

08/1000-X
7.08/1006-9
C-6010200-4

INTERVENCIONISMO

E

DIREITO

*Intervenção Estatal
Direito
Direito e Sociedade*

UMA ABORDAGEM DAS REPERCUSSÕES

NEOMÉSIO JOSÉ DE SOUZA

Dissertação de Mestrado em Direito como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) junto à Universidade Federal do Ceará.

UFC/BU/BFD 26 Jul 1995



R401110 Intervencionismo e direito :
C156973
T331 S756i

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FORTALEZA - 1981

COMISSÃO JULGADORA

Paula Bonavide - Pres.

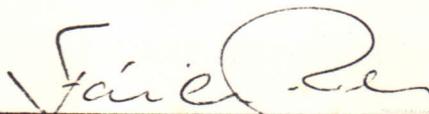
Eros Roberto Grazi

Railda Saraiva de Moraes

Orientador - Fávila Ribeiro

O presente trabalho teve a minha orientação, mantendo-se em consonância com as diretrizes do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, voltado para o Direito e o desenvolvimento.

Fortaleza, 02 de junho de 1981

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Fávila Ribeiro', written over a horizontal line.

Fávila Ribeiro
Professor Orientador

“ As leis e as instituições devem ir de mão com o progresso da mente humana. Com a mudança das circunstâncias também devem avançar as instituições para manter-se ao ritmo dos tempos”.

THOMAS JEFFERSON

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
Parte Primeira — O ESTADO E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS	
Capítulo I — A AÇÃO ESTATAL E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS	
1 . O Estado Liberal.....	5
2 . O Estado Intervencionista.....	18
Capítulo II — INTERVENCIONISMO E DESENVOLVIMENTO	
1 . Intervencionismo e dirigismo, terminologia e conceituação.....	40
2 . Poder de Polícia e intervencionismo: noções irredutíveis.....	44
3 . A intervenção como instrumento de bem-estar e desenvolvimento.....	51
4 . Conseqüências da expansão intervencionista.....	56
Parte Segunda — DO ABSTENCIONISMO AO INTERVENCIONISMO	
Capítulo I — A ORDEM JURÍDICO—ECONÔMICA CAPITALISTA	
1 . As mudanças na sociedade.....	68
2 . Ordem Econômica e Constituições.....	79
3 . A Ordem Econômica e suas transformações.....	88
Capítulo II — INTERVENCIONISMO E EVOLUÇÃO JURÍDICA	
1 . A socialização do Direito.....	105
2 . A liberdade, sentido e perspectiva.....	111
3 . O Direito como conformador da ordenação social e econômica.....	126
4 . As realidades jurídicas emergentes.....	132
5 . A visão dinâmica e prospectiva do Direito.....	156
6 . Desafio aos juristas: a renovação e adequação do Direito às exigências da sociedade moderna.....	164
CONCLUSÕES.....	173
BIBLIOGRAFIA.....	176

INTRODUÇÃO

O estudo das repercussões do intervencionismo no Direito suscita, invariavelmente, o problema das relações entre o econômico e o jurídico, que tem nas idéias de *Marx* o ponto de partida da discussão.

Para o pensador de *Tréveris*, entre Direito e Economia não haveria senão uma relação de causa e efeito, em que a superestrutura do Direito seria sempre uma projeção da infra-estrutura econômica da sociedade. A ordem jurídica se acharia em uma relação natural de dependência com a Economia, de tal modo que uma transformação dos fenômenos econômico-sociais condicionariam necessariamente uma transformação análoga do Direito vigente (1).

Numa vigorosa réplica ao determinismo econômico marxista, *Stammler* opõe a tese de que o Direito não é um simples acessório da Economia, como propugnava a doutrina materialista, mas o elemento em si incondicionado e necessariamente condicionante de toda possível organização social. Entre Economia e Direito não há relação de causa e efeito, mas sim relação de matéria e forma, na qual sempre se dá a vida social única.

O pensamento *stammleriano*, como ressalta *Carlos Otero Díaz*, redime o Direito da servidão e dos implacáveis ataques materialistas, situando-o em plano de primazia dentro da vida social (2).

Há de fato, uma recíproca influência entre Economia e Direito. Não se pode deixar de admitir, contudo, que os fenômenos econômicos exercem uma poderosa influência na configuração dos conteúdos jurídicos. Mas isso não implica negar a possibilidade de condicionamento dos fatores econômicos pelos jurídicos.

(1) Cf. R. Stammler, *Economía y Derecho Según la Concepción Materialista de la Historia*, Madrid, 1929, p. 14; Ariel Alvarez Gardiol, *Manual de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1979, p. 134.

(2) Carlos Otero Díaz, *La Influencia de la Economía en el Derecho*, Madrid, 1966, p. 12.

Merece observar-se, com propriedade, que não é possível estabelecer uma causalção infalível, colocando as relações sociais, culturais, políticas e jurídicas na dependência exclusiva dos fenômenos econômicos (3).

A verdade é que a política econômica não produzirá os resultados desejados, na transformação das estruturas econômicas, se não estiver alicerçada no Direito. Da maior ou menor virtude deste dependerá o sucesso ou o fracasso daquela.

O intervencionismo, por si mesmo, é um exemplo de que a ordenação do processo econômico está condicionada pelo emprego de fórmulas jurídicas, orientadas para o desenvolvimento e o bem-estar social. A eficiência das regras jurídicas dependerá tão somente de sua conveniente e oportuna adequação às exigências sociais de cada momento histórico.

As transfigurações sócio-políticas ocorridas nos fins do século passado, começam a apresentar no início desta centúria um novo quadro social a que se deve amoldar a ordem jurídica. As contradições e anormalidades apresentadas pela economia clássica exigiram a presença do Estado na disciplina das relações econômicas, de forma a conter os excessos da atividade privada, com o propósito de sujeitá-la aos princípios do bem-comum e da justiça social.

Daf em diante, divisam-se realidades novas. Emerge o Estado intervencionista e, com ele, o Direito do Estado Social (denominação que se adota para fugir ao sentido vago, ambíguo e impreciso da expressão "Direito Social"), que transcende os ordenamentos jurídicos de coordenação e subordinação, e passa a ser um Direito de integração, cujas relações se dirigem ao "nós", a toda comunidade, como o entendia *Gurvitch*.

Tendo ampliado as suas atividades, o Estado foi levado a reformular os métodos, processos e fins de sua ação social, obrigando-se à revisão dos meios de apreender e expressar a realidade jurídica.

Algumas construções jurídicas, de caráter individualista, tornaram-se anacrônicas, como, de igual modo, os métodos e as técnicas de aplicação das regras de Direito Público. E o Direito Privado persiste em grande parte como repositório do ideário liberal-burguês, sofrendo desgaste histórico-temporal, em virtude das crescentes exigências sociais e do sentimento de solidariedade nas diferentes categorias de trabalho.

(3) Fávila Ribeiro, *A Ordem Jurídica e as Transformações Sociais*, in *Revista NOMOS*, n.º. 1, Fortaleza, 1978, p. 24.

A dupla ação estatal, interventiva e participativa, ganhou relevância jurídica, a tal ponto que se atribuiu nova função ao Direito, como instrumento de organização social e de relações sociais mais equitativas e de equilíbrio das forças econômicas.

O Direito, então, passou a desempenhar uma função instrumental, como conformador da ordenação social e econômica, pondo-se a serviço do Estado na concretização de sua política de desenvolvimento e bem-estar social. O Estatuto Constitucional brasileiro em vigor (art. 160) permite inferir-se de que acompanha essa orientação.

Utiliza-se o Direito na preservação do mercado, buscando-se princípios novos inspirados na idéia de que os mecanismos jurídicos devem ser empregados obrigatórios ou facultativamente, no interesse do desenvolvimento.

O presente trabalho não pretende ir além de uma tentativa despreziosa de fazer com que as atenções se voltem para o exame e conhecimento de transformações por que tem passado o Direito, resultantes da ação estatal no plano das relações sócio-econômicas.

As transformações econômicas do capitalismo e os aspectos estruturais do sistema tem merecido profundas e extensas análises, entretanto, não são muito numerosos os estudos em derredor das mudanças jurídicas verificadas com a evolução do abstencionismo ao intervencionismo estatal. Na literatura jurídica nacional, ao que parece, a deficiência é muito mais patente.

Os que se ocupam do assunto o fazem esparsamente, em trabalhos nem sempre específicos, sem maior interesse por lhe emprestar um tratamento mais objetivo e sistematizado.

Talvez o motivo não o justifique plenamente, mas pelo menos, permite entender-se a razão de escrever sobre o tema aqui desenvolvido.

Como é possível depreender da bibliografia, a fundamentação da temática se orienta por uma visão interdisciplinar, não apenas por sua abrangência, mas face às exigências de uma sociedade cada dia mais complexa, que reclama aproximação maior entre a normatividade jurídica e a realidade social, que se não poderá conseguir sem exceder as lindes do Direito.

Semelhante orientação deve nortear o labor dos que operam com o Direito, porque, no entender de *Charles Eisenmann*, se o reino do "jurídico" forma parte de um mundo heterogêneo mais vasto, se está rodeado pelo "não jurídico", o conhecimento das relações entre o Direito e o

que não é Direito será um elemento necessário para o conhecimento da ciência jurídica, da mesma maneira que, para quem admita a existência de um "reino metafísico" em relação com o "reino físico", a teoria das relações entre estes dois reinos será parte necessária do conhecimento integral da natureza e do sobrenatural. Assim, diz ele, a ciência do Direito não pode concentrar-se unicamente na contemplação e análise das regras de Direito em si mesmas consideradas (4).

Como linha metodológica, procura-se extrair algumas conclusões dedutiva e indutivamente, estudando as repercussões do intervencionismo frente ao Direito num plano mais geral, para chegar ao nível das particularidades, sem esquecer, inversamente, o contato com a realidade jurídica nacional na obtenção de conhecimentos mais genéricos.

A ausência de originalidade da temática escolhida não encontra maiores atenuantes, a não ser no intento de provocar trabalhos mais fecundos na área do Direito, de forma a ensejar debate mais amplo dos aspectos explorados.

De outro lado, não se teve a pretensão de esgotar a matéria. As apreciações atendem a uma visão particular. As omissões são uma contingência dos limites de espaço, não um critério de se atribuir relevância aos setores objetos de estudo.

É de se advertir, por isso, que o objetivo traçado foi de oferecer uma abordagem, não de todas, mas de algumas repercussões, no mundo do Direito, com a passagem do abstencionismo ao intervencionismo. O subtítulo do trabalho deve ser entendido nesse sentido. A limitação de conhecimentos, e somente ela, não permitiu voos mais ousados.

As virtudes acaso existentes pertencem ao orientador, *Prof. Fávila Ribeiro*, cujo roteiro seguro e brilho de suas lições possibilitaram que o trabalho se tornasse realidade. Os defeitos, erros e impropriedades, além das restrições que se lhe oponham, devem ser imputadas por inteiro ao autor da dissertação.

(4) Charles Eisenmann, *La Ciencias Sociales en la Enseñanza Superior-Direito*, Madrid, 1958, pp. 48 - 49.

PARTE PRIMEIRA

O ESTADO E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS

Capítulo I

A AÇÃO ESTATAL E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS

1 . O Estado liberal. 2 . O Estado intervencionista.

1 . O ESTADO LIBERAL

Ninguém ignora que a vida dos homens, na sua convivência em sociedade, bem como a sua organização no sentido de alcançar a satisfação das necessidades materiais tem apresentado traços e características distintas ao longo de sua evolução histórica, correspondendo a cada período e a cada lugar um sistema de organização econômica e social.

Constata-se que os sistemas econômicos se diferenciam uns dos outros pela predominância de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção, a base econômica (estrutura econômica ou infra-estrutura) no seio da qual se formam certas relações sociais de produção e a partir da qual se edificam e instalam determinadas estruturas políticas, jurídicas, culturais, ideológicas (superestrutura).

Os seguidores da Escola Clássica, na observação de Avelãs Nunes, ignorando a problemática, viam na ordem capitalista não uma fase transitória na marcha da humanidade, mas a forma absoluta e definitiva da atividade econômica e da organização social, concebendo a ordem econômica como mecanismo comandado por leis naturais de validade

universal como as leis da Física, concepção contra a qual reagiu a Escola Histórica Alemã, com a sua teoria dos estádios de desenvolvimento da economia e *Karl Marx*, com o materialismo histórico (1).

Deixando de lado o exame e classificação das várias fases pelas quais passaram as sociedades humanas, cumpre, no entanto, por de relevo os elementos que caracterizam e individualizam os sistemas económicos. Para *Teixeira Ribeiro*, o que imprime carácter a qualquer economia e a individualiza como tipo é o modo de produção (2). Desta forma e em tal linha de pensamento, o que distingue os sistemas é o modo de produção, ou seja, a natureza das relações de produção (propriedade privada ou propriedade coletiva dos meios de produção) e a forma de repartição do produto (existem rendimento da propriedade ? ou só rendimento do trabalho ? ou se verificam rendimentos de ambas as origens ?).

A natureza das relações sociais de produção (a posição relativa dos homens frente aos meios de produção), portanto, é que distingue os sistemas. Em tal sentido é que se fala do socialismo como sistema caracterizado pela propriedade coletiva dos meios de produção e do capitalismo como sistema em que vigora a propriedade privada dos meios de produção.

A distinção dos sistemas económicos tendo como ponto de partida a natureza das relações sociais de produção, oferece a vantagem de permitir caracterizar também, para cada um deles, como se processa a direcção da economia e o critério que norteia a distribuição do produto social, servindo, de igual modo, como orientação válida para a análise da evolução do Estado no plano das actividades económicas.

As sumárias apreciações em torno dos traços individualizadores de cada economia terão reflexos práticos na compreensão da realidade económica que envolveu o Estado Liberal (com o capitalismo liberal, atomístico ou individual), característica dos países onde, nos fins do século XVIII ou durante o século XIX, se verificou a Revolução Industrial e surge representada, no aspecto teórico, nas obras dos clássicos ingleses, como *Adam Smith* e *Ricardo* (3).

(1) A. J. Avelães Nunes, *Os Sistemas Económicos*, Coimbra, 1975, pp. 7 - 8.

(2) *Teixeira Ribeiro*, apud A. J. Avelães Nunes, op. cit., p. 24.

(3) Cf. A. J. Avelães Nunes, sobre o capitalismo liberal, op. cit., p. 156.

Antes de discorrer sobre o Estado Liberal parece de toda oportunidade referir-se ao sentido da palavra "liberal", especialmente o político.

