

**PARADIGMAS DA FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA DA ECONOMIA PELO ESTADO
BRASILEIRO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA**

***PARADIGMS OF THE OVERSIGHT FUNCTION ON ECONOMY BY THE BRAZILIAN STATE
AND THE ECONOMIC FREEDOM LAW***

Thiago Batista da Costa¹

Resumo: Artigo que se propõe a analisar a atuação do Estado na economia, com especial enfoque na função fiscalizatória, corolário da intervenção indireta. Faz um esboço histórico da intervenção estatal, partindo dos primórdios estruturais da civilização ocidental até os dias de hoje. Examina o conteúdo da intervenção na economia, distinguindo-o da regulação e identificando a função de fiscalizar com um escopo mais amplo que o mero poder de polícia. Lista as técnicas que podem ser adotadas pelo agente público na ação de fiscalização, frisando constituírem verdadeiras estratégias para alcance, pelo Estado, de determinados fins públicos. Indica as principais áreas por onde transita a função fiscalizatória, que correspondem a três dos princípios da ordem econômica, quais sejam, as defesas da livre concorrência, do consumidor e do meio ambiente. Por fim, confronta tais defesas com a chamada “Lei de Liberdade Econômica”, enfatizando que referido ato normativo não teve por intuito diminuir o papel fiscalizatório, mas sim contribuir para que a intervenção estatal se dê apenas quando necessária e da forma mais adequada, em respeito às liberdades dos cidadãos.

Palavras-chave: Direito Constitucional e Econômico. Intervenção indireta sobre a economia. Fiscalização. Liberdade Econômica.

Abstract: Article that proposes to analyze the role of the State in the economy, with special focus on the oversight function, a corollary of indirect intervention. It makes a historical foreshortening of state intervention, starting from the structural beginnings of western civilization to the present day. It examines the content of intervention in the economy, distinguishing it from regulation and identifying the function of oversight with a broader scope than mere police power. It lists the techniques that can be adopted by the public agent in the inspection action, emphasizing that they constitute strategies for the State to reach certain public ends. It indicates the main areas through which the inspection function passes, which correspond to three of the principles of the economic order, namely, the defense of free competition, consumer and environment. Finally, it confronts such defenses with the so-called “Law of Economic Freedom”, highlighting that this normative act was not intended to reduce the oversight role, but to contribute to state intervention only when necessary and in the most appropriate way, with respect for the liberties of citizens.

Keywords: Constitutional and Economic Law. Indirect intervention on the economy. Oversight. Economic freedom.

¹ Bacharel em Direito e Especialista em Direito Tributário pela UFRN. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Constitucional e Tributário. Procurador da Fazenda Nacional. Nº OAB: 11.687/RN

INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é trazer apontamentos e reflexões agregadas para o fim de discutir acerca da intervenção indireta do Estado na economia, tal como prevista no art. 174 da Constituição Federal (CF), mais especificamente um dos modos de intervenção por direção – a fiscalização, cujo interesse acadêmico foi renovado após a edição da Lei nº 13.874/2009, que instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

Acerca das formas de intervenção do Estado na economia, vale registrar nestas linhas primeiras as suas diferentes classificações, ao menos as mais relevantes, a serem brevemente comentadas.

Na intervenção *direta*, é o próprio Estado que assume o papel de agente produtivo, sobretudo com a constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na ordem econômica em regime de monopólio ou em concorrência com outras empresas. Já a intervenção *indireta* tem lugar, segundo Luís S. Cabral de MONCADA (2003, p. 42), quando as empresas, sejam elas privadas ou públicas, têm sua livre iniciativa limitada por medidas de caráter fiscalizatório ou de estímulo. Na Constituição Federal, a intervenção indireta corresponde ao que expõe seu art. 174, que registra, ao lado do planejamento e do incentivo, a função do Estado de *fiscalizar* a atividade econômica, isso enquanto agente normativo e regulador que é.

Por seu turno, a mais conhecida classificação, no Brasil, dos modos de intervenção na economia é a estabelecida por Eros Roberto GRAU. Sob sua doutrina, a chamada intervenção indireta equivaleria à intervenção *sobre* o domínio econômico, situação em que o Estado pode intervir economicamente: por *direção*, estabelecendo mecanismos e normas para os sujeitos econômicos; ou por *indução*, manipulando os instrumentos de intervenção ao seu dispor em consonância com “as leis que regem o funcionamento dos mercados” (2008, p. 147). Para o que concerne a este estudo, não há dúvidas de que a intervenção por direção é que melhor se compatibiliza com a função fiscalizadora, visto se tratar de um modo indireto de intervenção que, em regra, cria restrições à livre ação dos agentes econômicos².

Ademais, como já visto no título do artigo, usa-se o termo “função” para qualificar a fiscalização do Estado, e esse emprego não se faz por acaso. É que *função* denota uma obrigação

² Para Eros GRAU, no contexto da Constituição, *fiscalizar* significa “prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica” (2008, p. 303).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

a cumprir, um papel desempenhado pelo Estado com aval do constituinte – ou, melhor dizendo, uma atribuição outorgada pelo constituinte de 1988 ao Estado. E é justamente disso que trata a função de fiscalizar, assim como se dá com o incentivo e o planejamento, igualmente previstos no já citado art. 174 da Lei Fundamental brasileira.

Não obstante, antes de adentrar no ponto fulcral do debate, parece-nos pertinente trazer à baila um resumido panorama da intervenção estatal na economia no curso da História, o que pode servir para a melhor compreensão do tema em sua inteireza. Com efeito, no capítulo inicial é feita uma breve digressão histórica para investigar as raízes da intervenção do Estado na economia, o que, ao ver deste autor, explica em boa parte o estágio atual desse importante instituto jurídico, sobretudo no tocante à fiscalização, certamente a função interventiva mais presente na história do Direito do Estado dentre todas as previstas na Constituição brasileira em vigor.

Já no segundo capítulo, faz-se abordagem acerca do que se entende por intervenção no ordenamento jurídico brasileiro e sua distinção da regulação, sem se olvidar de uma singela investigação das notas definitórias da função de fiscalização. Também nesse capítulo é analisado o modo como o Estado atua enquanto fiscal da economia, apresentando-se os pontos de contato e de afastamento entre a função fiscalizadora e o chamado poder de polícia.

