



## Vitor Soliano: A MP 881 e os atos públicos de liberação

Em 30 de abril, o presidente da República editou a Medida Provisória 881. Um de seus destaques é o regramento estabelecido para os “atos públicos de liberação”. Este texto apresenta algumas reflexões sobre tal regramento, na tentativa de contribuir para sua compreensão e sistematização.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo 5º da MP 881, são considerados atos públicos de liberação qualquer tipo de ato da administração pública exigido como condição prévia para o exercício de atividade econômica. São exemplos típicos dos atos públicos de liberação a licença, a autorização, a inscrição, o registro e o alvará.

Apesar de o dispositivo estabelecer conceito bastante amplo, além de deixar abertura para que outros institutos típicos do Direito Administrativo ordenador sejam considerados atos públicos de liberação, certo é que, seja pela natureza dos institutos, seja pelos regramentos que a própria MP estabelece para os atos de liberação, só estão incluídos neste conceito os atos destinados a liberar atividades econômicas no interesse do particular.

Neste sentido, os regramentos gerais que a MP cria não incidem sobre, por exemplo, as permissões e concessões. Como se sabe, ambos os institutos se destinam a atribuir ao agente privado o direito de explorar uma atividade ou se utilizar de um bem público no interesse da coletividade.

Isto não significa, contudo, que outras normas criadas pela MP não se aplicam aos permissionários e concessionários. Ao contrário, a não ser que o regime jurídico da permissão ou concessão estabeleça norma em sentido diverso<sup>[1]</sup>, as demais garantias e direitos previstos na MP também protegem a atividade empresarial desenvolvida por esses agentes.

Ademais, as regras estipuladas pela MP 881 não se aplicam às atividades econômicas que se relacionarem com a segurança nacional, segurança pública ou sanitária ou saúde pública (artigo 3º, parágrafo 1º). A liberação pública dessas atividades continua sendo regida por legislação própria.

Ultrapassada esta perspectiva geral, é possível afirmar que a MP 881 cria dois regimes jurídicos para os atos públicos de liberação: um para as atividades econômicas consideradas de baixo risco e outro para os demais tipos de atividades. O primeiro regime é instituído pelo artigo 3º, I e parágrafos 2º e 3º, e o segundo, pelo artigo 3º, IX e parágrafos 7º-10 c/c o artigo 1º, parágrafo 4º.

O primeiro regime cria uma vedação à administração pública. O poder público ordenador da atividade econômica de todos os entes federados (artigo 1º, parágrafo 3º) passa a não mais poder exigir a prévia expedição de alvará, licença, autorização ou registro como condição para o exercício de atividade empresarial de baixo risco ou sancionar o particular caso ele não o possua.

Isso não significa que não deva existir um procedimento de liberação estipulado. Não se pode desconsiderar a hipótese de que a pessoa natural ou o empresário queria, por motivos de segurança jurídica, requerer a expedição do ato de liberação. O que o citado dispositivo veda é a exigência, não a existência de um procedimento e de um ato de liberação.



Igualmente, a vedação à exigência de prévio ato de liberação para explorar atividade empresarial não significa que o exercício do poder de polícia está impedido. Ao contrário, o parágrafo 3º do artigo 3º define que a fiscalização desta atividade será realizada posteriormente, de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente. A finalidade do artigo 3º, III é, portanto, diminuir o peso regulatório na entrada de um interessado em determinado setor econômico de baixo risco, não impedir a sua regulação.

Fundamental para este primeiro regime é a definição do que é uma atividade de baixo risco. A MP nem estipula um conceito, o que seria impossível ou excessivamente genérico e, por isso, de baixa utilidade, nem aponta diretrizes para sua definição. Em vez disso, o inciso I do parágrafo 2º do artigo 3º delega ao Poder Executivo Federal e à legislação estadual, distrital e/ou municipal o poder para dispor sobre a classificação geral de atividades de baixo risco.