A antiguidade romana falava de *ingenium liberale* (Terencio) para indicar um caráter livre, do homem independente e livre: *vir liberalis* (Cícero). É de ressaltar-se que os juristas romanos distinguiram, conforme correntes filosóficas gregas, entre *operae serviles* e *operae liberales*. Nas primeiras estavam as próprias de escravos e nas últimas as de homens livres.

O termo liberal, como observa *Pablo Lucas Verdú*, implicava então uma dignificação humana, não aplicável a todo o contexto social, nem a uma corrente de pensamento. Para chegar à concepção política do vocábulo liberal e do *ismo* liberalismo, é preciso alcançar os movimentos políticos-sociais pós-napoleônicos do século XIX, embora muito antes a Inglaterra tenha oferecido o exemplo de correntes e instituições políticas tipicamente liberais (4).

Ao que tudo indica o uso do adjetivo liberal, com escopos políticos, começou na Espanha nas famosas Cortes de *Cádiz* em oposição aos partidários da monarquia absolutista, qualificados com evidente desprezo, de *servís*. Teria a seguir se espalhado por toda a Europa, então submetida aos percalços da revolução liberal.

Numa significação mais recente a palavra liberal traduz-se numa atitude política, cuja característica reside em admitir o legado institucional do liberalismo (5).

É possível vislumbrar, como resultado de um processo natural de amadurecimento, um novo estilo de vida invadindo no Renascimento o mundo civilizado. O homem toma consciência, de uma forma bem diversa e vigorosa, do valor da personalidade e da liberdade individual. Em torno dessa idéia é que começam a se forjar os homens e as instituições renascentistas.

A verdade é que já a partir do século XVI as idéias individualistas e capitalistas começam a abrir caminho na Europa e a transformar a estrutura social, econômica e jurídica do mundo ocidental. A Escola do Direito Natural Profano ou Clássica, como expressão do liberalismo e capitalismo ascendentes, serviu para transmitir a influência daquelas idéias ao Direito.

(4) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1976, p. 221.

(5) Cf. Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 222, e Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1975, pp. 512 - 513.

O individualismo, contando com idéias de algumas correntes protestantes, as quais viam no bem-estar material de um indivíduo a marca indiscutível do favor divino, tornou-se o caminho político-jurídico do capitalismo. As regras morais e religiosas que vigoravam desde a Idade Média são deixadas de lado: as satisfações utilitárias que a acumulação de riqueza proporciona preparam a passagem para essa transformação.

É possível, então, admitir-se que o *homem capitalista* viria alterar todos os valores do "homem natural", orientando-se por um novo espírito, uma nova atitude — buscando o lucro racional e sistematicamente — à qual subordinaria tudo o mais, desumanizando a economia, deixando de ver no homem a *mensura omnium rerum*.

O individualismo entende que o homem é possuidor por si mesmo de certos direitos subjetivos, os quais por isto se denominam direitos naturais. Nasce livre, com o direito de desenvolver-se em todos os seus aspectos e de se fazer dono do resultado de sua atividade produtiva. Para assegurar-se o respeito aos direitos de cada indivíduo se faz necessária uma limitação dos direitos dos demais.

O Estado, assinala *Eduardo Nóvoa Monreal*, não tem outro fim senão proteger e sancionar os direitos individuais de cada um; para o propósito lhe basta formular o Direito, assegurar a administração da justiça, organizar uma política eficiente que conservasse a ordem nas vias públicas e responder às boas relações internacionais e a segurança externa do Estado. Não lhe é permitido ter ingerência na livre atividade dos homens, salvo se estas venham a causar dano a outro ou atentem contra a segurança pública (6).

Na tipificação da ideologia liberal-individualista é de referir-se à sua raiz individualista. Contudo, disso não decorre que liberalismo e individualismo se identifiquem fielmente, o que se verifica é que seu desenvolvimento e consolidação viriam reconhecer as virtualidades intrínsecas do indivíduo (direitos, liberdades), impondo-as e concretizando-as na passagem do Antigo Regime, fundado no *status*, ao Estado Liberal que se embasava no *contrato*.

Assinala *Pablo Lucas Verdú* que o individualismo caracterizou a política econômica e social do Estado Liberal, temeroso de que ressuscitassem as abolidas corporações de artes e ofícios que estorvavam a

(6) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstaculo al Cambio Social*, México, 1977, pp. 110 - 111.

livre iniciativa individual. Constituiu, no entanto, um obstáculo para compreender as justas reivindicações das massas oboeiras e para adotar as medidas necessárias que as integrassem à comunidade (7).

O individualismo liberal dos séculos XVIII e XIX, para *Recaséns Siches*, é uma concepção e um sistema personalista, que além de ter em comum com a idéia liberal em geral a afirmação das franquias fundamentais do indivíduo, considera que a melhor maneira de servir ao fim humanista consiste em deixar em plena espontaneidade e livre jogo as liberdades dos homens em todas as ordens, e restringir a função do Direito e do Estado à garantia destas liberdades, mediante a administração de justiça que vele por elas e a defesa material interior e exterior, sem intervir para nada na realização dos fins humanos concretos de bem-estar (8).

Assim, acredita o individualismo liberal que o Estado servirá tanto melhor à personalidade humana quanto seja o volume de livre atividade que a permita, restringindo-se a assegurar a liberdade individual através de uma eficiente proteção. E imagina que o espontâneo jogo das atividades privadas seja a melhor fonte de solidariedade social.

Em termos históricos, o Estado Liberal vem a ser o marco do chamado Estado de Direito, com o "império da lei", muito embora alguns autores tentem vislumbrar alguns precedentes mais ou menos imprecisos da idéia de Estado de Direito na Antiguidade, Idade Média e Antigo Regime. Mas, como anota *Pablo Lucas Verdú*, estes antecedentes e tais nomes abonam para sustentar que a aparição do Estado de Direito se vê ligada a uma determinada fase histórica da evolução do Estado absoluto ao Estado Liberal (9).

A institucionalização do Estado de Direito de modo coerente, pela primeira vez e com um certo caráter geral, ocorreu depois da Revolução Francesa, nos Estados liberais do século passado, fundados precisamente na doutrina do "império da lei".

(7) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1976, p. 224.

(8) Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1975, p. 513.

(9) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, p. 16.

Na sua origem e desenvolvimento estão vinculadas intimamente as formas do Estado de Direito e do Estado Liberal. Por isso, o Estado de Direito começa sendo e o será durante todo o passado século e primeiros decênios do atual, Estado Liberal de Direito.

É interessante lembrar que na Idade Média havia senhores feudais e estamentos dotados, com respeito ao povo, de um poder por vezes incontrastável. Daí não há sentido algum falar de Estado de Direito na época medieval, baseando-se na organização característica e própria do feudalismo (10).

O Professor Elías Díaz, após um estudo demorado do assunto, resalta que *"apesar de todas las insuficiencias del liberalismo, no es menos cierto que éste cumple sobradamente el mínimo de condiciones válidas para situar en él — como sistema contrapuesto al absolutismo — el ponto de arranque del concepto de Estado de Derecho"* (11).

O Estado Liberal de Direito, ou simplesmente Estado Liberal, constitui com o Estado Social de Direito os dois grandes tipos de Estado de Direito, entendendo-se este, na definição de Rafael Entrena Cuesta, como "aquela forma de Estado em que se reconhecem e tutelam os direitos públicos subjetivos dos cidadãos mediante a submissão da administração à Lei" (12).

O liberalismo, encontra a tipificação de sua ideologia em raízes individualistas. Não seria de estranhar, portanto, que as concepções de cunho individualista, que já se apoderavam da consciência do povo britânico, como produto do processo industrial que se iniciava, na primeira metade do século XVIII, viessem a se expandir por toda a Inglaterra, traduzindo-se depois no pensamento de Locke em torno dos direitos fundamentais e inatos do homem, tendo como fontes as leis naturais.

A concepção *lockeana* sustenta que caberia ao Estado as funções de oferecer tutela a esses direitos, nos quais encontraria, por sua vez, o limite de sua ingestão na vida social. Os direitos individuais, reconhecidos constitucionalmente, como manifestação do Direito Natural, fariam emergir, no concerto jurídico, a superioridade dos indivíduos sobre o Estado, tendo como corolários os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Para a afirmação do individualismo liberal muito contribuíram as idéias de grandes pensadores, como Kant, que excluía das finalidades

(10) Cf. Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, p. 46; cf. também Djacir Menezes, *Tratado de Filosofia do Direito*, São Paulo, 1980, p. 210.

(11) Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1975, p. 31.

(12) Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1976, p. 35.

do Estado a procura pelo bem-estar dos homens: limitava sua missão a de ser a garantia do Direito, a custódia da ordem jurídica. O Estado, segundo ele, não devia interferir desnecessariamente nas atividades dos indivíduos, devendo preocupar-se apenas em garantir-lhe o gozo de seus direitos. Por seu turno, *Spencer* considerava o Estado um "mal necessário", mas que devia limitar sua ação ao indispensável. A história, no seu entender, consistia na progressiva emancipação do indivíduo frente ao Estado.

Importante papel, na configuração das idéias do liberalismo, teve a Revolução Francesa, que, com sua consagração dos direitos do homem e do cidadão, significou uma extraordinária afirmação do valor do indivíduo. Caberia a ela o papel de, a custo de muito sangue e sacrifício, procurar a busca de solução, para as contradições entre as classes politicamente dominantes e a burguesia florescente, com a adequação do Estado francês às exigências da economia emergente. O pensamento de *Rousseau* foi de transcendental significação na construção das idéias que inspiraram o movimento revolucionário e o soerguimento de uma nova ordem social. Foi o genebrino, na imagem feliz de *Paulo Bonavides*, o *Nietzsche* latino, que, cem anos antes dos textos de *Marx*, arremessa sobre o liberalismo irretroatável da sociedade burguesa a bomba incendiária da soberania popular e do sufrágio universal" (13).

O Estado Liberal, no terreno das atividades econômicas, como não poderia deixar de ser, sofrerá a influência desses princípios individualistas.

Desta forma, será a livre ação dos indivíduos estimulada pela livre iniciativa e pelo espírito de lucro; amparada pelas garantias individuais e a liberdade de atividade econômica; apoiada no direito de propriedade e desfrutando de todas as possibilidades oferecidas pela liberdade de contratação, de forma a promover o avanço e o progresso de toda a humanidade.

O livre jogo das atividades dos indivíduos permitirá o surgimento de uma sociedade mais adiantada, mais próspera em seus componentes e, portanto, em seu conjunto. Como elementos decisivos para o progresso humano, consagrou-se a liberdade de contratar e a autonomia da vontade.

(13) Paulo Bonavides, Democracia e Liberdade no Contrato Social de Rousseau, in Estudos em Homenagem a J. J. Rousseau, Rio de Janeiro, 1962, p. 150.

No domínio econômico as concepções individualistas procuram consagrar para o homem a permissibilidade de escolher os seus próprios objetivos econômicos e apoderar-se dos resultados, ensejando-lhe o mais amplo exercício do direito de propriedade e do direito de contratar.

O Estado, na linha da ideologia liberal, teria como funções, legislar, administrar o próprio patrimônio, prover às suas despesas, realizar os serviços públicos, organizar a sua defesa, interna e externa e a da população e coibir os crimes contra a pessoa e o patrimônio. Como se verifica, substancialmente o seu papel seria o de manutenção da ordem e segurança públicas.

Nesse sentido é a análise de *Kelsen*, para quem o Estado é um "mal necessário", mas, sendo imprescindível, o seu âmbito de ação deve ser reduzido ao mínimo: defesa da segurança exterior, proteção à vida e à propriedade dos membros do Estado, no interior; porém nada de fomentar o bem-estar dos cidadãos e, especialmente, nada de intervenção estatal na vida econômica e na cultura espiritual, pois uma e outra não florescem senão com o livre jogo das forças sociais (14).

Uma explicação para essa postura talvez se encontre nas exigências das próprias idéias sobre que se assenta o Estado constitucionalista, em sua primeira etapa, particularmente a preocupação com a liberdade individual, surgindo daí uma Administração pública autenticamente abstencionista. A atividade administrativa se reduz a proporções mínimas, enquanto que qualquer escopo de interferência no mundo das relações econômicas e sociais entre os particulares está de antemão condenado frente ao dogma fisiocrático do "*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui-même*". Para que o jogo das forças sociais e econômicas se desenvolva normalmente, o Estado restringirá sua atuação à manutenção da ordem pública, numa minguada missão de simples "*gendarme*".

A compreensão do problema, está ligada às suas raízes, levando-se em conta que o individualismo, na observação de *Garrido Falla*, parte da crença de que o Estado deve limitar-se só e exclusivamente à manutenção da ordem pública, condição indispensável para que possam desenvolver-se livremente as relações econômico-sociais. Estas, prossegue,

(14) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, México, 1979, p. 41.

constituem em seu conjunto o "setor privado", completamente alheio à intervenção estatal. O fundamento ideológico deste tipo de Estado se condensa na conhecida fórmula "*laissez faire, laissez passer*": o Estado deve limitar-se a ser um Estado-gendarme (15).

Não se pode olvidar, ademais, que o advento do regime liberal vai implicar o rompimento com uma ordem social proveniente da Idade Média, uma ordem econômica que já se revelava inadequada.

As consequências, como era de esperar, impuseram transformações radicais no contexto sócio-econômico. A utilidade substitui como medida dos valores a tradição, a igualdade se opõe a uma ordem social complexa, a liberdade será a responsável pela quebra do equilíbrio de um mundo econômico sustentado por vínculos e privilégios particulares.

O Estado, frente às liberdades de indústria e comércio, e frente às demais, assume uma função puramente negativa, de vez que esta atitude é considerada a mais conveniente para alcançar o progresso individual.

Ao Poder Público é vedado estabelecer os módulos dentro dos quais a liberdade deve se desenvolver. Atribui-se-lhe, unicamente, a responsabilidade de criar as condições idôneas que permitam a sua plena expansão.

As leis econômicas, segundo os teóricos da época, revestiam-se de um atributo de harmonia. Buscava-se a eliminação automática dos atritos, de sorte a possibilitar, no espaço e no tempo, as compensações necessárias e suficientes para garantir a todos uma igualdade relativa de tratamento.

É nesse ambiente social e econômico, de harmonia natural, que despontam as teorias de *Adam Smith*. Para o Mestre de *Glasgow*, a liberdade na procura da riqueza é a condição de todo o progresso, admitindo que as injustiças criadas pela liberdade econômica não são talvez tão importantes e inaceitáveis como se poderia imaginar à primeira vista.

A máquina social comporta, segundo *Smith*, numerosos imperfeições, que são certamente desejadas pelo autor da Natureza e não convém dar-lhes remédio. Acrescenta *Henri Denis*, que também ele é dominado, ainda que em menor grau do que os fisiocratas, pela visão de uma sociedade que funciona como um organismo natural e na qual se tem de evitar tocar, se se pretende não a desregular (16).