Em seguida, o capítulo derradeiro é dedicado a comentários acerca de algumas situações onde a função fiscalizadora do Estado é observada, e em que medida a Lei 13.874/2019 afetou a relação entre os fins do Estado e os interesses da sociedade – sem, porém, adentrar em pormenores quanto à execução das tarefas estatais, que são evidentemente variadas, complexas e extrapolariam o objetivo deste trabalho.

Boa leitura!

1. MARCOS HISTÓRICOS DA FUNÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO

1.1. Antiguidade e Idade Média

Na aurora da constituição das sociedades, os Estados se ocupavam primordialmente da defesa de seus cidadãos contra ameaças externas. É que as cidades-Estado, ao se constituírem como uma associação de tribos³, nada mais eram que uma grande reunião de famílias, suas

³ Que, por sua vez, constituíam reuniões de *fratrias*. In: COULANGES, 2008, p. 138.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

religiões e suas propriedades, cuja preservação era mais provável com a formação de alianças. Assim, desde os egípcios e sumérios até o declínio do feudalismo, poucos foram os Estados com alguma organização administrativa além do caráter patrimonial, isto é, suas atividades burocráticas eram quase que unicamente voltadas para a arrecadação de tributos a fim de se manter a estrutura militar, tenham sido eles impérios duradouros (como Roma e Egito) ou experiências fugazes de independência.

Nesse panorama, a estabilidade das nações e cidades-Estado em muito dependia da unidade cultural de seus componentes, daí porque o desenvolvimento dos complexos burocráticos constituiu fator de relevância para o surgimento dos Estados modernos (WEBER, 2004, p. 209). Até então, somente o Império Romano promovera movimentos no sentido de uma maior burocratização⁴, mas tais ações, no particular, contribuíram com a decadência da *civitas*, que já estava às voltas com a crescente pressão dos povos bárbaros sobre as fronteiras.

Já na Idade Média, embora a estrutura feudal não comportasse uma forte organização administrativa dos reinos, em geral frágeis e pulverizados, a mercancia cresceu em importância como fator de integração e comunicação entre os feudos e reinos. Fábio Guimarães BENSOUSSAN e Marcus de Freitas GOUVÊA destacam que o direito comercial deve sua origem às relações entre comerciantes reguladas pelos próprios com base consuetudinária, sendo que esses mesmos mercadores também regulavam a estrutura das chamadas feiras medievais (2016, p. 178). Havia, portanto, e até certo ponto, uma regulação (*lato sensu*) econômica, porém essa era de responsabilidade dos atores privados da economia.

Não tendo o feudalismo, ao menos no aspecto econômico, transformado substancialmente o panorama das sociedades em sua relação com o Estado, foi no século XV, com um crescente de práticas econômicas desenvolvidas na Europa, que a intervenção do Estado na economia passou a ser mais sentida.

1.2. Mercantilismo

O mercantilismo pode ser definido como sendo um conjunto de ideias de ordem econômica que indicam ser a prosperidade de um Estado dependente do capital que possa

⁴ Washington Peluso Albino de SOUZA cita, como exemplo de um princípio de ação econômica do Estado, a adoção, pelo imperador Diocleciano (284-305), da doutrina do “preço justo”, o que seria o embrião do instituto que veda o enriquecimento sem causa, ao fixar preços máximos para mais de oitocentos produtos a fim de evitar uma iminente revolta popular (2005, p. 332).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

garantir ou amearhar. Os pensadores mercantilistas preconizavam a busca pelo desenvolvimento econômico e o enriquecimento das nações por meio do comércio exterior, o que permitiria dar vazão aos excedentes da produção. Assim, o Estado adquiriu um papel primordial no incremento da riqueza nacional, ao adotar políticas protecionistas e, em particular, estabelecendo barreiras tarifárias e medidas de apoio à exportação.

O mercantilismo floresceu graças à expansão de domínios de países da Europa Ocidental, proporcionada pelas chamadas grandes navegações. O Brasil, “descoberto” em 1500 pelos portugueses, foi um grande exportador de riquezas naturais por mais de três séculos, riquezas essas cuja movimentação era controlada cuidadosamente pela metrópole, a despeito da decadência generalizada verificada ali às vésperas da fuga da família real para o Rio de Janeiro (GOMES, 2007, p. 56 e ss.).

Durante o período mercantilista, eram comuns as concessões de *cartas reais* ou *franquias*, as quais conferiam monopólios aos seus portadores e indicavam existir, para aquela atividade, um interesse nacional que envolvia metas as quais o Estado não desejava ou não poderia cumprir diretamente (SOUZA, 2005, p. 332-333). Exemplo dessas cartas no Brasil foram as *capitanias hereditárias*, que consistiam em concessões de terras pelo rei de Portugal a alguns particulares, os quais possuíam alguns direitos, mas também várias incumbências a seu encargo – sobretudo a colonização e a proteção do território.

1.3. Laissez-faire

A doutrina do *laissez-faire* (em português: deixai fazer) teve sua origem em meados do século XVIII, devendo muito de suas linhas centrais ao filósofo e economista Adam Smith. Segundo ele, os agentes econômicos, caso possam atuar livremente, alcançam uma situação de eficiência que dispensa a atuação estatal. É que, para o autor inglês, cada indivíduo busca empregar seu capital da maneira que a produção obtenha o maior valor possível, o que conseqüentemente também incrementará a renda da sociedade. Ainda que o agente não seja movido pelo estrito interesse público, haveria ali uma *mão invisível* a guiá-lo rumo a esse objetivo (SMITH, 1976, p. 455-456).

Embora tais ideias tenham encontrado ressonância no constitucionalismo clássico, influenciando inclusive as constituições brasileiras de 1824 e 1891 (BENSOUSSAN e

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

GOUVÊA, 2016, p. 136), fato é que a ampla e irrestrita liberdade apregoada não adquiriu maior concretude em nosso país⁵, sendo mais sentida em alguns países europeus e nos Estados Unidos.

Com efeito, o século XIX presenciou um grande movimento de criação de sociedades comerciais e industriais, e dessa maneira a necessidade de autorização governamental era um evidente entrave aos negócios. Por outro lado, o controle frágil ou quase inexistente abriu espaço para ações abusivas e prejudiciais à livre concorrência, o que compunha o próprio ideário liberal (BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2016, p. 138)⁶.

À vista de tais distorções, o Estado retornou ao palco principal e assumiu de vez, ao final da I Guerra Mundial, seu caráter intervencionista.