Na medida em que a dimensão pública da MP está fundada no artigo 24, I, parágrafo 1º da Constituição (competência para legislar sobre normas gerais de direito econômico), a União tem o poder para, de forma geral, definir as atividades de baixo risco ou estabelecer as diretrizes para sua definição. Assim, enquanto os entes subnacionais não criarem as suas próprias categorias de atividades de baixo risco, aplicam-se a eles as classificações que venham a ser criadas por ato do Poder Executivo Federal (artigo 3º, parágrafo 2º, I) e, até que este ato seja editado, aplica-se resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (artigo 3º, parágrafo 2º, II).

Duas questões se colocam quanto à abrangência das classificações das atividades de baixo risco: (i) qual o grau de liberdade que o Poder Executivo Federal possui para definir o que são atividades de baixo risco?; (ii) um ente subnacional pode, ao estabelecer a sua própria classificação, definir que uma atividade considerada de baixo risco pela União não é uma atividade de baixo risco?

A primeira questão (i) se desdobra em duas frentes: tanto pode acontecer de a União definir como de baixo risco uma atividade que não o é quanto pode ocorrer de se não definir como de baixo risco uma atividade que é. Em nível abstrato, essas problemáticas são insolúveis. A análise do acerto ou erro da União será altamente casuística. Contudo, alguns critérios gerais poderão servir de baliza.

Primeiramente, pode-se assumir uma posição de deferência relativa perante a entidade ordenadora. Isto significa que a análise de legalidade deve partir da presunção (relativa) de que o ente com competência para definir as classificações é o mais bem equipado para fazê-lo. Em segundo lugar, deve-se recorrer às balizas que a própria MP estipulou em outros dispositivos (artigo 3º, parágrafos 1º e 7º). Em terceiro lugar, deve-se verificar se a não definição de uma atividade como de baixo risco não configura uma hipótese de abuso regulatório (artigo 4º). Em quarto lugar, verificar se houve algum tipo de análise prévia para a definição da classificação (artigo 5º). Por fim, deve ser demonstrado que a classificação está fundada em algum tipo de evidência empírica, seja para considerar a atividade de baixo risco ou não.



A segunda questão (ii) coloca um problema de ordem federativa. Uma primeira resposta à indagação poderia ser positiva. Por força do artigo 30, I e II da Constituição Federal, por exemplo, os municípios possuem competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, bem como para legislar sobre assuntos de interesse local.

Desta forma, a princípio, o município poderia, com fundamento na sua autonomia federativa, definir de forma diversa da União o que constitui uma atividade econômica de baixo risco. Esta primeira posição se justificaria, inclusive, pelas possíveis peculiaridades que locais distintos possuem. Uma atividade pode, efetivamente, ser de baixo risco em um município e não ser em outro, dada alguma especificidade local. O resguardo da liberdade municipal, portanto, é indispensável.

Por outro lado, é fundamental que a autonomia do município seja enxergada a partir do tipo de federalismo (cooperativo) que a Constituição Federal consagrou. Como se sabe, os entes federados não apenas possuem competências isoladas e exclusivas. Ao contrário, a legislação sobre Direito Econômico é de competência concorrente entre todos os entes e, assim, cabe à União estabelecer normas gerais.

Logo, o legítimo exercício da competência dos municípios (e dos demais entes subnacionais) na classificação das atividades não pode esvaziar em absoluto as definições gerais estabelecidas pela União no exercício da sua competência geral, sob pena de se corromper a própria finalidade da MP: estabelecer limites ao poder ordenador do Estado.

Assim, as definições criadas pelos entes subnacionais devem, além de considerar as diretrizes acima apontadas para a verificação da legalidade das classificações pela União, estar justificadas em particularidades regionais e locais, especialmente quando estiverem em conflito com as definições do ente federado mais abrangente. Caso contrário, estar-se-á diante de limitação abusiva da liberdade empresarial.

