada, como já dito, designa a liberdade negocial, está relacionada com a função social e econômica dos contratos e exprime um conteúdo patrimonial. “Constitui, pois, um mero instrumento jurídico de atuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados”²³, está intimamente relacionada com o direito de propriedade, previsto no art. 5º da Constituição brasileira, e se materializa nas normas que reclamam a observância da boa-fé do particular e a intervenção subsidiária do Estado nos negócios dos particulares.

Por isso, o “ princípio da intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, também não precisaria vir expresso no texto da referida medida provisória, porque seu conteúdo já está explicitado nos incisos do art. 170 da Constituição Brasileira, que permite a atuação estatal sobre a ordem econômica apenas para resguardar (i) a soberania nacional; (ii) a propriedade privada; (iii) a função social da propriedade; (iv) a livre concorrência; (v) a defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (vii) a redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) a busca do pleno emprego; e (ix) o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Note-se, que os princípios que regem a ordem econômica são, na verdade, limites para a atuação estatal nesta seara, de sorte que a “intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”²⁴ é decorrência lógica da aplicação dos referidos princípios de sorte que a enunciação contida na “Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica” não passa de mera retórica.

²³ PRATA. Ana. Op. Cit. P. 16

²⁴ A premissa que o Estado deve atuar subsidiariamente é defendida por uma corrente doutrinária mínima no Brasil, existindo inúmeros outros autores que contrapõem esta opinião.

Por fim o “princípio” da vulnerabilidade presumida do particular frente à administração não se sustenta como tal porque a própria lei remete a regulamento a definição dos critérios de má-fé, hipersuficiência ou reincidência para afastamento da presunção, limitados a questões, o que demonstra a falta de porosidade capaz de recomendar que se trata de um princípio.

Na verdade, os “princípios” declinados na “Declaração de Direitos de Liberdade econômica” são apenas pautas de orientação pelas quais o Estado, através da legislação, pretende gerir e controlar a atuação da Administração Pública sobre os agentes econômicos; não passam de meros argumentos retóricos, porque os verdadeiros princípios que regem a ordem econômica são aqueles que estão explicitados no art. 170 da Constituição Brasileira: (i) a valorização do trabalho humano; e, (ii) a livre iniciativa, que são direitos de primeira geração, eleitos como fundamento da república (Art. 1º, IV da CF/88) e da ordem econômica (Art.170 da CF/88). Estes sim, são verdadeiros direitos fundamentais que representam limites tanto para a atuação estatal como para iniciativa privada.

5. Os atos de liberação da atividade econômica e a Advocacia Pública

As disposições preliminares, a declaração de direitos de liberdade econômica e as garantias da livre iniciativa, trazidas nos artigos 1º ao 4º, da Lei 13.874/19, constituem normas gerais de direito econômico, que deverão ser observadas em todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, excluindo-se apenas as regras de direito tributário e de direito financeiro que permanecem autônomas em relação a tais normas.²⁵

Seguindo a linha da conjugação do interesse público com o interesse privado, a lei exemplificou os atos públicos de liberação da atividade econômica²⁶. O rol apresentado prevê expressamente a existência de “outros” atos além daqueles indicados no texto normativo.

²⁵ BRASIL Lei 13.874/19. Art. 1º, § 4º

²⁶ BRASIL. Lei 13.874/19, art. 1º, § 6º “Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação **e outros.**” (grifo nosso).

Em nosso ordenamento jurídico, o art. 195 da lei 6.404/76 exige reserva para contingências nos balanços patrimoniais das sociedades anônimas. Por esta razão, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, por intermédio da Deliberação CVM nº 489, de 03 de outubro de 2005, aprovou o Pronunciamento do IBRACON NPC Nº 22 sobre Provisões, Passivos, Contingências Passivas e Contingências Ativas e instituiu a obrigatoriedade de as companhias abertas efetuarem o planejamento de riscos futuros, através da constituição de reservas financeiras para compor eventuais perdas vindouras. As reservas constituem-se na quantia separada do lucro líquido, que, não distribuído, servirá de garantia e reforço do capital social para aos credores. Em se tratando de processos judiciais o contingenciamento só pode ser liberado após o julgamento definitivo da demanda para o qual o valor foi provisionado. Em caso de sucesso, a reserva da empresa será liberada, se a companhia restar vencida, o valor contingenciado se transformará em perda quando da liquidação da obrigação com o pagamento do evento²⁷.