1.4. Welfare State

O Estado do bem-estar social é definido Luiz Carlos Barnabé de ALMEIDA como um conjunto de instituições que visa garantir para a sociedade “um mínimo de atendimento às necessidades”, desde a educação, saúde e seguridade social até a garantia de renda mínima, além de orientar o “aparato produtivo à geração dos bens e serviços correspondentes” (2012, pos. 474).

O chamado Estado Social tem seu nascedouro identificado a partir das constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, em muito influenciadas pelos ideais socialistas, embora sem adotar integralmente o modelo soviético, de política econômica planejada e coletivização dos fatores de produção, introduzida a partir da Revolução Russa de novembro de 1917⁷. No modelo adotado por diversos países ocidentais, inclusive o Brasil⁸, o Estado passou a definir “os objetivos de interesse geral, indicando ao mercado as regras às quais deverá se submeter”

⁵ Veja-se, a título de exemplo, o art. 295 do antigo Código Comercial (1850), que estabelecia para a constituição de sociedades anônimas a prévia autorização governamental.

⁶ Importante citar a opinião dissonante de Ricardo A. Lucas CAMARGO no que respeita à presença da concorrência no Estado liberal – ou “Direito burguês”. O autor sustenta que “a concorrência, com seu caráter autofágico, alijaria a maior parte do gênero humano dos resultados da produção”, aduzindo ainda que o maior grau possível de desenvolvimento do capitalismo só seria atingido “através da grande empresa” (2006, p. 34). Destacamos, porém, nossa discordância da posição do supracitado autor, encontrando aqui apoio em lição de Friedrich HAYEK (a quem Camargo, aliás, chama de “pontífice máximo do absolutismo empresarial”), o qual expressamente renega a experiência liberal do *laissez-faire* – que vem a ser justamente a “vítima” da crítica supracitada – em uma de suas mais conhecidas obras (2006, p. 18).

⁷ De se observar que a revolução de novembro promoveu a queda do governo provisório instalado a partir da revolução de março do mesmo ano, quando o czar Nicolau II foi deposto. Apenas com a ascensão de Lênin ao poder é que a Rússia adotou um modelo econômico fortemente estatizante.

⁸ A Constituição brasileira de 1934, ao dedicar um capítulo à ordem econômica e social, tem forte inspiração nos modelos alemão e mexicano.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

(BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2016, p. 138). Surge aqui o condicionamento do direito de propriedade, que deveria então obedecer a fins sociais (ROSA, 2008, p. 97-98), preocupação essa jamais vista anteriormente.

No Brasil, desde a Constituição de 1934 se verifica uma maior atenção dada pelo Estado à ordem econômica (SOUZA, 2005, p. 332), agregando a ela a função social. A partir da Constituição de 1937 passa a se prever expressamente a intervenção do Estado na economia, previsão essa repetida até os dias atuais com ligeiras modificações.

1.5. O estado regulador

O Estado do bem-estar social conheceu sua crise não muito tempo após o fim da II Guerra Mundial. Com efeito, a assunção de inúmeras atividades por parte do Estado estava a sacrificar a qualidade dos bens produzidos e gerou custos cuja cobertura ultrapassara os limites que a sociedade razoavelmente poderia suportar (SOUTO, 2005, p. 34).

Houve, assim, uma mudança de modelo de direção, sendo o “Estado-gestor” substituído pelo modelo de “Estado-regulador” (SOUTO, 2005, p. 31), que só assume posições na atividade econômica em situações excepcionais. Em outras palavras, justifica-se a ação do Estado quando “a livre iniciativa, pela ação privada, ou a livre concorrência em geral, não consegue[m] atender ao ‘interesse público’” (SOUZA, 2005, p. 331).

Esse é justamente o modelo adotado na Constituição Federal de 1988, como se deduz de seu art. 173. A regra na ordem econômica brasileira é, pois, a intervenção indireta do Estado, apenas assumindo a exploração direta nos casos previstos na Constituição ou quando necessária para satisfazer a relevante interesse coletivo ou a questões de segurança nacional.

1.6. O estado garantidor

Uma mais recente *evolução* do Estado interventor na economia estaria caracterizada, segundo alguns autores (SCHEDLER, 2000, p. 5-18), pela maior abstenção estatal nas políticas públicas, atuando prioritariamente no sentido de garantir a livre concorrência. Esse “Estado garantidor” (*Gewährleistungsstaat*), porém, não difere em linhas gerais do que já é verificado no Estado regulador, sendo mais uma percepção de que, em algumas nações de histórico mais liberal, os Estados têm atuação um pouco mais restrita do que em outras tradições constitucionais.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

No capítulo que se segue trataremos da mais usual forma de intervenção indireta do Estado na economia, a fiscalização, cujo *ser* e *dever ser* preenchem um dos principais escopos deste trabalho.

2. O QUE SE ENTENDE POR INTERVENÇÃO NA ECONOMIA?

A intervenção estatal na economia não é um tema exatamente novo, mas os estudos a ela relacionados se desenvolveram notavelmente, como assentado no capítulo anterior, a partir do interstício entre a primeira e segunda guerras mundiais, com a ascensão do *welfare state* e o ganho de autonomia do Direito Econômico. É por isso que Cabral de MONCADA vê a relação entre a intervenção e o Direito Econômico como não apenas estreita: a intervenção do Estado no campo econômico seria a “ideia fundamental” do Direito Econômico (2003, p. 15).

Mas em que consiste, exatamente, a intervenção? Albino de Souza rejeita essa expressão, por entender que ela traduz um “preconceito liberal”, na medida em que o Estado, ao intervir, faz-se presente contra essa ideologia, o que somente seria admitido em caráter excepcional – na visão do liberalismo, “não atuar [o Estado] economicamente seria a ‘regra’ da livre concorrência. Atuar seria ‘intervir’ contra a regra” (SOUZA, 2005, p. 316). Por isso, o jurista mineiro defende o uso da expressão “ação do Estado no domínio econômico”, embora reconheça que *ação* seria um termo mais genérico, de que a *intervenção* seria espécie (2005, p. 318).

Por seu turno, Eros Roberto Grau reclama o uso do termo *intervenção* justamente por melhor expressar o que se pretende, ou seja, a atuação do Estado para além da esfera do público. Para ele, o Estado não praticaria intervenção quando presta ou regula a prestação de serviço público: tratar-se-ia de simples atuação em área de sua própria titularidade, ao contrário do que ocorre quando da atuação (direta ou indireta) em área própria do setor privado, onde o uso do vocábulo *intervenção* se afigura mais correto (GRAU, 2015, p. 91).