O segundo regime (artigo 3º, IX e parágrafos 7º-10 c/c o artigo 1º, parágrafo 4º) cria um regulamento geral voltado às atividades não consideradas de baixo risco.

Estabelece o inciso IX do artigo 3º que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica instruídas com todos os elementos necessários, a administração deverá informar ao particular o prazo máximo a que o poder público se submeterá para a devida análise do pedido. Transcorrido o prazo fixado sem que a administração nada tenha decidido ou solicitado — silêncio administrativo, portanto —, o ato público de liberação será considerado tacitamente deferido para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

A primeira diferença em relação ao regime das atividades de baixo risco é a própria necessidade de expedição de atos de liberação. Esta, contudo, se submete a um prazo previamente estipulado e cujo descumprimento implica no deferimento tácito. Este regramento, por óbvio, se estende à situação de expedição, opcional para o particular, do ato público de liberação das atividades de baixo risco.

A MP 881, contudo, define diversas exceções e condicionantes a esta regra.



Primeiramente, por força do artigo 16 da MP, esta regra não possui eficácia imediata. Com o provável objetivo de atribuir aos órgãos e entidades ordenadoras federais tempo para promover uma reestruturação interna das suas rotinas, bem como para se proceder à regulamentação do dispositivo, a MP 881 definiu prazo de 60 dias para o início da eficácia do seu artigo 3º, IX<sup>[2]</sup>.

Em segundo lugar, a regra do deferimento tácito em decorrência do descumprimento do prazo para manifestação sobre a liberação da atividade econômica não se aplica aos estados, municípios e ao Distrito Federal (artigo 1º, parágrafo 4º da MP). Os entes subnacionais só se submeterão a este regramento se (i) o ato público de liberação da atividade econômica for derivado ou delegado por legislação ordinária federal (artigo 1º, parágrafo 4º, I) ou (ii) se o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir se vincular ao disposto no inciso IX do *caput* do artigo 3º por meio de instrumento válido e próprio (artigo 1º, parágrafo 4º, II).

A redação do artigo 1º, parágrafo 4º, II não deixou claro qual é o instrumento válido e próprio apto a promover a extensão da regra do artigo 3º, IX aos entes subnacionais. Parece-nos, contudo, em primeiro lugar, que a extensão deve ser geral. Ou seja, não é possível que determinadas secretarias ou entidades de um Estado promovam a extensão, e outras, não. A regra de extensão deve possuir generalidade. Em segundo lugar, a postura mais prudente parece ser fazê-la mediante lei, uma vez que a MP instituiu que a extensão deve ocorrer por instrumento específico.

Por outro lado, entendemos não haver razão para a restrição da abrangência da regra do artigo 3º, IX. Não nos parece que a abrangência geral implicaria violação à autonomia dos entes federados porque (i) a regra é tão norma geral de Direito Econômico quanto a prevista no artigo 3º, I; (ii) a regra não fixa um prazo específico, atribuindo aos regulamentos dos diversos órgãos e entes a definição deste prazo; (iii) como se verá adiante, a própria MP estabelece que a regra pode ser excepcionada por decisão do órgão ou entidade da administração competente. Ademais, caso a restrição tenha derivado de receio de que os entes subnacionais não teriam condições de reestruturar sua máquina pública e suas rotinas a tempo, bastaria que se definisse prazo de início de eficácia mais alargado para eles.

Em terceiro lugar, a MP 881 ressalva algumas hipóteses de não aplicação da regra do seu inciso IX do artigo 3º. Dentre elas está a situação em que a atividade econômica for considerada, prévia e motivadamente, pelo órgão ou entidade competente para expedir o ato de liberação, como de justificável risco.