A alteração da Lei nº 10.522/2002, pela referida medida provisória, se traduz em ato de liberação da atividade econômica no âmbito da atuação judicial e administrativa da advocacia pública da União porque ao dispensar os órgãos de atuação de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e também de desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, a lei tem a intenção de liberar os valores provisionados nos balanços patrimoniais das companhias abertas, através do encerramento de processos judiciais os quais a probabilidade de sucesso para a União é bastante reduzida.

Para a prática destes atos de liberação da atividade econômica é preciso que se materialize nos processos judiciais situações que induzem a desnecessidade de levar um processo judicial adiante. Assim, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: (i) temas que sejam objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (ii) temas sobre os quais exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (iii) temas fundados em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de

²⁷ VIDIGAL. Henrique Martins. Regras sobre contingenciamento e seu impacto nas atividades empresárias. disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87327,71043-Regras+sobre+contingenciamento+e+seu+impacto+nas+atividades>> acesso em 24.10.19

constitucionalidade; (iv) temas decididos pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e (v) temas que sejam objeto de súmula da administração tributária federal²⁸, a advocacia pública federal estará autorizada a permitir o trânsito em julgado do processo pelo não oferecimento de contestação, contrarrazões, recursos ou até mesmo pela desistência de recursos já interpostos, no intuito de acelerar o descontingenciamento das quantias provisionadas nos balanços patrimoniais das companhias abertas.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional também foi autorizada a dispensar a prática de atos processuais, inclusive a desistência de recursos interpostos, quando o benefício patrimonial almejado com o ato não atender aos critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência, inclusive no âmbito do contencioso administrativo fiscal.²⁹ Todas estas prerrogativas foram estendidas à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral Federal e às autarquias e fundações públicas, representadas pela Procuradoria-Geral Federal.³⁰

Estas prerrogativas reafirmam a independência funcional e a autonomia de impulso dos órgãos de atuação judicial na esfera federal. O legislador reconheceu a existência de entraves às atividades econômicas advindos da litigiosidade excessiva atualmente existente, de sorte que os atos previstos na referida alteração legislativa constituem de fato e de direito, “atos de liberação da atividade econômica” nos exatos termos da parte final do § 6º do art. 1º da Lei nº 13.874/19.

A advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos e administrativos, tem como princípios constitucionais informativos das respectivas carreiras jurídicas: (i) a essencialidade, (ii) a institucionalidade, (iii) a igualdade, (iv) a unidade, (v) a organicidade, (vi) a unipessoalidade, (vii) a independência funcional, (viii) a inviolabilidade, (ix) a autonomia administrativa; e, (x) a autonomia de impulso³¹. Por tais razões, “o Advogado de Estado é agente público *sui generis*, de natureza política e status constitucional, pois exerce

²⁸ BRASIL. Lei 10.522/2002. Art. 19 com a redação da Medida Provisória nº 881/19

²⁹ BRASIL. Lei 10.522/2002. Art. 19-C e seu §3º com a redação da Lei nº 13.874/19

³⁰ BRASIL. Lei 10.522/2002. Art. 19-D com a redação da Lei nº 13.874/19

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Notas sobre a configuração constitucional pós-moderna das funções essenciais à justiça. *In* Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado nº 68. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2014. P. 76/77.

unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida para o seu ministério – de impulso, de defesa e de dicção do direito inconfundível com um agente administrativo que pratica atos de gestão sob ordens hierárquicas”.³²

A capacidade da advocacia pública de entrar ou não entrar com um processo judicial e/ou administrativo, ou mesmo “confessar” em um processo que seja réu, é medida de racionalidade jurídica. Por certo, a atribuição de prerrogativas à advocacia pública da União, por meio da Lei nº 13.874/19, pretende reduzir a litigiosidade, pela atuação coerente e eficiente nos processos judiciais e administrativos, não só em respeito a celeridade e economia processual mas também aos investidores das companhias abertas que tem interesse em resolver os litígios para liberar valores que estão contingenciados no patrimônio das empresas, o que se traduz em atos de liberação da atividade econômica no âmbito da atuação das carreiras jurídicas de Estado.

É evidente, portanto, que os atos previstos na alteração promovida na Lei 10.522/2002, são normas gerais de Direito econômico, nos termos do §6º do art. 1º da Lei 13.874/19. Conforme o disposto no inciso I do *caput* e nos §§ 1º e 4º do art. 24 da Constituição Brasileira, a União federal exerce competência concorrente limitada para legislar sobre direito econômico. Isto significa que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a competência suplementar para legislar sobre a matéria. Na ausência de normas gerais, os Estados e o DF exercem competência legislativa plena, podendo estabelecer tanto normas gerais como especiais. No entanto, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, exigindo-se do ente federado a adaptação de sua legislação para que seja preservada a coerência no ordenamento jurídico.