Diante dessas colocações, nos filiamos à tese de Eros Grau, que indica o termo *intervenção* como o mais adequado para retratar as relações entre o Estado e os agentes econômicos, visto que o uso de qualquer outra expressão poderia não traduzir corretamente a diferença do agir do Estado em suas atividades precípuas (ainda que essas possuam alguma repercussão econômica) e o agir para além de seus estreitos limites.

2.1. Intervenção e regulação

Para Albino de SOUZA, a regulação seria um modo de presença do Estado na economia (2005, p. 315), modo esse identificado com o ideário *neoliberal*, com respeito à livre iniciativa e livre concorrência, mas sem se confundir com o chamado “Estado Mínimo”, que indicaria uma ação econômica bem mais excepcional do Estado. No entanto, dado o progressivo afastamento do Estado das atividades econômicas inclusive nos países de política socialista, como é o caso mais recente de Cuba⁹, talvez se mostre temerário identificar-se a regulação apenas como um aspecto de uma política econômica menos intervencionista.

Partindo, pois, dessa premissa, a pergunta a ser respondida neste passo é: até que ponto a intervenção compreende ou se reputa compreendida pela regulação?

Entendemos que é possível oferecer mais de uma resposta a tal pergunta, conforme a definição mais ampla ou mais estrita que se dê à intervenção (v. supra) e à regulação, o que também terá influência das próprias concepções políticas de cada interlocutor, sobretudo a diferença entre os que desejam maior presença do Estado na economia e os que rejeitam grandes ingerências. Não obstante, é necessário afastar a definição jurídica, tanto quanto possível, de qualquer consideração particular quanto à matéria.

Nesse sentido, encontra-se na doutrina de Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA uma boa noção do que pode ser entendido por regulação. Entende o autor que o termo é polissêmico, sendo possível dar a ele três sentidos diversos: a) num primeiro sentido, amplo, a regulação corresponderia a “toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estatal na economia”; b) num sentido intermediário, a regulação equivaleria ao “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia”; c) por fim, num sentido mais restrito, a regulação “seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo” (2015, p. 137).

Este autor faz opção de considerar a regulação não como sinônima de intervenção estatal, e nem como mera regulamentação normativa de atividade econômica. A regulação seria, pois, *uma parte cujo todo é a intervenção*, abrangendo a edição e concretização de normas e

⁹ Em setembro de 2021, o governo cubano emitiu autorizações para funcionamento de 32 empresas privadas, o que não era feito desde a revolução de 1959. Esses empreendimentos podem contratar até uma centena de trabalhadores e devem ser constituídos como sociedades anônimas. No entanto, tanto a importação como a exportação de seus produtos deverão ser feitas por meio de estatais (NEVES, 2021).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ainda a *fiscalização* do cumprimento delas e punição de infrações (OLIVEIRA, 2015, p. 137). Com efeito, e como será reiterado infra, a regulação tem lugar onde o Estado deseja ou necessita impor dados comportamentos, e isso em atividades econômicas que, antes, muitas das vezes, eram ocupadas pela própria Administração Pública. Ou seja, trata-se da intervenção *indireta* do Estado em atividades ou serviços de interesse público, mas cometidos à iniciativa privada – ou a empresas públicas em regime de participação. Trata-se de uma postura não diretamente intervencionista, é dizer, o Estado deve se concentrar em executar diretamente somente aquilo que é essencial, em obediência ao princípio da subsidiariedade (SOUTO, 2005, p. 35).

Há de se consignar, porém, que essa concepção da regulação se trata, naturalmente, de uma noção *não extremada* ou mesmo estrita (STOBER, 2012, pos. 734), visto ser possível encontrar na doutrina definições das mais diversas, não só fixando a regulação de modo bem próximo à noção de intervenção indireta na economia (BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2016, p. 166; GRAU, 2015, p. 107), mas até mesmo equiparando o poder de regular ao poder de polícia¹⁰.

Nada obstante, a intervenção estatal (indireta) na economia vai além do poder de regular. A função de planejamento, em particular, seja ela aplicada ao setor público (de forma determinante) ou privado (de forma indicativa), não contém qualquer elemento que a faça se subsumir ao conceito de regulação. Esse é um dos motivos pelos quais se pode afirmar que a intervenção é inerente ao Direito Econômico, e a regulação, por sua vez, tem um contato mais estreito com o Direito Administrativo – longe de se adotar posição estanque, pode-se reputar a regulação como *o campo de confluência do Direito Administrativo com o Direito Econômico*.

2.2. Fiscalização versus poder de polícia

Cabral de MONCADA, ao definir a intervenção indireta do Estado, indica ser o caráter fiscalizador dessa intervenção sinônimo da *função de polícia*, enquanto que a atividade de estímulo caracterizaria a *função de fomento* da intervenção (2003, p. 42). A partir dessa leitura, podemos considerar realmente a fiscalização da atividade econômica compreendida no *poder*

¹⁰ É de Ruy Barbosa NOGUEIRA a seguinte lição: “o poder de regular, também conhecido como ‘poder de polícia’ (*police power*), é o poder de promover o bem público pela limitação e regulação da liberdade, do interesse e da propriedade” (1995, p. 181). A nosso sentir, entretanto, o poder de polícia do Estado tem uma atuação sobretudo negativa, proibitiva, não alcançando a totalidade das possibilidades constitucionais conferidas ao poder de regular. Confira-se, a propósito, o subcapítulo 2.2.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

de polícia da Administração? Ou há na fiscalização da economia algo que escape à função (poder-dever) de polícia?

De início, cabe rememorarmos o conceito clássico de poder de polícia. O professor Celso Antônio Bandeira de MELLO nos fornece uma boa definição, aduzindo ser a “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos” (2009, p. 815). O mesmo autor nos informa que essa seria uma designação ampla do que é poder de polícia, abrangendo tanto atos do Legislativo quanto do Executivo – em sentido estrito, esse poder diria respeito unicamente às intervenções gerais e abstratas (como os regulamentos) ou concretas e específicas (como as autorizações e licenças) do Executivo, sentido esse que corresponderia à noção de *polícia administrativa*.

Por outro lado, paralelamente ao conceito doutrinário, o próprio legislador tratou de elaborar seu conceito de poder de polícia, isso com o fim de determinar parte das atividades que estariam sujeitas às taxas, tal como previsto no Código Tributário Nacional (CTN). Assim, ao menos para fins tributários, considera-se poder de polícia a atividade administrativa que “regula a prática de ato ou abstenção de fato”, limitando ou disciplinando direitos, interesses ou liberdades, sendo esses concernentes à segurança e à ordem, à disciplina da produção e do mercado, inclusive no “exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público”, dentre outros (art. 78). Sem dúvidas, o conceito legal de poder de polícia configura uma noção deveras abrangente do instituto.