(15) Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, Madrid, 1977, p. 140.

(16) Henri Denis, História do Pensamento Econômico, Lisboa, 1978, p. 219.

O tempo e a experiência viriam depois mostrar a insuficiência radical da concepção das leis econômicas naturais, pois a "mão invisível" se revelou incapaz de manter o equilíbrio e a racionalidade econômica.

Mas, o certo é que no Estado Liberal aceita-se o dogma de que os homens para alcançarem a felicidade desenvolverão todos os seus esforços e esgotarão a sua capacidade produtiva no sentido do maior rendimento. Basta que lhes seja garantida a total liberdade de ação. A intervenção do poder restringir-se-á a fomentar e proteger a iniciativa, e a abater a corrupção e a ignorância (17).

O liberalismo econômico, na lição de *Santos Briz*, propugnou uma ordem automática da economia que haveria de seguir a orientação do mercado. A confluência de oferta e demanda formava o preço e esta circunstância decidia as possibilidades e determinações dos sujeitos participantes na economia. Acreditava-se em uma ordem econômica que atuava por si mesma. Ainda que os indivíduos agissem por motivos egoísticos, não se lhes deveria privar de sua liberdade, pois, segundo *Adam Smith*, a mão invisível poria freio a seu egoísmo e, por outro lado, o princípio de livre concorrência cuidaria de que as árvores não chegassem até o céu; finalmente, as forças em luta no mercado se coordenavam segundo uma harmonia pré-estabelecida sem que o Estado interviesse (18).

Em consequência dessa orientação, exigia-se liberdade para a economia; o Estado se restringia a criar uma ordenação jurídica básica para o curso da economia, objetivando, fundamentalmente, a garantir a liberdade de contratação, os direitos da propriedade e sucessório, a regulamentação do dinheiro e do sistema monetário, bem como os de pesos e medidas, como pressupostos do intercâmbio de bens.

Impõe-se observar que a ordenação própria das relações econômicas foram entregues totalmente ao campo do Direito Privado por via da celebração de contratos. Os Códigos Cíveis e de Comércio se preocuparam em ditar apenas normas complementares de caráter dispositivo.

Pontes de Miranda, em oportuna consideração, ressalta que o liberalismo econômico proibia, teórica e praticamente, qualquer intro-

(17) Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, p. 45.

(18) J. Santos Briz, *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963, pp. 2 - 3.

missão do Estado na Economia, deixando a miséria à falível bondade dos sentimentos dos ricos (19). Afinal, como bem observou César Crissiúma, a experiência demonstrou com muita eloquência, que o liberalismo só assegurava a liberdade para os que participassem do poder econômico (20).

A idéia de que a economia funcionaria por si, sujeita a uma ordem natural, automática, rejeitando qualquer intervenção estranha, justifica a concepção liberal de estabelecer rigorosa distinção entre a esfera econômica e a esfera política. Esta última diria respeito ao Estado, cabendo ao *cidadão* o poder político. A esfera econômica, interessaria à esfera privada dos indivíduos, enquanto *produtores e consumidores*. Aí está a razão pela qual o Estado capitalista liberal do século XIX se conservou na posição do simples Estado-guarda-noturno, apenas cabendo a sua intervenção quando se fizesse necessária a defesa da ordem social.

O regime liberal, conquanto tenha propiciado importantes conquistas para a sociedade, máxime no campo político e econômico, ensejou, por outro lado, graves mazelas sociais, que muito pesariam depois para a sua sobrevivência.

Para *García de Oviedo*, "*la economía liberal introduce la anarquía en el campo de la economía. Los intereses colectivos no rezan en ella en primera fila. Su satisfacción es, a lo sumo, un resultado, pero no un objetivo, en la producción. En el orden de lo moral, Adam Smith había creado una economía aética. La utilidad individual es el único fin del productor. El lucro, el único estímulo de la producción. El trabajo queda convertido en mercancía, y el trabajador al margen de una distribución justa. Además, el liberalismo económico centra en el bienestar individual toda la economía, como si ésta pudiera dejar cumplir un fin más alto y desinteresado: el bien común*" (21).

Assim, constata-se que as suas vantagens não foram iguais para todos, beneficiando mais os empresários e menos os trabalhadores. Estes últimos, em especial, porque ficaram indefesos, a despeito da liberdade de contratação, tendo de aceitar as condições de trabalho oferecidas pelos empresários. Verificaram-se, em consequência, grandes abusos, no aspecto da proteção do trabalho, bem como relativamente aos empregos de mulheres e menores.

(19) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Vol. IV, Rio de Janeiro, 1947, p. 11.

(20) César Crissiúma de Figueiredo Jr., *A Liberdade no Estado Contemporâneo*, São Paulo, 1979, p. 55.

(21) Carlos García Oviedo, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1948, p. 652.

A economia liberal revelou ainda sérios defeitos de caráter estrutural, com a sua propensão para transtornos nos períodos cíclicos. Por isso, não raro o equilíbrio entre a harmonia ideada e o mercado se rompia, em razão dos movimentos ondulatórios da vida econômica. E então, às épocas de prosperidade seguiam-se outras de crises, como os desempregos e as depressões gerais.

O desenvolvimento técnico, a ascensão e o predomínio do capitalismo industrial, por outro lado, vão acentuar ainda mais a defasagem entre as estruturas político-conjunturais e a realidade econômico-social. Firma-se a hegemonia dos grupos industriais, titulares de poder econômico, em prejuízo dos concorrentes não detentores dessa prerrogativa econômica.

O surgimento do poder econômico acarreta uma efetiva contradição com a ideologia liberal ortodoxa, na medida em que impede a plena mobilidade das forças produtivas (22). A observação de Baena de Alcazar bem ilustra esse avanço do poderio econômico: "*La mentalidad de la época provocará el fenómeno de que el empresario, que ha conquistado las libertades económicas y exige del Estado o mínimo ejercicio del poder, va a tratar en otro orden de cosas de apoderarse de él*" (23).

O Direito, marcado por uma visão rigorosamente individualista, mostra-se ineficiente para oferecer uma contribuição corretiva aos graves problemas da sociedade, frente a uma ordem jurídica estruturada na base de restrições e proibições e voltada para a garantia da propriedade e liberdade dos indivíduos.

Com a afirmação do individual o Direito se reduz a simples conciliador de vontades livres em conflito. As regras jurídicas são colocadas como um cerco defensivo dos direitos individuais. O Direito está mais voltado para os comerciantes e detentores dos meios de produção.

(22) Modesto Sousa Barros Carvalhosa, *Direito Econômico*, São Paulo, 1973, p. 85.

(23) Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Juridico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 10.

A verdade é que a liberdade de ser proprietário se converte, em mãos do mais forte, em uma liberdade para dispor de coisas e em uma liberdade para dispor de homens, pois quem manda sobre os meios de produção tem em suas mãos a sorte dos trabalhadores (24).

Como salienta *Bertrand de Jouvenel*, nada, sem dúvida, contribuiu tanto para a perda de prestígio do pensamento liberal do que a aliança contraída sob a Restauração com a classe dos proprietários. As idéias liberais se viram, portanto, afetadas pela crescente impopularidade da propriedade (25).

O fortalecimento do poder privado econômico, justamente por essa abstenção do Poder Público de atuar na área econômica externa à sua própria administração, gerou uma situação em que a repressão à atividade prejudicial aos interesses coletivos, afirmava-se como tarefa política da maior importância. Diante disso, a ideologia liberal já se mostrava completamente ultrapassada à vista do aperfeiçoamento do poder privado econômico e pela influência que passou a exercer sobre o poder político.

As agitações sociais, a concentração de capitais e o progresso técnico serviriam para demonstrar a superação da fé ilimitada no livre jogo dos mercados e da natural harmonia dos fatores sociais da produção.

O quadro econômico começa a sofrer modificações. O ponto de equilíbrio de forças no jogo concorrencial da economia industrial passa a ser encontrado não mais entre indivíduos, mas entre grupos. A estrutura das empresas evolui da forma individual a coletiva, do capitalismo concorrencial das pequenas unidades ao capitalismo monopolista das grandes unidades.

O divórcio produzido entre o trabalho e a propriedade dos meios de produção vai despertar a consciência de classe do assalariado, motivando o nascimento de uma força política nova: o sindicalismo. Este, na opinião de *Pedro de Miguel Garcia*, "representa assim um passo adiante dos dados pelo triunfo da liberdade e do sufrágio universal nesse processo de irrupção das massas na vida pública que caracteriza nossa época" (26).

Na segunda metade do século XIX já se pode testemunhar a complexidade do mundo econômico, de tal sorte que os problemas relacio-

(24) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstaculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 122.

(25) Bertrand de Jouvenel, *Los Orígenes del Estado Moderno*, Madrid, 1977, p. 240.

(26) Pedro de Miguel Garcia, *El Intervencionismo y la Empresa Publica*, Madrid, 1974, p. 74.

nados à economia industrial não mais podem ser dimensionados com os princípios político-econômicos do livre jogo.

E assim, nas últimas décadas do século passado, surgem os primeiros passos da intervenção do Estado na economia, como consequência, além de fatores ideológicos, das disfunções apresentadas pelo processo produtivo, à sombra do liberalismo, e ainda como resultado da feição associativa e pluralística que esse mesmo processo havia adquirido.

2. O ESTADO INTERVENCIONISTA

As profundas contradições e desigualdades verificadas no seio da sociedade capitalista originou, já nos princípios do século XIX, uma poderosa reação às concepções liberais. As idéias contrárias ao absentismo estatal viriam se cristalizar no intervencionismo, fenômeno que assinala a atuação do Poder Público sobre o processo econômico-social.

Não se poderá obscurecer na formação dessas idéias o papel desempenhado pelo sindicalismo no intervencionismo estatal. As reivindicações sociais e aspirações políticas que o sindicalismo pôde revestir nos diferentes momentos e lugares, foi inquestionavelmente um fator decisivo na limitação da liberdade por motivos sociais e no debilitamento da força do capital frente ao trabalho dentro do processo produtivo.

A "mão invisível" não foi suficiente para eliminar as causas econômicas que iriam vigorosamente influir na superação dos princípios liberais, como a acumulação de capital, o progresso técnico e a concentração de capitais.

Nos países ocidentais observa-se que, com as exigências do avançado nível tecnológico das grandes empresas, as decisões já não dependem do dono do capital, nem tampouco da nova classe social de gerentes que representam o "management", mas, como afirma Galbraith, da tecnoestrutura, pois é o grupo e não a administração a inteligência orientadora — o cérebro — da empresa (27).

Apresenta-se uma nova forma de vida urbana que se vai impondo como resultado da concentração industrial nas cidades. E as necessidades sociais que enseja, ao lado das realizações das grandes obras e servi-

(27) John Kenneth Galbraith, O Novo Estado Industrial, São Paulo, 1977, p. 67.

ços públicos, fará com que o cidadão solicite ao Estado cada vez maior número de bens materiais e assistenciais, deixando para segundo lugar o interesse pela liberdade.

Lenta e firmemente começa a penetrar a idéia de que o Estado tem outras missões positivas a realizar e, por isso mesmo, o exercício do Poder Público não pode deixar de atender às demandas de satisfação das necessidades dos cidadãos. Os problemas sociais que se abatem sobre a sociedade, a duvidosa capacidade de solução pelos particulares, levam a reflexionar sobre o alargamento dos deveres do Estado, muito além da missão de garantir uma ordem jurídica para o exercício dos direitos.

Os limites da atividade estatal foram, então, ampliados e transpostos a um campo maior, mais extenso, e atividades consideradas anteriormente excepcionais passaram a constituir o exercício regular, normal, de competência, compreendida já agora na esfera própria do Estado.

Os movimentos operários estimulados em toda a Europa com a propagação do socialismo, apresentam reivindicações que obrigam ao Poder Público a intervir no livre jogo das relações econômicas. De outro lado, embora sob um ponto de vista oposto, a voz de *Leão XIII* se levanta em denúncia contra o regime liberal, formulando o princípio da intervenção do Estado como um dever público para atender as necessidades sociais emergentes.

O Estado Absenteísta, aos poucos, vai sendo esquecido, com todos os frutos do individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa.

A sua substituição desde o século passado, tem sido construída com um Estado intensamente intervencionista, que marca a sua presença em todas as direções na sociedade.

O sistema capitalista, em consequência, descobriu forças e energia para adaptar-se a esse Estado social e intervencionista, que solidifica os seus alicerces a partir da 1ª. Guerra Mundial (1914 — 1918).

A formulação *Keynesiana* de combate às grandes depressões representa, no dizer de *R. A. Amaral Vieira*, a racionalização e os fundamentos da doutrina de que um Estado organizado pode estabilizar, estimu-

lar e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura econômica e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo (28).

É forçoso convir que a humanidade não conseguiu, em pleno regime capitalista, encontrar sistema que comportasse, de maneira inflexível, a penetração do Estado em setores anteriormente vedados à sua interferência (29).

Cabe referir que certas intervenções só eram admitidas a partir do momento em que visavam a suprimir abusos deformadores do equilíbrio em que se baseava a economia privada.

A presença do Estado nos variados setores da atividade humana pode ser atribuída a uma compreensão mais ampla dos fenômenos econômicos, à maior consideração pelos seus aspectos sociais e políticos e à maior visão dos problemas humanos em todas as suas dimensões.

No comportamento estatal foram, efetivamente, grandes as transformações observadas. É que no século XVIII e princípios do século XIX, as preocupações se restringiam às liberdades políticas e a certos direitos civis, aos denominados problemas clássicos, como a segurança interna e externa da nação. O Estado cumpria essas funções sem imiscuir-se nos assuntos econômicos, porque a ordem social e econômica se regia de tal forma que assegurava, segundo os teóricos da época, uma estabilidade permanente e um progresso indefinido.

Foram, por certo, os graves problemas sociais e econômicos, acentuando as distâncias entre pobres e ricos, mercê de uma liberdade quase inexistente, pela conscientização da massa obreira, que levaram o aparelho estatal a essa mudança de atitude.

Uma data exata em que se possa situar as medidas intervencionistas do Estado seria temerário apontá-la, correndo-se o risco de falsear a verdade histórica. É possível, no entanto, registrar alguns fatos e acontecimentos que, embora timidamente, começam a revelar aquelas manifestações.

Segundo alguns autores a ação estatal, em bases intervencionistas, não é de data recente, remontando a tempos muito distantes. E indicam que manifestações intervencionistas podem ser observadas no Egito, onde se desenvolvia um exemplo típico de economia dirigida, pois ali a produção agrícola e industrial estariam sob a ação de rigoroso con-

(28) R. A. Amaral Vieira, *Intervencionismo Brasileiro: Raízes Históricas e Perspectivas*, Revista de Informação Legislativa, abril/junho, 1974, nº. 42, p. 302.