Esta hipótese cria uma “válvula de escape” para as situações de elevado risco que, exatamente por isso, exigem uma atuação ordenadora mais criteriosa do poder público. Os órgãos e entidades competentes deverão, prévia e motivadamente, ou criar listas de atividades econômicas que não se submetem à liberação tácita ou estabelecer diretrizes e parâmetros objetivos para tanto. Entendemos que a primeira opção é a que mais se adequa à função de que a MP pretende ter no sistema jurídico.

Entretanto, criar permissivo geral para que os órgãos e entidades competentes definam quais atividades econômicas não terão seus atos de liberação tacitamente deferidos por decurso de prazo talvez não tenha sido a melhor alternativa. A aprovação tácita em decorrência do silêncio administrativo é uma das principais contribuições da MP por duas razões.



De um lado, o estabelecimento de prazo cria incentivo para que a administração se estruture para respeitá-lo, o que tem o potencial de a tornar mais eficiente. Por outro lado, impede a perpetuação de conduta ilegal da administração frente ao particular. Afinal, o silêncio administrativo pode ser tão abusivo quanto um indeferimento não fundamentado, especialmente quando se trata da liberação do exercício de uma atividade que é presumivelmente considerada livre (artigo 170, parágrafo único da Constituição).

Contudo, deve-se também ter em conta que existem atividades econômicas cujo exercício é potencialmente danoso para indivíduos, grupos de indivíduos ou para toda a coletividade. Para essas situações, vislumbram-se duas alternativas que poderiam ter sido adotadas pela MP, de forma cumulativa ou não: (i) possibilitar que os órgãos e entidades competentes definissem, prévia e motivadamente, que o prazo para análise de pedidos de liberação poderia ser prorrogado ou estendido em casos de atividades de risco justificável; (ii) determinar que, caso se verificasse que não seria possível cumprir o prazo para análise de pedido de liberação de atividade de risco justificável, o órgão ou entidade ajuizasse ação requerendo autorização judicial para extensão do prazo, pedido que poderia ser deferido no despacho inicial. Essas alternativas foram, inclusive, sugeridas no pré-projeto acadêmico de Lei Nacional da Liberdade Econômica desenvolvido por publicistas brasileiros, sob a coordenação do professor Carlos Ari Sunfeld.

Independente desta crítica, fato é que a definição do que será considerada uma atividade de risco justificável enseja as mesmas questões acima levantas e as mesmas respostas oferecidas a respeito dos critérios de definição das atividades de baixo risco: (i) deferência relativa; (ii) diretrizes gerais da MP; (iii) possibilidade de configuração de abuso regulatório; (iv) necessidade de análise prévia; (v) necessidade de demonstração de evidência empírica.

Ademais, o parágrafo 9º do artigo 3º da MP 881 também atribuiu aos próprios órgãos e entidades competentes para expedir atos de liberação a incumbência de definir os parâmetros uniformes dos prazos para análise do pedido de liberação. Desta forma, no momento em que o particular solicita a expedição de um ato público de liberação, o prazo concreto e individualizado que a administração terá será definido a partir dos regramentos gerais do próprio órgão ou entidade. Por fim, o regulamento geral estabelecerá os limites máximos para as hipóteses de atividades de baixo risco.

A MP 881 cria um regramento específico para evitar situações de conflito de interesses causados pela aplicação do artigo 3º, IX. Estipula o parágrafo 8º do artigo 3º que a aprovação tácita não se aplica quando aquele que solicitou o ato de liberação for agente público e a autoridade administrativa ou política competente para a expedição do ato seja a mesma em que ele desenvolve suas atividades funcionais, limite que se estende ao cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, do agente público.

[1] Por exemplo, não se aplica às concessionárias de serviços públicos a liberdade de estipulação de preços prevista no artigo 3º, III da MP 881.

[2] Esta postergação do início da eficácia coloca séria dúvida sobre se a medida provisória respeitou o requisito da urgência na sua edição. A discussão sobre a constitucionalidade formal da MP, contudo,



transcende os limites deste texto.

**Meta Fields**