Ocorre que essa noção de poder de polícia, a qual tem fundamento numa suposta *supremacia* da Administração, estaria dissociada da noção atual de Estado de Direito (MARTINS e SANTANO, 2016, p. 89), que não se compatibiliza com a atribuição de poderes absolutórios ao Estado nem compactua com um absentismo estatal diante dos reclamos sociais – daí porque se afigura relevante observamos as contribuições trazidas pela *teoria dos direitos fundamentais* e sobretudo, para os presentes fins, pela *teoria da ordenação administrativa*¹¹, com o que se daria uma nova roupagem ao já vetusto poder.

Em apertada síntese, podemos estabelecer que existe a cargo do Estado, hoje, uma função *ordenadora*, de transformação social (MARTINS e SANTANO, 2016, p. 96),

¹¹ Nas palavras de Carlos Ari SUNDFELD, cujas lições recomendamos para fins de aprofundamento no tema, Administração ordenadora é “a parcela da função administrativa, desenvolvida com uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo das atividades que lhe é próprio” (2003, p. 20).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

paralelamente à função de polícia, que possui caráter majoritariamente *negativo* – no sentido de se exigir do particular, no mais das vezes, uma obrigação de não fazer (MELLO, p. 823). Assim sendo, e considerando a dimensão normativa dos princípios constitucionais, de onde podemos extrair deveres e proibições independentemente do direcionamento de regras (BARROSO, 2006, p. 84), à Administração é concedida uma prerrogativa implícita de tutelar direitos fundamentais e realizar os princípios que os indicam, ficando assim o poder de polícia referido justamente à “potestade administrativa de impor, na ausência de lei, restrições à propriedade e à liberdade” (MARTINS e SANTANO, 2016, p. 104) – isso sem prejuízo da imposição da função ordenadora e mesmo da função regulatória, já tratada alhures.

É facilmente perceptível, nesse novo conceito, uma severa diminuição da amplitude do poder de polícia face à concepção tradicional. Isso se dá pelo fato de que a regulação (em sentido amplo), que se pretendia suplantiar a função de polícia, de fato não a substituiu (MARTINS e SANTANO, 2016, p. 89-91), e nem a função de polícia poderia abranger, diante de sua essência, tudo o quanto é ordenado por meio da regulação. Por isso é que Rolf Stober defende, muito também em razão da *especificidade* do Direito Administrativo Econômico, o uso do chamado “direito policial” apenas subsidiariamente¹², não estando a fiscalização econômica, pois, jungida ao que se compreende como função de polícia¹³, mas constituindo, sendo possível tal definição, a *área de contato* entre essa função (subsidiária), a função ordenadora (que disciplina comportamentos em geral dos particulares) e a regulatória (que disciplina a atuação privada em áreas de interesse público).

2.3. As técnicas de fiscalização

A fiscalização da economia está intrinsecamente ligada ao poder-dever do Estado de prevenir perigos e reduzir ou eliminar riscos aos bens jurídicos e direitos fundamentais que possuem repercussão econômica. Nesse sentido, compete ao Estado elaborar estratégias de

¹² *Verbis*: “assim, a cláusula geral de polícia (proteção da ordem e segurança públicas) só é aplicável quando não haja, no caso concreto, uma norma especial de direito administrativo econômico”. Vale salientar que, para o autor alemão, o direito administrativo econômico “se situa, em larga medida, no âmbito da fiscalização econômica” (STOBER, 2012, pos. 129).

¹³ Um exemplo colhido do artigo de Ricardo Marcondes MARTINS e Ana Claudia SANTANO é um caso julgado pelo Conselho de Estado Francês em 27 de outubro de 1995, onde aquela corte validou um ato administrativo que proibiu a realização de um espetáculo que teria, dentre outras atrações, o *lançamento de anões*. O Conselho entendeu que, mesmo não havendo lei expressa proibindo tal atração, essa seria incompatível com a dignidade da pessoa humana, tendo a Administração, pois, simplesmente cumprido com seu papel dentro dos limites do poder de polícia (2016, p. 105).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fiscalização, não somente para evitar danos, mas ainda para garantir ou promover a perpetuação do usufruto daqueles bens e direitos – na proteção do meio ambiente, por exemplo, cabe ao Estado não apenas fiscalizar agentes poluidores, mas também promover medidas de reutilização de materiais e preservação de recursos naturais, quase sempre bens finitos.

Na efetivação das estratégias de fiscalização, podem ser utilizadas diferentes técnicas conforme a natureza ou momento da realização da atividade econômica. Rolf STOBER (2012, pos. 751 e ss.) subdivide essas técnicas em:

A. Fiscalização de ingresso: compreende instrumentos que regulam os atos preparatórios ou que antecedem o exercício da atividade econômica, como a fiscalização da oferta (proteção ao consumidor) e o dever de registro para realização de atividade sujeita a licença ou autorização.

B. Fiscalização de exercício: é o âmbito onde mais frequentemente se verifica a necessidade de fiscalização da economia, colocando-se o Estado em constante vigilância para evitar que, com o exercício da atividade econômica, determinado agente ponha em perigo bens jurídicos dignos de proteção. Aqui se colocam, dentre outros instrumentos, as proibições de utilização, a fixação de tarifas, obrigações de prestar informações, controle alfandegário, visitas técnicas, etc.

C. Fiscalização do termo da atividade: o Estado não deve atuar apenas antes e enquanto a atividade econômica está sendo desenvolvida, pois no seu eventual encerramento os riscos de danos a bens e direitos podem ser ainda maiores, especialmente na área ambiental. Assim, verificam-se neste âmbito a determinação de obrigações de eliminação de efeitos perigosos e de prestação de serviços assecuratórios da higidez dos bens envolvidos.

D. Punição da violação de obrigações: como o próprio nome já diz, concentra os modos de atuação da fiscalização com conteúdo penal, incluindo multas, anulação de autorizações, suspensão de atividades, obrigação de reparar, dentre outros.

A competência para fiscalizar está em regra associada ao papel de cada órgão executivo na promoção de direitos fundamentais e interesses públicos, o que é atribuído, inicialmente, pela própria Constituição Federal, cabendo às leis detalhar a repartição dessas competências.