(29) Themistocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, Vol. III, Rio de Janeiro, 1963, p. 17.

trole estatal. Os gregos e romanos, também, teriam operado com sistemas econômicos de cunho nitidamente intervencionista. Ao intervencionismo grego não teria escapado uma das indústrias mais rendosas da atualidade — a do turismo (30).

A visão de um Estado que se limita total e exclusivamente à máxima do *"laissez-faire"* não parece corresponder à realidade econômica e social do passado século e, por isso, vários autores americanos tem assinalado que a técnica do desenvolvimento industrial pela intervenção governamental fez sua entrada na política dos Estados Unidos desde 1795, com o *"Report on Manufactures"*, de Alexandre Hamilton.

Gérard Farjat aponta como uma das primeiras manifestações da intervenção do Estado a Lei de 1841 sobre o trabalho de menores, que foi fortemente combatida e inaplicada na sua origem, embora a sua elaboração se inspirasse em estudo sob a orientação da Academia de Ciências Morais e Políticas da França (31).

A partir de 1890 surge uma forte oposição entre grandes empresas e sindicatos de trabalhadores, enquanto o Estado manifesta uma tendência, tímida, porém cada vez mais clara de intervir na vida econômica como árbitro da classe operária e da classe capitalista em conflito.

Deste modo, já no crepúsculo do século XIX, as dificuldades com que se defrontava o Estado frente à atividade econômica, impõem a sua intervenção no processo econômica. Assim, podem ser anotados como textos legais de caráter acentuadamente interventivos, o *"Sherman Anti Trust Act"*, em 1890, o *"Combines Investigation Act"*, em 1910, o *"Clayton Act"* e o *"Federal Trade Commission Act"*, em 1914. É de se ressaltar que essa legislação se orientava no sentido de controle ao abuso do poder econômico, com a regulamentação das grandes unidades econômicas, buscando através da organização destas, a preservação do ideal de livre concorrência.

Mas, foi a partir da 1.ª Guerra Mundial (1914 — 1918), em razão dos problemas surgidos na órbita econômica, que o Estado, adotando a política intervencionista, obrigou-se drástica e racionalmente a ordenar os recursos como um esforço de sobrevivência. A adoção dessa política de intervencionismo se consolidou com a 2.ª Guerra Mundial (1939 — 1945), em que o Estado teve de se ocupar diretamente não só da distribuição dos alimentos e do controle da utilização da mão-de-obra e

(30) Affonso Insuela Pereira, *Direito Econômico na Ordem Jurídica*, São Paulo, 1974, p. 136.

(31) Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, 1971, p. 117.

dos recursos disponíveis, mas também da produção, ao menos nos setores mais diretamente ligados às necessidades bélicas. Foi a chamada *planificação econômica de guerra*.

O fim das hostilidades, como consequência natural dos seus efeitos devastadores, não modificou a ação intervencionista, ao contrário, impôs aos Estados uma tarefa de reconstrução para a qual também não poderia desprezar uma ação racionalmente ordenada na economia. E essa atuação se prolonga com o pós-guerra, já como uma política econômica, já como uma política econômica que passa a fazer parte das economias capitalistas, configurando uma característica intensificação e qualificação da ação expansiva do Estado.

Na palavra de *Sanchez Agesta*, uma nova concepção das missões públicas começa a perfilar-se como consequência dos novos fins que o Estado assume. E acrescenta que os dois traços mais característicos desta ação estatal são uma tutela política, com um sentido coletivo e indeterminado, da satisfação das necessidades econômicas, e uma amplíssima intervenção ou direção do Estado na vida econômica, com o propósito de reajustar a estrutura econômica e social (32).

Para *Daniel Moore Merino*, a intervenção estatal é uma consequência das crescentes demandas da população por melhoras em seu nível de existência. Assim, assevera o jurista chileno, para dar resposta a essas demandas o Estado arbitra as medidas intervencionistas necessárias para criar as condições de bem-estar que elas exigem (33).

Os fundamentos doutrinários da moderna filosofia da intervenção estatal foram oferecidos por *Keynes*, em 1936, com a sua obra "*Teoria Geral do Emprego, Juro e Dinheiro*". A ação estatal no domínio econômico busca suprir as forças econômicas, pois estas, diversamente do que pensavam os clássicos, não detém aut capacidade para restabelecer o equilíbrio econômico, quando numa posição de ocupação plena.

O intervencionismo, contudo, lembra *Eros Grau*, é fruto do liberalismo e ainda que se procure buscar a origem do fenômeno em épocas

(32) Luiz Sanchez Agesta, *Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*, Madrid, 1976, p. 39.

(33) Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago Chile, 1962, p. 39.

remotas ou na análise do mercantilismo, o significado de correção de distorções ocorridas no processo econômico e, posteriormente, de sua organização e ordenação, só se manifesta quando conseqüente ao liberalismo econômico (34).

O que parece fora de qualquer discussão, para *Alfonso Padilla Serra*, é que o tempo atual se tem caracterizado por uma extensão evidente da ação econômica e social dos poderes públicos. O papel do Estado se transformou com isto, porém, em muitos casos não se cuidou de — ou não se pôde — proceder às melhoras do aparato estatal que permitissem às autoridades interessadas exercer suas novas funções com o máximo de eficácia, estabelecendo-se um desajuste entre as possibilidades que oferece o marco político tradicional e as exigências que decorrem da política econômica e social contemporânea (35).

O Estado intervencionista é uma realidade incontestável. Por isso, como uma imposição da complexidade do mundo contemporâneo, não se encontrará qualquer ordem jurídico-econômica capitalista que não consagre, em seu bojo, o intervencionismo estatal.

Esta realidade palpável é o Estado intervencionista, o Estado Social de Direito, o Estado dirigista, o Estado do bem-estar, ou simplesmente o Estado Social, expressões que se utilizará indistintamente para indicar o mesmo fenômeno — a atuação do Estado no processo de ordenação da economia. Afinal de contas, na lição abalizada de *Paulo Bonavides*, Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo (36).

O Estado intervencionista, ou o Estado Social emergente não pretende uma solução fora do capitalismo, conquanto o seu estatismo, voltado para o desenvolvimento e bem-estar social, possa se compadecer com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Na verdade, ainda na opinião do festejado publicista, o Estado Social representa uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado liberal (37).

(34) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 17.

(35) Alfonso Padilla Serra, *El Poder Ejecutivo y la Ordenación Económica*, in *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, p. 193.

(36) Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro, 1980, p. 232, Cf. Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1974, p. III - 25.

(37) Paulo Bonavides, *op. cit.*, pp. 205 - 206.

Adverte, todavia, *Pablo Lucas Verdú*, que nem todo intervencionismo cria bem-estar social, pois o intervencionismo vem exigido em determinadas épocas e situações, o qual já indica como sua utilidade está condicionada. No seu entender, é o significado da liberdade que qualifica o Estado liberal de Direito, enquanto garantia e limite, e o significado da participação que dá sentido ao Estado Social de Direito (38).

O Estado intervencionista ou Estado Social, portanto, somente será aquele que assume a responsabilidade pela ordenação do processo econômico, definindo políticas, dirigindo o seu encaminhamento e que se compadece com os ideais de bem-estar e desenvolvimento (39).

Não há dúvidas, assim, de que o Estado Social será decididamente intervencionista, objetivando a correção dos mecanismos do mercado, voltado para a consecução do desenvolvimento e do bem-estar social.

A propósito, assinala *R.A. Amaral Vieira*, que a distinção entre o Estado liberal e o social é fundamentalmente econômica e se mede pelo intervencionismo. Sem qualquer comprometimento político ou ideológico, considera que Estado Social é aquele em que predominam os interesses sociais sobre os individuais, no qual o desenvolvimento econômico é o primeiro compromisso do Estado. Não é sem razão, conclui, que essa é a característica contemporânea das nações subdesenvolvidas, nas quais o Estado exerce a função de catalizador do desenvolvimento (40). Não se há de esquecer, ainda, que o Estado Social veio contribuir para o enriquecimento dos conteúdos políticos, sociais e jurídicos em todos os setores e dimensões da atividade humana.

É de se ressaltar que na passagem do Estado liberal para o Estado Social houve um momento de transição, através do movimento neo-liberal. A transformação, deste modo, não se operou de uma hora para outra. As manifestações históricas registradas anteriormente à eclosão da 1ª Guerra Mundial, oferecem uma idéia dessa transição.

O movimento neo-liberal formulou uma nova apresentação do princípio da concorrência, procurando compatibilizá-la com certa intervenção no processo econômico.

A mais brilhante manifestação da ideologia neo-liberal foi exposta na doutrina de *Walter Eucken*, que teve larga aplicação na Alemanha de pós-guerra. A sua idéia fundamental, em resumo de *Sanchez Agesta*, é que o objetivo principal da política econômica é criar as condições

(38) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, p. 101.

(39) Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro, 1980, p. 208.

(40) R. A. Amaral Vieira, *Intervencionismo Brasileira: Raízes Históricas e Perspectivas*, *Revista de Informação Legislativa*, abril / junho, 1974 n.º 42 - p. 304.

máximas de concorrência. E este objetivo deve obter-se mediante a ordem jurídica, mais do que por intervenções diretas do Estado. Mas, em todo caso não exclui a intervenção direta sobre o mercado com a condição de que estas intervenções tenham uma natureza *accidental*, de tal forma que se possa pensar que não serão necessárias em qualquer momento do futuro. O critério seria considerar se uma medida pode desaparecer ou não (41).

O neo-liberalismo, segundo *Gérard Farjat*, não se propõe à destruição do mercado e da liberdade contratual, mas a sua correção. Admite a manutenção da concorrência e da liberdade contratual como um quadro imperativo e estabelecido, que tende principalmente a eliminar certas práticas, e mais particularmente as práticas contratuais do dirigismo privado (42).

A argumentação dos neo-liberais é de que quanto mais complexos sejam os interesses a ordenar, o menos é possível dirigi-los mediante uma autoridade coercitiva. Diante disso propõem o retorno à economia regulada pelo mercado, porque este não é algo inventado pelos homens de negócios e especuladores para seu próprio proveito, mas o único método para conseguir que o trabalho diversificado em especialidades separadas possa converter-se em trabalho útil.

Mas, no instante em que a realidade desmistifica o dogma da ordem econômica natural, anota *Eros Grau*, é ele rompido e se abre o caminho para o advento de uma nova postulação, a do momento social. As incompatibilidades entre a preservação da livre concorrência e a realização do interesse social impõem a presença do Estado para ordenar e traçar os rumos da política econômica (43).

O objetivo a ser perseguido pelo Estado intervencionista é o desenvolvimento. E para que este se torne possível a atuação daquele se dirige no sentido de promover o acelerado crescimento da produção, a criação de novas e sofisticadas fontes de riqueza, a modernização da economia, a industrialização.

A intervenção estatal vem revelar, de forma evidente, um processo dinâmico de atuação do Estado sobre as relações econômicas que se desenvolvem no âmbito social. Procura assegurar a preservação do mercado, como o "*habitat*" indispensável à dinamização dos valores de liber-

(41) Luis Sanchez Agesta, *Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*, Madrid, 1976, pp. 46 - 47.

(42) Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, 1971, p. 179.

(43) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 20.

dade contratual e de iniciativa, e de propriedade dos bens de produção. Antes episódicas, isoladas, as ações são agora racional e programadamente dispostas.

Torna-se patente a constatação de que as ações intervencionistas no plano econômico se aperfeiçoaram. Importa reafirmar que essas ações — embora tenham se revelado depois como significativos instrumentais de correção do funcionamento do mercado — antes se processavam assistematicamente, ao sabor de circunstâncias insuperáveis. Contudo, sob o impulso de novas realidades históricas, enriqueceram os seus fins, buscando não apenas a simples correção, mas a própria organização e ordenação dos mercados e do processo econômico e social. E foi assim que tais ações, viabilizadas pela técnica do planejamento, passaram a ser desenvolvidas racional e sistematicamente.

A vida econômica e social se transmudou inteiramente. A ação contemplativa do Estado foi substituída pela sua presença, tendo os poderes públicos assumido progressivamente tarefas econômicas e sociais, e em nenhum lugar se levantou voz discordante de que esses encargos eram de sua competência. As discussões se encaminham em outra direção: — a maior ou menor ingerência do Estado nas atividades econômicas.

Na opinião de *Garrido Falla*, a administração moderna experimentou uma mudança radical em relação ao que era a administração do século XIX. Esta era autenticamente abstencionista. Somente por via de exceção se justificava uma série de intervencionismos administrativos em determinadas matérias e pela peremptoriedade de satisfazer certas necessidades de interesse geral. Hoje, a multiplicação dos serviços públicos e o crescente intervencionismo administrativo significam nota decisiva na caracterização da Administração Pública, a causa da maior interdependência social que caracteriza a vida das modernas comunidades políticas. Um dos traços mais característicos da administração de nossos dias está em seu decidido e reflexivo propósito intervencionista (44).

A intervenção do Estado no processo econômico vem se revestindo de características muito distintas. Daí a observação de *Baena de Alcazar*, ao dizer que não se trata de administrar “na” economia, mas de dirigir a economia. E acrescenta: “Podemos afirmar com *Maspetiol* que o mais novo que há na intervenção econômica do Estado contemporâneo, não é tanto a extensão de sua atuação direta como sua vanta-

(44) Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1976, pp. 85 - 87.

de de uma direção sistemática do conjunto da economia. Como consequência disto a Administração moderna aparece sob um duplo prisma, como sujeito econômico e como agente ordenador do econômico” (45).

A multiplicação dos fins governamentais acarreta necessariamente, como não poderia deixar de ser, a multiplicação de suas atividades. E tal acontece, ressalta *Modesto Carvalhosa*, porque, voltado à perseguição do progresso social, o Poder Público amplia desmesuradamente, o âmbito da própria ação, que é articulada sob o fundamento de quatro diretivas gerais: o melhoramento das condições econômicas, intelectuais, morais e físicas dos tutelados. Na perseguição desses objetivos, o Estado modifica as combinações espontâneas das forças sociais, trazendo limitações ao âmbito da auto-determinação individual (46).

Ademais, o próprio Direito Público moderno se orientou francamente no sentido de estender cada vez mais o campo de ação do Estado, somando aos fins clássicos uma imensa variedade de serviços (47).