Assim, por força da Lei 13.874/19, os Estados e o Distrito Federal, através das respectivas casas legislativas, deverão rever suas legislações para compatibilizar as normas estaduais e distritais às normas gerais introduzidas no âmbito federal, para assegurar a integridade do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico surge da necessidade de se dar unidade a um conjunto de normas jurídicas esparsas e fragmentárias. Por isso, é baseado em três caracteres fundamentais: a *unidade*, a *coerência* e a *completitude*³³. A *unidade* vem dar ao direito o atributo de ser um sistema unitário de normas que derivam da norma fundamental. A *coerência*, por sua vez, afasta a possibilidade de haver *antinomias* no ordenamento jurídico através dos mecanismos de

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *ib idem*, p. 110

³³ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, sociedade; por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro : Paz na Terra, 1987. p. 198.

solução de incompatibilidades entre as normas (hierárquico, cronológico e a especialidade). Por fim, a *completitude* nega a existência de lacunas na lei, seja pela presença de um *espaço jurídico vazio* (o fato não regulado pela lei é irrelevante), seja pela existência de uma *norma geral exclusiva* que considera “permitido tudo aquilo que não é proibido nem comandado”.

O aparecimento de normas que afirmam prerrogativas funcionais da advocacia pública da União acarreta a necessidade de se estender tais prerrogativas às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, para que haja simetria entre a legislação federal, estadual e distrital. O ordenamento jurídico brasileiro reclama unidade, coerência e integridade entre as legislações dos diversos entes federativos, por isso, nada mais justo que conferir às Procuradorias dos Estados e do DF as mesmas prerrogativas que foram outorgadas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral da União, e à Procuradoria-Geral Federal.

Tal como já dito, a inserção de normas gerais de direito econômico em nosso ordenamento jurídico suspende a eficácia de normas estaduais que com elas conflitem, o que demanda a manifestação do Poder Legislativo estadual e distrital, para revisão e adequação das respectivas legislações. Portanto, devem ser inseridas normas simétricas àquelas que afirmaram prerrogativas funcionais à advocacia pública da União, nas legislações estaduais e distrital, porque tais prerrogativas são, na verdade, atos de liberação da atividade econômica que devem ser assegurados todas as carreiras jurídicas de Estado.

Cabe ainda dizer que o propósito da Lei nº 13.874/19 ao assegurar as referidas prerrogativas funcionais à advocacia pública da União foi “destravar” a economia, conferindo meios de liberação da atividade econômica no âmbito do contencioso judicial e administrativo. Notadamente esta iniciativa visa a harmonização da iniciativa privada com a atuação estatal, de sorte que a extensão de tais prerrogativas às procuradorias dos estados e do DF, é necessária porque também persegue o mesmo objetivo, qual seja o de permitir uma atuação funcional que atenda melhor aos critérios de racionalidade, economicidade e eficiência.

6. Os atos de liberação da atividade econômica e a tecnologia

A Lei nº 13.874/19 também previu, a necessidade de digitalização no âmbito da administração pública, no intuito de melhorar os padrões de eficiência. Notadamente, a prática de atos de liberação da atividade econômica, nos dias atuais, terá que comportar a virtualização,

de sorte que o Poder Público terá que promover as adaptações necessárias em suas atividades para se adequar aos preceitos da referida norma geral.

Assim, reconhecido que a Advocacia de Estado tem a prerrogativa de praticar atos de liberação das atividades econômicas no âmbito da sua atuação judicial e administrativa, também deve ser reconhecido que as diversas carreiras jurídicas de Estado devem ser dotadas de meios tecnológicos que comportem a realização de tais atos em meio digital.

O movimento crescente da virtualização dos processos judiciais que reclama a práticas dos atos processuais por meio digital, exige a realização de investimentos em ferramentas, como a inteligência virtual e a internet das coisas, que são capazes de melhorar a atuação da advocacia pública, em benefício do administrado. Não há sentido na atuação repetitiva das procuradorias, fato este que é uma questão geral, não só dos processos envolvendo o Estado. A quase totalidade dos processos envolvem assuntos em que não há controvérsia jurídica, deve haver no Brasil mais de 30 teses em discussão nos tribunais superiores, em todas as áreas do Direito, que tratam de assuntos em que se discute a mera verificação da adequação do fato à norma, estas causas podem ser agilizadas com medidas de gestão judiciária ou com o uso da Inteligência artificial.