Com efeito, a nossa Lei Fundamental atribui inúmeras tarefas ao poder público, não somente tarefas identificadas como serviços públicos, mas também atuações públicas que atingem o interesse privado, sendo destacados autarquias e órgãos vinculados a ministérios para

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

realização dessas funções, algumas dessas as quais serão pormenorizadas no subcapítulo a seguir.

Nada obstante, Rolf STOBER (2012, pos. 769) considera possível também reputar-se como fiscalização a eventual atuação de particulares, em especial por meio de certificações de qualidade, algumas instituídas em âmbito internacional, como os padrões da *International Organization for Standardization* (ISO) 14001 (de gestão ambiental) e 9001 (de gestão de qualidade), atribuídos em cada caso por entidades privadas acreditadas pela própria ISO ou pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que é a organização de utilidade pública (Lei nº 4.150/1962) que representa o Brasil, como país-membro, junto à agência internacional.

3. A FISCALIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E DA LEI Nº 13.874/2019

Por tudo quanto já exposto neste trabalho, não é difícil concluir que o alcance da função fiscalizadora da economia pelo Estado é deveras amplo. De toda forma, também já ressaltamos alhures que a atuação do Estado na economia é, em regra, regida pela subsidiariedade (v. subcapítulo 2.1).

Ora, a Constituição Federal, em seu art. 170, enumera os princípios que regem a ordem econômica, e dentre os princípios ali dispostos logo identificamos aqueles cuja realização se implementa, se não totalmente, ao menos em boa parte através da função fiscalizadora: está-se a falar das defesas da concorrência, do consumidor e do meio ambiente. O mesmo art. 170, no parágrafo único, ao estabelecer o princípio da livre iniciativa, aduz que apenas nos casos previstos em lei será necessária a autorização de órgãos públicos para o exercício de atividade econômica – algo que, a rigor, mostra-se mais como *regra* do que como *exceção*, dada a profusão de atos normativos de todas as esferas federativas restringindo a atuação privada por meio da exigência de licenças, alvarás, registros e inúmeros outros atos.

O reflexo maior dessas restrições está no fato histórico dos elevados custos para se empreender no país. Um estudo do BANCO MUNDIAL publicado em 2014 dava conta que, em média, eram necessários quase *84 dias* para se abrir uma empresa no Brasil, estando o país, naquela ocasião, na 120ª colocação do *ranking* de países com maior facilidade para fazer negócios, dentre uma lista de 189 nações (2014, p. 174).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Foi em razão dessa já conhecida excessiva burocracia estatal que, em 2019, foi editada a Medida Provisória nº 881, a qual se converteu na Lei nº 13.874, cuja epígrafe (“Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”), talvez um tanto pretensiosa, casa-se com o propósito de estabelecer (art. 1º) “normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica”, na esteira do que garante a própria Constituição Federal. O fato é que, além de a economia possuir mecanismos típicos de autorregulação, devem existir também instrumentos jurídicos aptos a delinear a eficiência e legitimidade da regulação, tendo a Lei 13.874, nesse sentido, se destacado por buscar um equilíbrio entre a liberdade econômica e a promoção dos fins estabelecidos no art. 170 da Constituição.

Assim, e desde já ressaltando ser ingênua qualquer pretensão de esgotamento do tema neste trabalho, logo a seguir tratamos dos três principais exercícios de concretização da função de fiscalizar, tudo sem prejuízo do aporte que as demais áreas de regulação dão ao sistema, sobretudo no que tange às agências reguladoras de serviços públicos.

3.1. A defesa da concorrência

Tal como exposto anteriormente, a livre concorrência é uma das principais bases da economia de mercado, e sua defesa é uma das mais importantes funções do Estado enquanto interveniente *sobre* o domínio econômico. Não é por acaso que esse princípio, além de previsto no art. 170, IV, da CF, também é lembrado nos arts. 146-A e 173, § 4º, da mesma carta¹⁴. Esse último dispositivo, aliás, é o que demanda claramente a atuação do Estado na defesa da concorrência. Ao dispor que a lei reprimirá os abusos em razão do exercício de atividade econômica, o constituinte atribui ao Estado a função de fiscalizar os agentes econômicos de modo a proteger, dentre outros valores, a livre concorrência.

Atualmente, a lei que regulamenta o disposto no art. 173, § 4º, da Carta Magna é a Lei nº 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica¹⁵. Nessa lei, identificamos

¹⁴ Cabral de MONCADA destaca que a organização normativa do regime de concorrência visa, dentre outros objetivos, “um alto volume de emprego, uma ampla capacidade produtiva, uma relativa estabilidade monetária, etc.”, o que só pode ser obtido numa situação de economia de mercado com a maior abertura possível “a todos os agentes econômicos e consumidores” (2003, p. 403).

¹⁵ Essa lei revogou, em quase sua totalidade, a Lei nº 8.884/1994, que por sua vez revogou a Lei nº 4.137/1962, responsável pela criação do Cade. Comentando o art. 173, § 4º, da Constituição antes da promulgação da lei de 2011, Eros GRAU afirmou que a chamada “lei antitruste” de 1994 não se fundamentava apenas no sobredito

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

diversos dispositivos que se voltam à atuação fiscalizadora estatal, outorgada sobremaneira à Superintendência-Geral do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Como se vê do art. 13, I, da referida lei, compete à Superintendência-Geral zelar pelo cumprimento da lei instituidora, “monitorando e acompanhando as práticas de mercado”. No mesmo artigo estão previstas diversas outras competências que dão concretude a essa função de fiscal da concorrência, função que durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 foi cometida à antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

No que respeita à Lei 13.874, observa-se um reforço do papel já incumbido ao Estado por meio da lei de 2011. É que no art. 4º, inciso I, da lei de 2019, é estipulado o dever da administração pública de “evitar o abuso do poder regulatório” de maneira a, indevidamente, “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes”. Aqui, pois, há uma preocupação do legislador com o abalo à concorrência gerado pelo *próprio Estado* ao fazer uso de seu poder regulador, o que, diga-se de passagem, não chega a ser incomum, havendo inclusive um canal oficial do Ministério da Economia, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), para receber e analisar denúncias desse jaez (trata-se da FIARC – Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial –, criada pela Instrução Normativa SEAE nº 97, de 02 de outubro de 2020)¹⁶.