O fenômeno não escapou à observação de *José Nabantino Ramos*, que assim o resume: *“O segredo, hoje, já não são os deuses e os templos, mas as instituições que promovem o interesse público e o bem-estar coletivo. Tudo quanto a elas se refere passou a incluir-se na administração do Estado. Para realizar seus fins, está obrigado a casar a Política com a Economia, em adequada Política Econômica. Assim, administrar envolve, necessariamente, a direção do processo econômico e por isso matéria de Direito Público”* (48).

Há de se considerar, entretanto, que a necessidade, por um lado, de confiar ao setor privado a realização de determinados fins públicos e, por outro, a de adotar os entes públicos as formas e procedimentos privados para a gestão daquelas atividades que incidem diretamente na vida econômica e social, produz uma interpenetração dos setores públicos e privados, ao perder o Estado e o indivíduo seus velhos monopólios sobre as atividades públicas e privadas, respectivamente.

Em consideração oportunas, afirma *Ignacio Maria de Lojendio* que se intervenção do Estado na economia existiu sempre, há, no entanto, de situá-la no mundo moderno para apreciá-la em toda a sua dimensão. O século XX é, sem dúvida, para ele, a etapa em que o processo de so-

(45) Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 28.

(46) Modesto Sousa Barros Carvalhosa, *Direito Econômico*, São Paulo, 1973, p. 163.

(47) Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Montevideo, 1974, p. 48.

(48) José Nabantino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 101.

cialização e intervenção estatal adquire sua máxima intensidade, até os dias atuais. Duas guerras mundiais, duas pós-guerras marcadas pelo signo da crise política e econômica, a instalação no poder do socialismo soviético e dos regimes fascistas ditatoriais, o término do colonialismo e a entrada em ação do terceiro mundo, a inflação desbordada, as restrições energéticas e, a tudo isto um prodigioso avanço da ciência e da técnica, uma economia lançada ao consumo e uma população humana multiplicada aceleradamente. Neste mundo de exceção e de anormalidade, a intervenção estatal na economia não teria mais remédio senão crescer de modo alarmante sem que possam freá-las teorias ou concepções tradicionais (49).

É que o Estado saiu de sua tradicional esfera política de atuação, assevera *Avelães Nunes*, despiu o manto que procurava apresentá-lo como instituição que nada tinha a ver com "negócios" dos homens e invadiu às claras a esfera econômica. "*Estado Econômico*" lhe chamou um autor para tornar bem claro que o Estado é hoje um *operador econômico* de primacial importância nas economias capitalistas: ele é muitas vezes o maior produtor, o maior investidor, o maior consumidor, o agente que movimenta a parte mais importante do rendimento nacional. De algum modo, conclui o mestre lusitano, a própria política é hoje — e cada vez mais — *política econômica* (50).

A verdade é que a construção do Estado como um aparelho de comando, durante a época da polícia, tinha-o mantido afastado da sociedade que procurava informar e cujo desenvolvimento desejava fomentar. Estado e sociedade eram então duas dimensões naturalmente opostas.

A intervenção governamental que se seguiu com o declínio do liberalismo, passou a responder à premência de composição do conflito de interesses entre as classes, permitindo u' a maior atribuição de oportunidades sociais e políticas à massa de trabalhadores. O Poder Público começa a proporcionar, através do ordenamento jurídico, uma apropriação mais efetiva dos princípios de igualdade e de liberdade. O Estado torna-se consciente de que chamando para si o papel de regulador dos conflitos no plano sócio-econômico poderá salvar o princípio da liberdade e, ao mesmo tempo, realizá-lo.

(49) Ignacio Maria de Lojendio, *Derecho Constitucional Económico*, in *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, pp. 85 - 86.

(50) A. J. Avelães Nunes, *Os Sistemas Económicos*, Coimbra, 1975, p. 178; Cf. também Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A Reconstrução da Democracia*, São Paulo, 1979, p. 17.

São plenamente constatáveis as modificações ocorridas na nova direção que se imprimiu à economia.

A intervenção estatal, classicamente orientada para apoiar a indústria e o comércio privados, e a propriedade privada, de modo a favorecer o seu crescimento, busca agora, cada vez mais, orientar a empresa privada até a solução dos problemas dos quais não pode continuar a ignorar: a pobreza, a miséria, a marginalidade, a distribuição desigual da riqueza.

Diante disso, opina *Agustín Gordillo* que a intervenção do Estado não se limita à ação social direta (promoção da comunidade, sistemas de segurança social, subvenções e subsídios, jubilações e pensões em sistema de medicina social, etc.), mas que vai também à ação social pela via econômica: regulação de preços e salários, participação dos trabalhadores na direção e nos lucros das empresas, etc. Em outras palavras, a ação do Estado tende a dirigir-se não só ao aspecto da redistribuição da riqueza, mas também à produção (51).

De outro lado, a reação ao corporativismo ensejou profundas alterações nos sistemas de produção, contribuindo para a extinção dos privilégios anteriormente garantidos, com base nos instrumentos legais novos que se editaram, como a Lei *Le Chapelier*.

Com o ressurgir de uma outra realidade social, o Estado, antes desempenhando uma função temporizadora, viu-se constringido a deixar de lado a sua passividade e indiferença como árbitro das competições econômicas. O abstencionismo substitui-se pelo intervencionismo. De simples agente de preservação da ordem jurídica o Estado, em sua dimensão de Estado Social, utiliza o instrumental interventivo na perseguição do bem-estar e do desenvolvimento nacional.

(51) Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1974, pp. II - 11 e II - 12.

O Estado moderno, como observa juridiciosamente *Andrés Serra Rojas*, não é um simples expectador da vida econômica nacional, mas um ator decisivo e indispensável no profundo drama que domina a humanidade (52).

Outro não é o pensamento do grande pontífice *João XXIII*, ao sustentar que a razão de ser do Estado moderno é a realização do bem comum na ordem temporal e que, por isso mesmo, não pode permanecer ausente do mundo econômico; deve estar presente nele para promover, com oportunidade a produção de uma suficiente abundância de bens materiais, cujo uso é necessário para o exercício da virtude, e para tutelar os direitos de todos os cidadãos, sobretudo dos mais fracos, como os operários, as mulheres e as crianças (53).

As novas funções estatais impõem-lhe a responsabilidade pela ordenação do processo econômico, pela definição de políticas e a direção do seu encaminhamento.

A propósito, merecem registro estas considerações de *Hugo Caldera Delgado*: "*O intervencionismo estatal nas atividades econômicas é um fenômeno generalizado dentro dos países que reconhecem e que garantem uma participação livre aos particulares nas atividades produtivas e comerciais em geral. Se pudéssemos indicar uma tendência dos Estados do mundo ocidental diríamos que ela se manifesta num progressivo intervencionismo ou controle do processo econômico*" (54).

O intervencionismo, sendo uma ação do Estado destinada a promover a correção das distorções do regime liberal, determinou a substituição das leis de harmonia natural por leis artificiais. Estas leis procuram estabelecer a preservação do mercado, sob a inspiração, tal como na ordem econômica constitucional brasileira, dos princípios do bem-estar social e do desenvolvimento nacional. Ressalta *Eros Grau* que o fenômeno do intervencionismo está comprometido com a idéia de merca-

(52) *Andrés Serra Rojas*, *Derecho Administrativo*, Tomo II, México, 1972, p. 763.

(53) *J. Santos Briz*, *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963, p. 13.

(54) *Hugo Caldera Delgado*, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, 1979, p. 39.

do, sendo este o "habitat" essencial para a dinamização do direito de propriedade dos bens de produção e da liberdade de contratar (55).

Importa assinalar que as decisões do intervencionismo, ao contrário de tempos anteriores, quando eram aleatoriamente praticadas, são hoje levadas a efeito sistematicamente, com a utilização de técnicas de racionalidade.

É então que adquire relevância o planejamento, sendo por alguns considerado um novo tipo ou modalidade de intervencionismo; outros o incluem como o grau mais avançado da intervenção estatal e há os que o encaram como um método de ação do Estado sobre a economia.

Entre os primeiros vale ser citado *Dalmo Dallari*, para quem "já se pode considerar definido um novo intervencionismo do Estado na vida social", além de que, segundo ele, ter se verificado o desaparecimento dos limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou a condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela (56). É provável que o conhecido publicista tenha apenas querido realçar as profundas diferenças do Estado intervencionista de hoje com a timidez do neo-liberalismo de ontem. Mas, em que pese as diversidades de posturas, o intervencionismo é um só. O Estado unicamente aperfeiçoou os seus métodos de ação, com o planejamento.

Baena de Alcazar, forma entre aqueles que consideram o planejamento como o grau mais elevado da intervenção na economia, ou como ele próprio o afirma, a forma extrema de intervenção da Administração na Economia (57).

Essa posição de *Baena de Alcazar* mereceu a crítica de *Garrido Falla*, que discordando, sustenta que a planificação não é senão uma racionalização dos programas de atuação estatal (referidos à economia ou a qualquer outro campo); ou, em outras palavras, não lhe repugna conceitualmente a idéia de um plano estatal no qual precisamente a intervenção administrativa se reduza ao mínimo. A planificação, a seu ver, é uma qualidade, não um grau de intervenção administrativa; porque, assim como cabe uma planificação interventora frente a uma pla-

(55) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 25.

(56) Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, 1972, p. 244, apud Eros Roberto Grau, *op. cit.* p. 26; Cf. André de Laubadère, *Droit Public Économique*, Paris, 1976, p. 39 - 40.

(57) Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 133, Cf. Bartolome A. Fiorini, *Dercho Administrativo*, Vol. II, Buenos Aires, 1976, p. 230.

nificação abstencionista, cabe também opor uma intervenção planificada a uma intervenção anarquista (58).

Na última posição, inscreve-se o pensamento de *Eros Roberto Grau*, ao assinalar que o planejamento consubstanciando uma atividade-meio, não se identifica como uma modalidade de intervenção ou espécie de intervenção, mas como um método mais qualificado, racional, de intervenção. Sob essa perspectiva, conceitua o planejamento econômico como a *"forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado"* (59).

Adota-se esta terceira e última posição, que, pelos argumentos desenvolvidos, reflete a melhor orientação. Com efeito, não se pode entender o planejamento senão como uma técnica de ação racional e sistematizada, por via da qual se busca preservar o mercado como mecanismo de ordenação do processo econômico.

Ademais, nos limites deste trabalho, não se cuidará de distinguir as expressões *"planejamento"* e *"planificação"*, embora respeitáveis opiniões o façam (60). Serão ambas, aqui, empregadas indistintamente. Esta parece ser a orientação de *Joseph Kaiser*, ao conceituar a planificação, em termos simples, mas precisos, como uma forma de ação racional dirigida a um fim (61).

Destaca *Avelães Nunes* que toda a intervenção do Estado nas economias capitalistas adquire em regra um sentido em larga medida coincidente com os objetivos da planificação e do controle do mercado pelas grandes empresas (62). De inteiro acerto, assim, as palavras de

(58) Fernando Garrido Falla, no Prólogo ao Livro *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, de Mariano Baena de Alcazar, Madrid, 1966, p. XXI.

(59) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 63 e 65.

(60) Cf. Luis Sanchez Agesta, *Las Antitesis del Desarrollo. Constitución, Desarrollo y Planificación*, nota n.º 18, Madrid, 1976, p. 49; Carlos García Oviedo e E. Martínez Useros, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1968, p. 273; Soares Martinez, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978, p. 76.

(61) Joseph Kaiser, no Prefácio à obra *Planificación*, Vol. I, editada com Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte, Madrid, 1974, p. XVII.

(62) A. J. Avelães Nunes. *Os Sistemas Econômicos*, Coimbra, 1975, p. 243.

J. K. Galbraith, ao admitir que a economia plenamente planificada, longe de ser impopular, é carinhosamente encarada por aqueles que melhor a conhecem (63). Daí, segundo alguns, que, hoje, só as pequenas empresas, mais ou menos condenadas pela lógica da concentração monopolista, protestam contra os abusos da intervenção do Estado, porque esta não se desenvolve em consonância com os seus interesses.

Cumprе ainda referir a importância do planejamento, não só para a ordem econômico-social, como também para o estudo do Direito. Esta importância é destacada por *Alfonso Pérez Moreno*, quando afirma que a repercussão do planejamento no Direito impõe não apenas um esforço de interpretação nova do ordenamento jurídico, mas também uma aventura criadora de formas novas (64).

A ação de intervenção do Estado na ordem econômica, na lição de *Sanchez Agesta*, pode se verificar em dois planos diversos:

a) definindo na ordem constitucional os princípios que constituem as bases de um sistema econômico;

b) estabelecendo instituições administrativas ou regulamentações no plano legislativo ou regulamentar com o fim de dirigir o processo econômico ou promover a reforma ou o desenvolvimento da ordem econômica ou social (65).

A intervenção estatal na economia é classificada em várias modalidades, que atendem às exigências e orientações doutrinárias de seus autores.

O seu exame aqui se afigura oportuno, como são oportunas estas observações de *Fábio Nusdeo*: “ *O problema das classificações é que a realidade é sempre mais rica do que os seus critérios. Consequentemente, haverá sempre as “zonas cinzentas”, onde nenhum elemento ou classe fica bem acomodado. O que aliás é natural em qualquer modelo teórico. Nem por isso deve o estudioso furta-se a elas, pois constituem um instrumento poderoso de análise por facilitarem a decomposição de uma realidade aparentemente inextrincável em seus elementos constitutivos essenciais* ” (66).

(63) John Kenneth Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, São Paulo, 1977, p. 30.

(64) Alfonso Pérez Moreno, *Consideraciones sobre el Rango Normativo de la Ley del Plano de Desarrollo*, in *Planificación*, Vol. I, edit. por Joseph H. Kaiser, Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte, Madrid, 1974, p. 186.

(65) Luis Sanchez Agesta, na *Introdução às Conferências realizadas no Centro de Estudios y Comunicación Económica de Madrid*, in *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, p. 7.

(66) Fábio Nusdeo, *Crítica*, in *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, de José Nabantino Ramos, São Paulo, 1977, p. 281.

José Roberto Dromi admite que a intervenção estatal, dividida em administrativa e legislativa, compreende, em termos de subdivisão, as seguintes modalidades:

a) intervenção diretiva ou ordenadora, quando se verifica através dos instrumentos ou mecanismos estatais que tratam de forçar o sistema econômico até algum dos fins fixados pelo Estado;

b) intervenção direta ou prestacional, quando o Estado atua como um sujeito econômico, participando e dirigindo atividades econômicas. A intervenção direta pode ser: 1) por participação em situação de competência, ou pelo menos não substituíva da atividade econômica privada, por exemplo, transportes, indústria automobilística, etc.; 2) por substituição de atividades econômicas privadas, que se incorporam ao setor público, como, por exemplo, petróleo, gás, energia, telecomunicações, etc. (67).