Portanto, compete à administração superior das instituições da advocacia pública dotar os serviços administrativos dos instrumentos necessários para o exercício das prerrogativas funcionais dos advogados públicos em ambiente virtual e/ou digital, como meio de liberar as atividades desenvolvidas por estas entidades dos entraves normais que ocorrem por conta da utilização de meios físicos na realização de suas atividades.

7. Conclusão

A “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” objeto da Lei nº 13.874/19, é um novo direito, que atua numa zona híbrida de interesse do Direito público e do Direito privado; e, reclama intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, afirmando, para isso, que os entes públicos devem promover atos de liberação da atividade econômica.

O texto normativo trouxe normas gerais de direito econômico, tais como as que foram inseridas na Lei 10.522/17, que definiu atos de liberação da atividade econômica no âmbito da atuação judicial e administrativa da advocacia pública da União, conferindo

prerrogativas que reafirmam a independência funcional e a autonomia de impulso para as respectivas carreiras jurídicas de Estado.

A inserção de normas gerais de direito econômico em nosso ordenamento jurídico, demanda a manifestação do Poder Legislativo estadual e distrital para revisão e eventual adequação das respectivas legislações para que se compatibilizem com aquelas normas gerais.

Deve haver simetria entre a legislação federal, a dos estados membros e do Distrito Federal, no que diz respeito às prerrogativas funcionais para a prática de atos de liberação da atividade econômica pela advocacia de Estado, para que haja unidade, coerência e completude no ordenamento jurídico.

Por ostentar a qualidade de “norma geral de Direito econômico”, os atos de liberação previstos no art. 13 da Lei nº 13.874/19 que se traduzem em prerrogativas conferidas à advocacia pública da União devem ser estendidos às Procuradorias dos estados membros e do Distrito Federal, porque a advocacia das entidades públicas tem funções simétricas que se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários, que devem ser conferidas aos diversos entes estatais, políticos e administrativos, indistintamente.

A extensão das prerrogativas funcionais aqui defendida é perfeitamente cabível porque é absolutamente necessário que os procuradores dos estados e do Distrito Federal tenham independência funcional e autonomia no impulso dos processos judiciais e administrativos, porque somente assim será possível promover atos de liberação da atividade econômica no exercício das elevadas funções a que são cometidos, de maneira apartidária, proativa e reativa aos legítimos interesses existentes em nossa sociedade.

A dispensa de contestar, de oferecer contrarrazões, de interpor recursos, e também de desistir de recursos já interpostos, quando inexistir fundamento relevante ou quando o benefício patrimonial almejado com o ato não atender aos critérios de racionalidade, economicidade e eficiência, é medida de racionalidade do sistema judicial, adequada e coerente com as elevadas funções que a Advocacia de Estado deve desenvolver. Por isso, é legítimo que, no intuito de se promover atos de “liberação das atividades econômicas”, tais prerrogativas também sejam conferidas às procuradorias dos estados e do Distrito Federal.

As carreiras jurídicas de Estado devem ser dotadas de meios tecnológicos que comportem a realização dos atos de liberação da atividade econômica em meio digital. Portanto, compete à administração superior das respectivas instituições dotar os serviços administrativos dos instrumentos necessários para o exercício de tais prerrogativas funcionais em ambiente virtual e/ou digital.

Afirma-se, em homenagem à memória de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que “o Advogado de Estado é agente público *sui generis*, de natureza política e status constitucional, pois exerce unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida para o seu ministério – de impulso, de defesa e de dicção do direito inconfundível com um agente administrativo que pratica atos de gestão sob ordens hierárquicas”.³⁴

Concluindo, propõe-se a tese que os Estados e o Distrito Federal, diante da necessidade de introduzir as normas gerais de Direito econômico trazidas pela “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, adaptem suas legislações para que as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal tenham as mesmas prerrogativas que foram dadas à Advocacia Pública da União, e assim seja possível a prática, por estas entidades, de atos de liberação da atividade econômica no âmbito de suas atribuições.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antônio Giufré Editore. 1953.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1987.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luiz Carlos Borges – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito* – 29ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos. 1989

MAZIERO, Franco (org). *O Direito Empresarial sob o enfoque do Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* – 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. Cit. 2014. p. 110

_____. *Notas sobre a configuração constitucional pós-moderna das funções essenciais à justiça*. In Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado nº 68. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 2017.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

TORRES, Ricardo Lobo. *A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

Recebido em: 24.10.2019

1º Parecer em: 25.11.2019

2º Parecer em: 07.12.2019