Assim sendo, o papel do Estado enquanto fiscal da economia, ao menos no aspecto da defesa da concorrência, não se encerra na repressão a abusos cometidos por particulares, mas também incluiria a função de um verdadeiro *ombudsman*, a evitar que o Estado, ele mesmo abusando de seu poder de regular, acabe por comprometer a livre concorrência e, com isso, influencie negativamente as relações de mercado.

dispositivo constitucional, tratando-se de uma lei “voltada à preservação do modo de produção capitalista” (2015, p. 212).

¹⁶ Os primeiros resultados dessa iniciativa foram divulgados pelo Ministério da Economia em janeiro de 2022 (Diário Oficial da União, 03 fev 2022, seção 1, p. 48), ocasião em que concluiu pela existência de distorções concorrenciais provocadas por três casos que haviam sido denunciados: decretos acerca do Fundo da Marinha Mercante; decreto e resoluções da Agência Nacional de Transportes Terrestres sobre serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e a Resolução nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que trata da prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias.

3.2. A defesa do consumidor

A defesa do consumidor na CF está expressamente assentada em dois dispositivos: no inciso XXXII do art. 5º e no já citado art. 170, *in casu*, inciso V. Além disso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu em seu art. 48 que o Congresso Nacional elaboraria, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Lei Fundamental, um código de defesa do consumidor, tarefa essa que só foi de fato cumprida com a publicação, em 12 de setembro de 1990, da Lei nº 8.078.

Na lição de Eros GRAU, a previsão constitucional da defesa do consumidor cumpre uma dupla função: é “instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna” e também “objetivo particular a ser alcançado” (2015, p. 249). Seja num ou noutro sentido, a função fiscalizadora da economia pelo Estado deverá marcar sua presença, na medida em que a defesa do consumidor exige, muitas das vezes, certa limitação de direitos dos agentes econômicos que assumem o papel de fornecedores de bens ou prestadores de serviços.

Nesse mister, o Código de Defesa do Consumidor prevê, sem instituí-los, órgãos “com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo” (art. 55, § 3º), que integram o chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105). O único órgão expressamente previsto no código é o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (hoje Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC), órgão federal cujas atribuições estão dispostas no art. 106 da lei ora em comento.

Outrossim, o código dispõe sobre as infrações e sanções a que ficam sujeitos os agentes que incidirem nas primeiras. Importante ressaltar que a apuração das infrações penais ultrapassa a esfera de atuação dos órgãos do Poder Executivo, podendo se falar, porém, quanto às demais, numa *legitimidade concorrente* entre os órgãos com poder de polícia, a Defensoria e o Ministério Público, o que inclusive tem previsão na Lei nº 7.347/1985 (art. 5º). Destaque-se, porém, que essa concorrência se dá especialmente nas ações de responsabilidade, visto que nem a Defensoria nem o Ministério Público possuem *função de polícia* – não lhes cabe aplicar sanções administrativas por infrações contra o consumidor¹⁷.

¹⁷ Em razão do patamar a que foi alçado o Ministério Público graças ao art. 127 da Constituição, é comum vermos uma certa sobreposição de atribuições entre esse órgão e os órgãos executivos de fiscalização. O Ministério Público, além de fiscalizar a própria atuação desses órgãos (não é raro vermos ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público em desfavor do Cade, Ibama, agências reguladoras e outros), também atua diretamente em

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Como seria de se imaginar, a Lei de Liberdade Econômica também atuou no campo consumerista: ela estipulou, dentre os deveres da administração pública listados no seu art. 4º, a vedação à criação de “demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros”. Ainda que, numa primeira leitura, essa vedação pareça não ter relação com o direito do consumidor, fato é que não raras vezes o Estado, a pretexto de proteger determinados fins públicos, acaba por promover ações que, em verdade, prejudicam o particular naquilo que lhe é mais sensível: suas finanças. Isso ocorreu, por exemplo, no ano de 2004, quando um ato normativo do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) tornou obrigatória (mesmo sem haver previsão na Lei nº 9.503/1997) a instalação e manutenção de extintores de incêndio em veículos comuns, fato que provocou uma grande demanda pelo produto e, pela reduzida oferta, conseqüente elevação de preços – não obstante, tal obrigatoriedade foi revogada pela Resolução Contran nº 556/2015.

Além disso, houve por meio da Lei 13.874 uma alteração relevante em dispositivos do Código Civil que dispõem sobre liberdade contratual e interpretação dos negócios jurídicos, o que pode afetar tanto relações contratuais paritárias como também relações consumeristas. Com efeito, mesmo em se tratando de uma relação de consumo, o contrato a ela subjacente deve ser interpretado (art. 113, § 1º, da Lei Civil) conforme a boa-fé, os usos e costumes do mercado e a razoabilidade, assim como deve ser considerado o comportamento das partes *posteriormente à celebração do negócio*. Nesse sentido, a atuação do Estado na defesa do consumidor poderá ser tida como abusiva se, mais do que tentar proteger a parte hipossuficiente do negócio, arruinar a segurança jurídica que se espera preservar em tais situações, colocando em risco a própria sobrevivência do mercado¹⁸.

3.3. A defesa do meio ambiente

O meio ambiente, privilegiado em relação aos outros dois âmbitos de defesa analisados acima, não somente é mencionado no art. 170, VI, da CF, mas também ganhou um capítulo

favor do interesse social, sendo parte em termos de ajustamento de conduta e autora de recomendações e ações que visam, em última análise, estabelecer restrições à liberdade e propriedade dos agentes econômicos.

¹⁸ Questão já bem conhecida nos tribunais é a do erro em divulgação de oferta: quando há ou não a exigência ao fornecedor de cumpri-la. Embora a análise do erro grosseiro dependa em muito das circunstâncias do caso concreto, vale registrar precedente do STJ que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.794.991 (rel. Min. Nancy Andrighi, 18 ago 2020), desobrigou companhia aérea e agência de viagens de emitir bilhetes de voo cujo preço anunciado, muito aquém do normal praticado pelo mercado, decorreu de erro no sistema.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

próprio no título que rege a *ordem social*, o que por si só denota sua alta importância para o legislador constituinte¹⁹.

A fiscalização, aqui, para fins de defesa do meio ambiente está associada intimamente a um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF). Com efeito, é impossível se pensar num futuro próspero para a nação sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem alguma garantia de que os recursos naturais que hoje possuímos não serão dissipados por completo num médio ou longo prazo.