Nesta classificação, segundo seu autor, a intervenção legislativa é representada pela intervenção diretiva ou ordenadora, enquanto que a intervenção administrativa envolve a intervenção direta ou prestacional.

A doutrina italiana, representada por *Guido Zanobini*, adota uma classificação tradicional — embora muito genérica — reconhecendo dois tipos de intervenção do Estado: a legislativa e a administrativa. A primeira consistiria em um complexo de normas, ao passo que a última assumiria uma série de formas interessantes e numerosas, como o exercício direto de atividades econômicas e a direção e o controle da atividade econômica exercida por empresas privadas (68).

Para *Baena de Alcazar*, a intervenção do Estado na Economia pode ser levada a cabo pelos três Poderes, distinguindo, então, a intervenção administrativa, a legislativa e a judicial, embora ressalte a relevância das duas primeiras, face à inoperância da última. Admite que a intervenção legislativa, à sua vez, reveste um interesse muito escasso, considerando o vulto e a importância assumidos pelas intervenções administrativas (69).

Daniel Moore Merino considera que a classificação mais usual é a que distingue entre medidas ou meios de intervenção direta e indireta. São medidas de intervenção direta aquelas em que o Estado impõe aos particulares uma ação ou omissão, aberta e exclusivamente com fins de política econômica. As medidas indiretas, ao contrário, são aquelas

(67) José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, Buenos Aires, 1977, pp. 9 - 10.

(68) Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. V, apud Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Juridico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, pp. 41 - 42; cf. também classificação de Pietro Barcellona, *Diritto e Processo Economico*, Napoli, 1977, p. 273.

(69) Mariano Baena de Alcazar, *op. cit.*, pp. 39 - 40.

mediante as quais o Estado cumpre ou realiza seus propósitos recorrendo a decisões próprias, tais como a concessão de subvenções, incentivos econômicos, privilégios tributários ou creditícios, tributação elevada e progressiva, etc. (70).

A doutrina nacional também tem se preocupado como esse aspecto das intervenções estatais. *Geraldo de Camargo Vidigal*, por exemplo, oferece a seguinte classificação quanto às formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico:

I — formas de participação do Estado na atividade econômica, compreendendo: a) serviços públicos de definição constitucional; b) monopólios em setores inadequados à competição; c) explorações competitivas, em suplemento à iniciativa privada;

II — formas de ação do Estado sobre a atividade econômica, distinguindo-se: a) ações visando à direção de toda a economia, com vistas ao desenvolvimento e ao bem-estar, envolvendo planos, programas, projetos, diretrizes, coordenação, promoção; b) ações visando à intervenção na atividade econômica privada, para assegurar a valorização do trabalho, o exercício da propriedade como função social, a expansão das oportunidades de emprego produtivo (71).

Em estudo voltado para a Ordem Econômica na Constituição de 1967, *Seabra Fagundes* aponta três modalidades de intervenção estatal na economia:

- I — a de disciplina e controle, ou indireta;
- II — a de exploração direta não monopolística;
- III — a de exploração direta monopolística (72).

Na opinião de *Fernando Albino de Oliveira*, são apenas duas as modalidades de intervenção: o exercício do poder de polícia e a atuação por entidade da Administração Indireta, com subordinação aos mesmos princípios vigentes para o particular (73).

(70) Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago de Chile, 1962, p. 46.

(71) Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, 1977, pp. 99 - 100.

(72) Miguel Seabra Fagundes, *Da Ordem Econômica na Nova Constituição*, in *Revista Forense*, Vol. 222, abril/junho, 1968, p. 21.

(73) Fernando Albino de Oliveira, *Limites e Modalidades da Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, in *RDP*, Vol. 37/38, Jan./junho, 1976, p. 63.

Eros Roberto Grau adota uma classificação inteiramente diversa daquelas aqui examinadas, que tem a inegável vantagem didática de, com simplicidade e precisão, caracterizar a atuação intervencionista do Estado, sob uma visão realista e dinâmica, em três modalidades:

a) intervenção por absorção ou participação, que se verifica quando a organização estatal assume, parcialmente ou não, ou participa do capital de unidades econômicas que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca;

b) intervenção por direção, que ocorre quando a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica;

c) intervenção por indução, que ocorre quando a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado (74).

A classificação do mestre paulista, como se pode ver, não alinha o planejamento como modalidade de intervenção, porque aquele, consoante já visto, apenas qualifica, de modo racional, a ação do setor público na ordenação do processo econômico. A classificação de *Eros Grau*, ainda, além das virtudes enunciadas, oferece um sentido dinâmico à tipologia adotada, através de critérios e técnicas inteiramente distintos entre si. Não tendo este trabalho o interesse de apresentar admissão ao assunto, adota-a sem restrições.

O intervencionismo estatal impôs profundas transformações no campo social, jurídico, político e econômico. O Estado moderno assume, cada vez mais, sentido dinâmico, mediante a regulamentação, o controle ou o monopólio do comércio, da produção, do ensino, do transporte ou, até mesmo, da pesquisa científica. A tônica dos regimes políticos se desloca da abstenção para a intervenção (75).

As mudanças que se processaram na estrutura social provocaram a crise do clássico Direito individualista, operando a sua transformação em um novo Direito mais ajustado à realidade dos dias atuais, que implica o rompimento da velha equação que atribuía a atividade pública ao Estado e a privada aos particulares.

(74) *Eros Roberto Grau*, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 23 - 24.

(75) *Caio Tácito*, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, pp. 1 - 2; Cf. também *Karl Mannheim*, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, São Paulo, 1972, pp. 152 - 153.

Não se pode ignorar, no entanto, que o Estado tenha assumido novas funções sem que, muitas vezes, haja modificado o estatuto constitucional ou jurídico, conquanto tenha de se admitir que, na grande maioria dos países, os fatos e a necessidade pública o exigiram como algo imperioso e inquestionável.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que as próprias exigências da sobrevivência individual, a tutela dos eventos sociais e até mesmo a defesa da soberania nacional vem impondo ao Direito contemporâneo um clima da constante renovação. A decorrência natural é que instituições como a família, a empresa, o trabalho, a propriedade, passaram a fundar-se no interesse público, com isso originando uma certa instabilidade de tais instituições no mundo jurídico.

O quadro mudou radicalmente. Na ordem jurídica, o centro de interesses se desloca do individual para o social. A noção conceitual de domínio se amplia, de forma a compreender também a destinação do uso da propriedade. A garantia do trabalho não se restringe apenas ao reconhecimento da estabilidade, mas envolve, ademais, a participação direta ou indireta nos resultados da produção. O Estado não limita sua presença a simples preservação das liberdades individuais, ao contrário, busca a sua realização plena com o garantir eficazmente a segurança social.

Os direitos individuais, como bem refere *Ignácio da Silva Telles*, atualmente estão na defensiva. Os que avançam em todas as democracias liberais — tornando-se, segundo ele, cada vez menos “liberais” — são os direitos sociais. Os direitos individuais correspondem ao ideal de liberdade; os sociais, ao da igualdade. Se os primeiros, para assegurar a liberdade de iniciativa privada, procuravam reduzir ao mínimo o poder do Estado, os outros exigem a interferência desse mesmo Estado em assuntos sociais, a fim de proteger os direitos da grande massa de trabalhadores contra a força das empresas nascidas daquela mesma iniciativa privada (76).

O Estado deixa de ser o árbitro neutral da atividade privada entregue aos particulares, conformando-se em determinar as regras do jogo, dentro das quais os particulares podem atuar livremente. O direito privado emanado da órbita institucional pública, deixa de ser um elemento secundário de ordenação das relações privadas quando as mesmas partes interessadas não lograram, através de seu acordo no mercado, chegar a uma solução justa para os interesses do jogo.

(76) Ignácio da Silva Telles, *A Experiência da Democracia Liberal*, São Paulo, 1977, pp. 159 - 160.

Ao contrário, esse mesmo Estado, adianta *Justino Duque Domínguez*, se faz responsável pela manutenção das condições fáticas de que depende para que o mercado e a livre determinação dos particulares realizem a justiça em suas relações e, em um plano global, o equilíbrio social e econômico, da sociedade em conjunto. Estas condições já não são obra automática de uma legalidade natural, quase-física, que só momentaneamente pode ser alterada pelos atos dos homens. São produzidas pelas atividade normativa do Estado quando o mesmo processo natural da liberdade econômica as deteriorou (77).

O intervencionismo ou dirigismo econômico tem marcado sua presença de modo tão acentuado que nenhuma atividade humana, nos dias que correm, pode ficar imune ao controle do Estado, que passa, dessa forma, a regulamentar toda a ordem econômico-social, com a preeminência do pluralismo dos grupos e dos indivíduos, orientando-se na busca de satisfazer o interesse social.

A ação intervencionista, como não poderia deixar de ser, também se faz sentir no universo do Direito e, desse impacto, tem resultado profundas transformações na ordem jurídica, encaminhando-a para a criação e dinamização de novos mecanismos legais no campo social e político, especialmente no domínio econômico.

Aí está, como consequência dessa política econômica, o surgimento do Direito Econômico, que, precisamente, oferece as normas jurídicas que regulam e instrumentam a ação estatal (78).

O próprio Direito, como se examinará oportunamente, como produto de todas essas mudanças, poderá ser um valioso e eficaz instrumento da ordenação social e econômica.

(77) Justino F. Duque Domínguez, *Iniciativa Privada y Empresa*, in *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, pp. 65 - 66.

(78) Cf. Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 39.

E nem haveria de ser de outra forma, pois na respeitável opinião de *Bartolome Fiorini*, todo Estado — qualquer que seja sua ideologia — necessita do Direito (79).

Não é possível esquecer, a despeito do longo caminho percorrido, que o Estado moderno está sujeito a uma grande transformação, cujo alcance não se pode fixar com exatidão. Tal situação obriga a pensar em novas categorias jurídicas, para determinar o marco em que se produzem e desenvolvem os fenômenos econômicos. É por demais difícil impor um freio à intervenção do Estado na economia, eis que o problema reside em saber até onde deve chegar e qual será a sorte das instituições tradicionais, principalmente o regime da propriedade, que se alterna da propriedade individual à propriedade coletiva.

Por tudo isso, é irrecusável admitir que os caminhos desta evolução são inseguros e instáveis, pela imposição das contingências da vida social, econômica e política dos dias atuais.

(79) Bartolome A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1976, pp. 7-8.

Capítulo II

INTERVENCIONISMO E DESENVOLVIMENTO

1 — Intervencionismo e dirigismo, terminologia e conceituação. 2 — Poder de Polícia e intervencionismo: noções irredutíveis. 3 — A intervenção como instrumento do bem-estar e desenvolvimento. 4 — Consequências da expansão intervencionista.

1 . INTERVENCIONISMO E DIRIGISMO, TERMINOLOGIA E CONCEITUAÇÃO

O Estado moderno, em contraposição ao liberal, que se limitou a uma função de polícia sobre a economia, intervém na vida econômica para eliminá-los ou diminuir os transtornos na economia de mercado, oferecendo sua atuação protetora à coletividade necessitada.

Essa atual postura do Estado perante a economia tem merecido opiniões as mais díspares no que tange à expressão ou expressões com que pretendem os autores configurá-la. A questão, portanto, está em encontrar a denominação que melhor traduza a atuação do Estado sobre a atividade econômica. Ou melhor, aquela que tem merecido a preferência da doutrina especializada, posto que não se alimenta o propósito de reacender nenhuma disputa terminológica.

A incerteza dos próprios rumos da ação do Estado no plano econômico, por força das contingências políticas, tem contribuído para a imprecisão terminológica ou para a variedade de expressões que se encontra aqui e alhures, referindo-se à política de intervencionismo econômico e social.

Daí assinalar Ripert que a expressão mesma é variável. Indaga, então: "*dirigismo ou direcionismo? Economia dirigida ou economia concertada, disciplinada, controlada, inspecionada, organizada ou planificada? Trata-se da mesma coisa ou é necessário fazer distinções?*" (1).

(1) Georges Ripert, Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno, Buenos Aires, 1950, p. 221, apud Mariano Baena de Alcazar, Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, Madrid, 1966, pp. 33 - 34.

Em 1937 já indicava *Saitzew* que a palavra intervencionismo cobria uma série heterogênea de significados: economia dirigida, controlada, organizada, capitalismo regulamentado ou planejado, neocapitalismo, neomercantilismo, reformismo social, estatismo, corporativismo, etc. E dizia ele, que, como tantos outros termos, o de intervencionismo é uma idéia-camaleão, que pouco ou nada pode ajudar para aclarar o seu conteúdo, como pouco ou nada diz o balido do cordeiro sobre a qualidade de sua lã (2).

O termo intervencionismo, para *Baena de Alcazar*, significa muito pouco, não sendo mais do que o fruto das correções feitas ao sistema liberal. Por isso, decide-se pelo emprego do termo intervenção, que embora mais simples é, no seu entender, uma noção genérica que abrange toda a atuação estatal na economia e não representa um conceito específico (3).

Modesto Carvalhosa distingue o intervencionismo neoliberal, de caráter mecanicista, episódico e de mera resultância, do dirigismo, em que a ingerência pública reflete uma plena consciência social, quanto aos seus fins e racionalidade quanto a seus meios ou instrumentos. Seria este o dirigismo racional, em oposição ao dirigismo coativo, típico da produção de guerra e da economia dos países totalitários (4).

Para alguns autores (5) o intervencionismo se qualifica como uma forma de atuação transitória, assistemática. O dirigismo, ao contrário, indica a atuação racional e sistemática do Estado, destinada a orientar a economia em um sentido determinado.

Depois de admitir que nenhum dos dois vocábulos, dirigismo ou intervencionismo, parece próprio a representar a realidade político-econômica muito matizada dos países que, nos dias atuais, reservam área de ação à iniciativa privada, *Geraldo Vidigal* propõe as expressões "formas de participação" e "formas de ação" para referir a atuação do Estado sobre a atividade econômica. Reconhece, ainda, que na ordenação constitucional brasileira verifica-se uma coexistência de funções públicas de participação, de direção e de intervenção econômica (6).

(2) Cf. Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, p. 91; também Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago do Chile, 1962, pp. 38 - 39.

(3) Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía* Madrid, 1966, pp. 36 - 37.

(4) Modesto Sousa Barros Carvalhosa, *Direito Económico*, São Paulo, 1973, p. 144.

(5) Cf. José Nabantino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Económico*, São Paulo, 1977, p. 76; Eros Roberto Grau, *Planejamento Económico e Regra Jurídica* São Paulo, 1978, nota n.º 20, p. 21; Cf. também Pietro Barcellona, *Intervento Statale e Autonomia Privata Nella Disciplina Dei Rapporti Economici*, Milano, 1969, p. 27 - 28.