Dessa feita, a fiscalização estatal operada para fins de proteção do meio ambiente também possui, mesmo que indiretamente, nítido caráter econômico. Para esse mister, a Lei nº 6.938/1981 constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente, o qual é composto de órgãos diretivos, consultivos e também executivos, dentre os últimos se destacando, em nível federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. Por sua vez, a Lei nº 9.605/1998 é a responsável por disciplinar os atos lesivos ao meio ambiente e estipular as sanções administrativas e penais cabíveis.

Aqui, mais uma vez, tal como se vê no âmbito da defesa do consumidor, os órgãos executivos podem atuar concorrentemente com a Defensoria e ao Ministério Público, em especial nas situações que possam ensejar ações de responsabilidade, embora esses últimos não possuam competência para aplicação de sanções administrativas. No entanto, a atuação dos órgãos de controle, sobretudo em seu aspecto preventivo, deve se compatibilizar com os princípios da livre iniciativa e da presunção de boa-fé, de forma a não dificultar de forma extrema o exercício de atividade econômica.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Lei 13.874 trouxe notável avanço na avaliação do campo de ação fiscalizatória do Estado em matéria de preservação ambiental (meio ambiente *lato sensu*, incluída aí a defesa do patrimônio cultural e urbanístico): ao estipular ser direito da pessoa “desenvolver atividade econômica de baixo risco (...) sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação” (art. 3º, I), e quando autoriza, noutros casos, a “aprovação tácita” por excesso de prazo na análise de pedido de liberação de atividade (inciso IX)²⁰, a lei acaba

¹⁹ Nas palavras de Eros GRAU, o constituinte deu “vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sob o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de ‘retorno à barbárie’” (2015, p. 251-252).

²⁰ Registre-se que o inciso I do art. 3º da Lei 13.874 é considerado uma norma de caráter *nacional*, assim como a maior parte dos demais dispositivos dessa lei (art. 1º, § 4º), de modo que compete a cada ente federativo expedir

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

por reconhecer não apenas os danos que a burocracia estatal desmedida causa, mas também que a fiscalização possui limites, devendo essa ceder quando restringe liberdades sem motivo suficientemente baseado no interesse público.

CONCLUSÃO

Neste trabalho procuramos assentar as premissas que regem a função fiscalizadora da economia pelo Estado, função essa componente da intervenção indireta do Estado na economia, tal como previsto no art. 174 da Lei Fundamental da nossa república.

Nesse propósito, além de se estabelecer as necessárias distinções entre intervenção e regulação estatais, pelas quais a fiscalização perpassa, procurou-se resgatar as bases históricas da intervenção na economia, deixando claro que, dentre as funções hoje previstas constitucionalmente, a fiscalização é a que há mais tempo se observa presente na realidade dos governos que ascendem e sucumbem desde os primórdios da civilização.

Além disso, procurou-se identificar a fiscalização da economia no interior da noção de poder de polícia, com o qual aquela função possui íntima relação, mas, conforme concluimos, hoje não pode mais ser concebida como sinônima. Por fim, foram destacadas algumas das matérias de atuação do Estado onde a função de fiscalizar é sensivelmente presente, matérias essas que não poderiam ser retiradas de outro lugar senão dos princípios que regem a ordem econômica nacional. Com a análise da fiscalização do Estado em matéria de defesa do meio ambiente, do consumidor e da livre concorrência, traçou-se um paralelo entre os instrumentos já tradicionalmente previstos na legislação e os ditames inovadores inseridos no ordenamento brasileiro por meio da Lei de Liberdade Econômica.

Em suma, pode-se concluir que a fiscalização da economia, ainda que seja das mais antigas instituições estatais, não pode ser considerada *velha*. A par da relevância que as demais funções interventivas ganharam na contemporaneidade, a fiscalização permanece sendo essencial para a concretização de valores que o constituinte alçou ao mais alto grau de importância dentro da ordem econômica, sendo que a função fiscalizadora é constantemente

atos normativos regulamentando essa disposição – listando as atividades que seriam, em cada esfera de atuação fiscalizatória, dispensadas da necessidade de obtenção de autorização, permissão, liberação ou alvará para funcionar. No âmbito federal, essa regulamentação foi realizada por meio do Decreto nº 10.178/2019 – o qual também tratou da aprovação tácita do inciso IX do art. 3º da lei – e da Resolução nº 62/2020 do CGSIM – Comitê para gestão da Rede Nacional para a simplificação do registro e da legalização de empresas e negócios.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

atualizada com o advento de novos estudos, normas e debates acerca dos institutos que a permeiam, o que não somente fortalece sua posição em nossa ordem jurídica como também garante sua aplicabilidade frente às novas formas de atuação econômica.

Nesse sentido, há de se entender que a Lei nº 13.874/2019 não surgiu com o intuito de desestabilizar as estruturas consolidadas da fiscalização estatal, mas, sim, fixar melhor o foco dessa intervenção. Não se trata, pois, de um retorno ao *laissez-faire*: há, por meio dessa lei, a confirmação do que se deve entender como papel do Estado na economia à luz do art. 174 da CF, regulando-se aquela sem abusos de poder e garantindo-se que as liberdades individuais não serão restringidas além do necessário para a suficiente e eficaz promoção dos fins públicos – todos (liberdades e interesses, garantias e direitos) igualmente calcados na nossa Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado.
- BANCO MUNDIAL. *Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency*. Washington: World Bank, 2014. DOI: 10.1596/978-1-4648-0351-2. Acesso em: 24 out 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Manual de Direito Econômico*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- CAMARGO, Ricardo A. Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo: o Estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Editora Planeta, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- HAYEK, Friedrich A. von. *The road to serfdom*. New York: Routledge, 2006.
- MARTINS, Ricardo Marcondes; SANTANO, Ana Claudia. *Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía*. In *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, vol. 3, n. 2, maio/agosto/2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Ernesto. *Em crise, Cuba autoriza abertura das primeiras empresas privadas*. Veja, 30 set 2021. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/em-crise-cuba-autoriza-abertura-das-primeiras-empresas-privadas-2/>>. Acesso em: 26 out 2022.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSA, Marizélia Peglow da. *A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia*. Dissertação (Mestrado em Direito). Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2008.

SCHEDLER, Kuno. *Gewährleistungsstaat - eine Konzeption für den Staat*. In *Berliner Debatte*. Röbel: Thünen-Institut, vol. 11, n. 3, 2000.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Oxford: Oxford University Press, 1976.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Económico*. São Paulo: LTr, 2005.

STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Económico geral*. Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, vol. 2*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB, 2004.