(6) Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Económico*, São Paulo, 1977, pp. 96 - 100.

E ainda há os que, como *Toshio Mukai* (7), fugindo das expressões intervencionismo e dirigismo, por considerá-las inadequadas para refletir a realidade econômica de hoje, propõem uma denominação nova e mais extensa: Estado dominador da economia.

Contudo, a despeito das excelentes contribuições doutrinárias, os argumentos não chegam a convencer. E nenhum fundamento de ordem doutrinária ou científica parecem justificar as diferenças entre intervencionismo e dirigismo. O fenômeno, na verdade, é um só, embora seja razoável admitir a sua variação de intensidade e de seus meios e instrumentos nos momentos históricos por que passou, no curso de sua evolução.

Compartilha-se, por isso, da opinião de *Eros Grau* de que o esforço de alguns para estabelecer distinções semânticas, não se consubstancia senão uma tentativa de variação de expressões para designar momentos e modalidades de um mesmo processo, desenvolvido em direção a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo, para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado (8).

O caráter equívoco da palavra intervencionismo, salientado pelos autores, não lhe tem retirado a preferência da doutrina, que, em sua imensa maioria, já a consagrou. Desta forma, é o processo intervencionista — ou dirigista — que prospera no sistema capitalista, agora através de ações racionais e programadamente dispostas para a condução dos rumos da atividade econômica.

As razões da preferência do termo intervencionismo ou a sua aceitação na literatura jurídica e econômica, não se devem buscar aqui uma explicação. É provável que, com ele, tenha ocorrido o que, com rara felicidade e precisão, registrou *Rafael Gamba*: "*Existen términos de contornos vagos y de sentido fluctuante que, sin embargo, se mantienen perpetuamente sugestivos, precisamente por el matiz siempre nuevo con que se aplican*" (9).

Mas, é possível se reservar a expressão "*intervencionismo*" para a compreensão, num sentido amplo, do fenômeno de atuação do Estado sobre a ordem econômica, enquanto que a "*intervenção*", de sentido mais restrito, compreenderá a própria ação estatal, ou seja, a efetivação

(7) Toshio Mukai, *Participação do Estado na Atividade Econômica*, São Paulo, 1979, p. 25.

(8) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 22.

(9) Rafael Gamba, *El Humanismo de este Tiempo Indigente*, *Revista Nuestro Tiempo*, dez./58, p. 666, apud José Castan Tobefias, *Humanismo y Derecho*, Madrid, 1962, p. 138.

da política intervencionista no domínio econômico (10).

Não se fará, como já dito, distinção entre intervencionismo e dirigismo, expressões que se utilizará como equivalentes.

O estudo da intervenção, destaca *Bartolome Fiorini*, tem sido feito de forma dispersa, surgindo assim como manifestação em certas classes de atividades especialmente econômicas, quando na realidade corresponde a outras atividades estatais vinculadas aos particulares. A expressão "*intervencionismo*", observa, adquire um significado de conteúdo econômico que é consequência da intensa crise que se abateu sobre o Estado "*gendarme*".

O administrativista argentino acentua que o intervencionismo é um conceito jurídico, porque expressa a presença da atividade administrativa nas atividades, necessidades e existência dos particulares e justifica através de suas distintas formas e objetos a sistematização institucional normativa (11).

Contudo, o intervencionismo é um conceito econômico, não um conceito jurídico, embora se admita que a atuação intervencionista estatal possa se efetivar através de formas jurídicas. A classificação das formas intervencionistas não se satisfaz com critérios exclusivamente jurídicos, mas busca o seu embasamento nos fins econômicos que determinam a direção da economia pelo Estado e, sendo assim, dever-se-á ter presente o caráter econômico do fenômeno, pois, como opina *Farjat*, "*l'omniprésence de l'État a également un resultat de nature économique. Même lorsqu'il exerce des fonctions non économique, par exemple des fonctions d'assistance, l'État voit grandir son rôle dans le circuit économique*" (12).

O intervencionismo, para *Bernard Chenot*, é o fenômeno considerado manifesto, pelo exercício através da autoridade política de ação sistemática sobre a economia e por uma estreita correlação entre os planos políticos e econômico (13).

Considera *Arx da Costa Tourinho* o intervencionismo como a forma legal através da qual o Estado interfere na vida econômico-social, de cunho capitalista, com a finalidade de promover o desenvolvimento material e atingir o bem-estar social (14).

(10) Cf. Eros Roberto Grau, verbete "Intervenção do Estado no Domínio Econômico", *Enciclopédia Saraiva*, vol. 46, São Paulo, 1980, p. 57.

(11) Bartolome A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Buenos Aires, 1976, p. 10.

(12) Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, 1971, p. 212; cf. também Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, p. 208.

(13) Bernard Chenot, *Organisation Économique de l'État*, Paris, 1965, p. 19, apud Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 23.

(14) Arx da Costa Tourinho, *Intervencionismo Estatal e Direito Penal Econômico*, in *Revista de Informação Legislativa*, n-º 55, Jul / Set., 1977, p. 47.

Pode-se dizer, então, que o intervencionismo se traduz pela ação sistemática do Poder Público sobre a ordem econômica e social, de forma racional e planejada, voltada para a realização do bem-estar e do desenvolvimento.

É esse o sentido que se depreende do texto do estatuto constitucional brasileiro vigente, na parte que trata (Título III) da Ordem Econômica e Social.

2. PODER DE POLÍCIA E INTERVENCIÓNISMO: NOÇÕES IRREDUTÍVEIS

O Estado Liberal, fiel às concepções do individualismo, procurou se manter como um poder de equilíbrio, apenas surgindo em cena para prevenir e corrigir os entrecosques individuais. A atitude estatal inspirava-se na fórmula francesa, erigida em bandeira das idéias racionalistas do século XIX: *"a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não é nocivo aos demais"*.

Em razão disso, reservava-se à autoridade um papel somente negativo, motivo pelo qual só se legitimava a sua interferência quando se tratava de evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas.

O Estado se limitava a estabelecer proibições e restrições, porém não obrigações positivas a cargo dos cidadãos ou do Estado mesmo.

Esse abstencionismo estatal se fundava na doutrina clássica, pontificando como seus intérpretes os autores germânicos, e prevalecendo a concepção do poder de polícia como um mero processo negativo de defesa da sociedade contra os excessos individuais. Em termos de construção teórica, pode-se dizer que a faculdade do Estado de disciplinar a atividade individual, se assentava no dever geral de respeito à ordem coletiva.

Por isso, na sua formulação tradicional, sob a inspiração dos princípios individualistas do liberalismo, o poder de polícia reduzia os seus limites à preservação da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas. É nesse sentido a lição de *Laubadère*: *"En réalité, le pouvoir de police se définit par son but qui est d'assurer la tranquillité (absence de désordres ou troubles), la sécurité (absence de risques d'accidents)"*

ou la salubrité publique (absence de risques de maladies)" (15).

Assim, seguindo a noção liberal clássica, *Agustín Gordillo* assinala que o poder de polícia se caracterizava como a faculdade de impor limitações e restrições aos direitos individuais, com a finalidade de salvar a segurança, a salubridade e a moralidade públicas contra os ataques e os perigos que viessem a surgir na comunidade (16).

Torna-se evidente que tal noção se mantinha coerente com os ideários liberais, relativamente à posição do indivíduo em suas relações com o Estado, que era também negativa, erguendo-se obstáculos e freios à sua atividade, de forma que os limites estabelecidos não fossem ultrapassados.

Os problemas econômicos, as desigualdades e injustiças sociais que se abateram sobre o regime liberal repercutiriam, também, no universo do Direito, levando a uma renovação das velhas concepções clássicas.

A verdade é que a ordem econômica, baseada na harmonia natural, tão cara aos liberais, aduz *Diogo de Figueiredo*, vai sofrendo distorções de tal forma que monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e tantas outras deformações, decorrentes da concentração do poder econômico, acabam por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar qualquer concorrência e dominar os mercados, surgindo como corolários, o desincentivo à produção, a morte da pesquisa, o desinteresse pelo aperfeiçoamento e, no plano político, o desafio ao próprio Estado, através de estruturas de poder hipertrofiadas. Para proteger aqueles valores, pois, e a sua própria sobrevivência, intervém o Estado, ou preventivamente, estabelecendo uma ordem coacta, ou repressivamente, para mantê-la (17).

Desta forma, ao se verificar uma generalizada tomada de consciência das injustiças sociais, notadamente pelo abuso do poder econômico, a ação preventiva ou repressiva do Estado se orienta no sentido do crescente intervencionismo. A autoridade começa a atuar de modo mais eficiente e dinâmico, no intento de restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes, levando em

(15) André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, Paris, 1975, p. 222.

(16) Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1975, pp. XII - 6.

(17) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1976, p. 355.

conta o interesse da coletividade.

A concepção tradicional do poder de polícia, por força do intervencionismo estatal, vai cedendo lugar a um poder de polícia com fronteiras mais amplas, um instrumento de que se vale o Estado na promoção do bem-comum, objetivando não só o resguardo dos direitos fundamentais, mas também dos interesses econômicos.

O poder de polícia, como o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução do seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada (18).

A conservadora e quase ultrapassada noção liberal de polícia, reduzida às próprias raízes etimológicas do vocábulo (do grego "politeia", equivalente a ordem pública e segurança dos cidadãos), foi substituída por uma noção mais ampla, consentânea com os múltiplos fins do Estado moderno (19).

A mudança seria inevitável, pois o estágio de progresso e de desenvolvimento em que vivem a maioria das nações não justificaria, por certo, que a garantia das liberdades fundamentais pudesse constituir uma causa de subversão da ordem e do equilíbrio jurídico. A garantia das liberdades individuais, ligadas à vida, à propriedade, ao exercício das atividades econômicas, não pode dar origem a uma situação que atinja o equilíbrio jurídico, a harmonia dos interesses econômicos ou morais, assegurados pela própria afirmação dos deveres primordiais do Estado.

A sua formulação conceitual, nos termos precisos de *Caio Tácito*, como o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais (20), bem revela os atuais lineamentos do poder de polícia.

(18) Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 135.

(19) Cf. Leopoldo Melo, no Prólogo ao livro de Ramón F. Vasquez, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, p. 5; cf. também Clóvis Beznos, *Poder de Policía*, São Paulo, 1979, pp. 1 - 2 e Adolfo Merkl, *Teoria General del Derecho Administrativo*, México, 1975, p. 316.

(20) Caio Tácito, *op. cit.*, p. 141.

O Estado, com a ampliação de seus fins, viu-se compelido a desenvolver um papel mais ativo na promoção do bem-estar coletivo, e por isso mesmo, para alcançar essa meta, não apenas para resguardo da ordem pública, mas especialmente para orientar a ordem econômica e social, teve de estabelecer normas impondo restrições à liberdade individual, cujas normas, em grande parte são exercidas através do poder de polícia.

Estas dimensões novas do poder de polícia, aliás, foram registradas por *Gabino Fraga*, com admirável acerto e acuidade nesta passagem: *"Pero el poder de policía adquiere una extensión cada vez mayor en los Estados modernos, en que otros intereses distintos de los de orden, seguridad y salubridad, van desarrollándose y en que, por lo tanto, es indispensable condicionarlos con los intereses individuales. De esta manera el régimen de policía que, en un sentido restringido, sólo comprende los tres intereses primarios a que nos hemos referido, va extendiéndose para proteger los nuevos intereses que reclaman satisfacción en estados sociales más avanzados"* (21).

É possível, então, afirmar que, numa democracia, a liberdade é a regra, e a medida de polícia que restringe a liberdade, a exceção. O Estado, contudo, atua restringindo a liberdade dos indivíduos em favor da coletividade. O poder de polícia, dessarte, procura conciliar os interesses da coletividade com os interesses individuais.

O poder de polícia é, sem dúvida, função normal do Estado democrático, entretanto, para seu adequado exercício, é imprescindível um conjunto de precauções visando à legitimação dos atos de administração, em consonância com os princípios basilares do sistema democrático, cuja vida normal depende da boa política estatal.

Os limites do poder de polícia são irrestritos, não é este, todavia, um poder absoluto e discricionário (22). A sua abrangência envolve a todas as atividades e interesses humanos, e a sua legitimidade pressupõe apenas a necessidade de restabelecer o equilíbrio jurídico, social, moral ou econômico, atingido pelo exercício normal dos direitos individuais.

A abrangência ou amplitude do poder de polícia, no direito brasileiro, pode ser constatada no art. 78 do Código Tributário Nacional,

(21) Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México, 1978, p. 435; cf. também Maria Sílvia Zanella di Pietro, *Servidão Administrativa*, São Paulo, 1978, p. 23.

(22) Celso Antônio Bandeira de Melo, *Apontamentos sobre o Poder de Polícia*, in RDP, vol. 9, pp. 61 - 62.

onde o conceito legal se estende para abarcar até mesmo as atividades de natureza econômica, como igualmente ocorre no sistema norte-americano.

A polícia é um sistema de restrições à liberdade, mas, por paradoxal como possa parecer, não é inimiga da liberdade: ao contrário, é uma garantia das liberdades individuais, do bem-estar econômico e social e da preservação dos direitos fundamentais do homem.

A limitação do uso e gozo dos bens, das atividades e dos direitos individuais, que decorrem do poder de polícia, tem como escopo o interesse público, o bem-estar geral da coletividade. A propósito, a lição do ilustre publicista lusitano, *Marcelo Caetano*, traduz, com propriedade, o elevado sentido do poder de polícia: "*Numa sociedade onde cada um possa fazer tudo quanto lhe apeteça sem pensar nos interesses, nas necessidades, nos direitos dos outros, não há liberdade. Porque os mais fortes, os menos escrupulosos, os mais poderosos, oprimirão os que não lhes possam resistir*" (23).

Anota o Juiz *Miller* que do poder de polícia "*depende la seguridad del orden social, la vida y salud de los ciudadanos, el "comfort" de la existencia en una comunidad densamente poblada, el goce de la vida privada y social y el uso de la propiedad*" (24).

Em considerações anteriores já se teve oportunidade de dizer que o intervencionismo estatal ampliou significativamente o conceito do poder de polícia, que, saindo de sua noção tradicional, passou a ser também utilizado na ordenação do processo econômico e social. Deste modo, no Estado intervencionista, ganha especial relevo a denominada "*polícia das atividades econômicas*", a mesma que, no esplendor do liberalismo, como recorda *Luiz Delgado*, quase ficou reduzida à polícia de pesos e medidas, através das "*aferições*" confiadas aos órgãos municipais (25).

A polícia de preços, fixando cotações de fábrica e de loja, mediante critérios de custo e de lucro, o controle de abastecimento, dos salá-

(23) *Marcelo Caetano*, Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1977, p. 336.

(24) *Ramón F. Vasquez*, Poder de Policía, Buenos Aires, 1957, p. 24.

(25) *Luiz Delgado*, Compêndio Elementar de Direito Administrativo Brasileiro, Vol. I, Recife, 1975, p. 98.

rios, dos trustes, do comércio interno e do comércio exterior, do mercado de capitais, dos serviços de utilidades pública, enfim, toda uma gama de atividades comerciais e industriais, hoje ilimitada, sob a intervenção do Estado, é objeto da chamada polícia das atividades econômicas.

A polícia econômica se exerce através de um conjunto de organismos estatais, que atuam com maior ou menor intensidade em seus respectivos setores — preços, comércio exterior, moeda e crédito, bancos, mercado de capitais, seguros, energia elétrica, transportes, etc.

O controle, a fiscalização, as normas de procedimentos, são meios de que se vale o Estado intervencionista para desenvolver a sua ação, ensejando assim que, além de outros instrumentos, possa o aparelho estatal utilizar o poder de polícia na regulação do processo econômico.

O intervencionismo estatal deu nascimento, portanto, à polícia econômica, tipo este absolutamente inédito, à vista da concepção tradicional da atividade de polícia.

Importa assinalar, entretanto, com base no que foi examinado, que poder de polícia e intervencionismo são noções não apenas inconfundíveis, mas plenamente irreduzíveis.

Admitindo-se, como se admite, um relacionamento entre intervencionismo e poder de polícia, impõe-se, todavia, estabelecer as necessárias diferenças, numa tentativa de aclarar os pontos nebulosos.

O intervencionismo é um fenômeno de conteúdo marcadamente econômico, cujo estudo mais amplo, no terreno jurídico, fica a cargo do Direito Econômico, embora o conteúdo deste não se esgote na matéria das intervenções, e nem estas, por seu turno, sejam todas de natureza econômica.

O poder de polícia, ao contrário, traduz-se num conjunto de atribuições cometidas ao Poder Público, com restrições à atividade particular e aos direitos individuais, em prol do interesse público, estendendo-se sua atuação até os fins de natureza econômica. A sua conceituação, ademais, se circunscreve ao âmbito do Direito Administrativo.

O poder de polícia, ademais, é uma construção jurídica característica do Estado liberal, quando, em sua concepção conservadora, era voltado à preservação da ordem pública, com a prevalência do ideal de liberdade como regra, já que o controle ou a limitação desta se fazia sempre em caráter excepcional.

A atuação intervencionista do Estado foi uma consequência do

declínio do liberalismo, como forma de correção dos erros e distorções verificadas no processo econômico. Trata-se, por isso, de um fenômeno mais recente, praticamente um produto do presente século, em ascensão máxima a partir da Segunda Guerra Mundial.

A questão não é, no entanto, pacífica, pois, enquanto alguns consideram o intervencionismo como uma mera forma ou manifestação do poder de polícia, outros, inversamente, incluem o poder de polícia como uma das formas de intervenção estatal no domínio econômico.

Assim, *André de Laubadère, José Nabantino Ramos e Bartolome Fiorini* (26) estão entre os que defendem a primeira posição, enquanto *Garrido Falla, Fernando Conesa, Andrés Serra Rojas e Fernando Albino de Oliveira* (27) situam-se entre os que adotam a última posição, inscrevendo o poder de polícia pura e simplesmente como uma das modalidades de intervenção estatal.

Não se poderá compartilhar com quaisquer dessas orientações, embora levem o aval de respeitáveis cultores do Direito. Não só pelas razões já alinhadas, mas, também, por algumas outras que se podem aditar.

Desta forma, como nem toda ação de intervenção do Estado no domínio econômico justifica a utilização do poder de polícia, igualmente, nem todo exercício do poder de polícia resulta numa atuação intervencionista do Estado no plano econômico.

E ainda mais: o intervencionismo estatal, para efetivar a sua política econômica, lança mão de técnicas jurídicas próprias que não se enquadram na conceituação do poder de polícia.

Para *Eros Grau*, é inadequada e incompleta a redução da análise dos atos de intervencionismo econômico à consideração pura e simples das manifestações do poder de polícia. E acrescenta, conclusivamente, que são irredutíveis a sua noção especialmente as manifestações de in-

(26) Cf. André de Laubadère, *Droit Public Économique*, Paris, 1976, p. 47-48; José Nabantino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 97; e Bartolome A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Buenos Aires, 1976, pp. 9-10 e 227.

(27) Cf. Fernando Garrido Falla, *Las Transformaciones del Regimen Administrativo*, Madrid, 1962, pp. 106-107; Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, pp. 94-95; Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Tomo II, México, 1972, pp. 1.125 e 1.132; e Fernando Albino de Oliveira, *Limites e Modalidades da Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, in RDP, vol. 37/38, janeiro/junho, 1976, p. 63.

tervencionismo que importam a imposição de comportamentos positivos sobre determinados agentes no processo econômico (28).

O que se pode dizer é que o poder de polícia representa um instrumento a mais de que dispõe o Estado intervencionista na execução de sua política econômica, pois, como ressalta *Manoel Ribeiro*, " não há ponto em que não possa ser exercido, segundo os quadros constitucionais, o poder de polícia em relação à Ordem Econômica" (29).

A intervenção estatal no domínio econômico se utiliza do poder de polícia como um meio para realizar os objetivos da ordem econômica. Mas isso não significa entender o intervencionismo como uma manifestação do poder de polícia e, muito menos, pretender que este seja uma consequência daquele, o que seria uma inversão da própria perspectiva histórica do fenômeno intervencionista.

3. O INTERVENCIONISMO COMO INSTRUMENTO DE BEM-ESTAR E DESENVOLVIMENTO

A conquista do desenvolvimento tem se constituído num dos problemas que mais tem preocupado a humanidade, notadamente nos dias atuais, quando até as nações mais desenvolvidas enfrentam o aspecto da estagnação econômica.

De fato, todos os países do mundo — pobre ou ricos — se preocupam com o seu desenvolvimento econômico. Os pobres porque desejam tornar-se ricos e os ricos porque pretendem enriquecer mais ainda e manter suas posições na liderança internacional.

O hiato existente entre nações ricas e nações pobres por isso mesmo, as tem levado a assumir a responsabilidade pela sua redução, mediante a criação de instrumentos aptos a estimularem ou induzirem o processo de desenvolvimento.

É bem verdade que a humanidade cada vez mais vem percebendo que nem sempre a qualidade de vida é favorecida pelo desenvolvimento, e mais: ela em muitos casos pode vir a ser diretamente comprometida pelo mesmo. No fundo, emerge a consciência de que a ele estão associa-

(28) Eros Roberto Grau, verbete "Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Enciclopédia Saraiva, Vol. 46, São Paulo, 1980. p. 67.

(29) Manoel Ribeiro, *Direito Administrativo*, Vol. II, Salvador, 1964, p.172; cf. também: Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, p. 56, e Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México, 1978, p. 435.

dos custos talvez insuspeitos ou subestimados à época de sua formulação teórica e de sua consagração como objetivo prioritário da política econômica adotada.

Na opinião de *Samuel P. Huntington* a modernidade gera a estabilidade, mas a modernização gera a instabilidade. O desenvolvimento econômico no seu entender, embora aumentando a capacidade de uma sociedade de satisfazer suas aspirações, com tendência para reduzir as frustrações sociais e a instabilidade política, proporcionando o rápido crescimento econômico e novas oportunidades de emprego e empreendimentos lucrativos, é também, em si mesmo, um processo altamente instabilizador e as próprias mudanças necessárias à satisfação das aspirações tendem apenas a exacerbar essas mesmas aspirações (30).

Mas, a despeito dos aspectos desfavoráveis, e de sua extrema complexidade pelos múltiplos problemas que o envolvem, a busca do desenvolvimento tem sido um objetivo constante na vida dos povos. A política econômica representada pelo intervencionismo estatal, como não poderia deixar de ser, se orienta também na realização do desenvolvimento material e do bem-estar.

As razões metodológicas, no entanto, estão a exigir que antes de ferir-se a questão principal se faça a abordagem do que se deve entender por "*desenvolvimento*", levando em conta que o seu sentido não se mantém constante e uniforme, sofrendo variações de conformidade com a utilização a que se presta ou segundo a visão particular dos que se dedicam ao exame do assunto.

A idéia de desenvolvimento, encarado este num sentido pluridimensional, para *Fávila Ribeiro*, não suporta redução de alcance, devendo corresponder ao processo de modernização global, aplicável a um determinado Estado nacional, tendo de atingir a todos os pontos vitais da sociedade. Para tanto, e consoante o mestre cearense, para que haja adequada compreensão do alcance do desenvolvimento é preciso ampliar o campo visual, desbordando de um enfoque restritivo e incompleto,

(30) Samuel P. Huntington, *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*, São Paulo, 1975, pp. 54 e 62.

para colher a sociedade em seu conjunto e na complexidade de seus elementos constitutivos (31).

Com efeito, face à complexidade dos problemas sociais, falar genericamente de desenvolvimento sem vinculá-lo com a sociedade como um todo, é uma pura abstração, pois se trata de um complexo sociológico que integra uma trama indissolúvel (32).

Preocupando-se em oferecer uma noção ampla e abrangente *Nilson Holanda* entende o desenvolvimento como todo um processo complexo de mudança social global, com implicações não apenas econômicas, como também políticas, sociológicas e até psicológicas (33).

A idéia de desenvolvimento, na consideração de *Eros Grau*, supõe dinâmicas mutações e importa em que esteja a se realizar, na sociedade por ele abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Implica a idéia de desenvolvimento, acrescenta, um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado de elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Observa ainda com muita propriedade que, importando na consumação de mudança de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a mera idéia de crescimento. E conclui o seu ponto de vista, salientando que o crescimento — conceito quantitativo — deve ser entendido apenas como uma parcela daquela noção (34).

Observa, a propósito, *Hugo Rangel Couto*, que calcular o desenvolvimento econômico de um país pelo mero aumento de sua capacidade para a produção de bens por habitante, sem estimar a categoria e qualidade das necessidades correspondentes e, por tanto, sua prioridade, olvidando que uns tem um valor positivo e outros, em troca, contribuem para a degeneração individual e social, é ignorar a possibilidade de que este suposto avanço poderia ser realmente um retrocesso para o ser humano (35).

O termo “desenvolvimento”, anota *Sanchez Agesta*, vai difundir-se com grande rapidez e a teoria do desenvolvimento terá uma aceitação tão ampla que do âmbito da economia se transfere a outros campos de especulação científica e de atividade humana. Paralelamente a um desenvolvimento econômico se vai reclamar um desenvolvimento social, e inclusive um desenvolvimento político, como demandas ou exigências que a sociedade apresenta à ordem política.

(31) Fávila Ribeiro, *A Ordem Jurídica e as Transformações Sociais*, in *Revista Nomos*, n.º 1, Fortaleza, 1978, pp. 22 e 26.

(32) Hugo Rangel Couto, *La Teoría Económica y el Derecho*, México, 1979, p. 242.

(33) Antônio Nilson Craveiro Holanda, *Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Regional*, Fortaleza, 1975, p. 104.

(34) Eros Roberto Grau, *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 519, janeiro/79, p. 13.

(35) Hugo Rangel Couto, *op. cit.*, p. 243.

Aduz o mesmo autor que a palavra "desenvolvimento" se converte assim em um dos termos mimados do vocabulário político e científico dos últimos trinta anos, embora com uma certa ambigüidade, que quiçá favorece seu impulso político. O termo mesmo contém um desafio para a especulação científica e um acicate para a emotividade do homem da rua. Desde logo, explica, o desenvolvimento significa a afirmação de um processo e, por conseguinte, de algo que quebra um "statu quo" ou uma situação estável, porém sem que o homem perca a consciência de uma segurança e da possibilidade de prevenir as consequências de sua atividade. Desenvolvimento, na linha de uma mudança, é um termo mais tranquilizador e sossegado do que revolução ou reforma, porque é um crescimento sistemático e dirigido, significando, ademais, uma mudança para melhorar (36).

O desenvolvimento, como se pode ver, transcende as formulações técnicas, pois se traduz em um complexo de mudanças e transformações sociais, políticas, econômicas, jurídicas, etc.

Esse sentido abrangente, pluridimensional, na expressão de *Fávila Ribeiro*, é o aqui adotado, tendo em conta, todavia, as ponderações de *Walter Elkan*, de que o desenvolvimento é uma palavra ambígua e esquiva, e nenhuma definição parece totalmente satisfatória. Por isto, o mais certo, adverte, é usar a que melhor se harmoniza com o que a maioria das pessoas julga que ele significa (37).

A noção de desenvolvimento não poderia ser outra, porque nenhuma política poderá ser conduzida a bom termo, se não estiver em consonância com a realidade objetiva, ajustando-se forçosamente às relações de convivência social.

Por outro lado, o bem-estar será entendido na sua acepção tradicional de bem-comum, como o conjunto de condições sociais que permitem e favorecem nos seres humanos o desenvolvimento de sua pessoa. Será representado pela soma dos objetivos que constituem a *qualidade de vida*, como as condições de saúde, de habitação, de educação, recreação, segurança social, alimentação, enfim, tudo o que contribui para a melhoria de vida do povo, para a realização das potencialidades da pessoa humana.

(36) Luis Sanchez Agesta, *Las Antitesis del Desarrollo Constitución, Desarrollo y Planificación*, Madrid, 1976, pp. 19 - 20.

(37) Walter Elkan, *Introdução a Economia do Desenvolvimento*, São Paulo, 1977, pp. 12 - 14.

O Estado moderno, intervencionista por excelência, não há como fugir de tão elevados fins, pois, como significativamente indaga *Bertrand de Jouvenel*: “ Não existem acaso uma série de complementos da vida que não se compram em nenhum mercado, e uma série não menos numerosa de inconvenientes que não se podem expressar em números ? Não se poderia, por conseguinte, enumerar toda uma quantidade de fatores que contribuiriam ao prazer da existência ou ao progresso da personalidade, e que deveriam ser promovidos pela iniciativa pública ?” (38).

O intervencionismo estatal, atuando sistematicamente sobre a economia, se constituirá inegavelmente, como um dos mais relevantes instrumentos do bem-estar e do desenvolvimento, porque, afinal de contas, a ordenação da vida econômica, com esse interesse, é uma consequência inevitável dos próprios fins da organização estatal.

Referindo-se à questão lembra *R.A. Amaral Vieira*, que o intervencionismo estatal pode constituir-se não só em instrumento do desenvolvimento como também de democratização desse desenvolvimento quando promover a distribuição de seus resultados, sendo igualmente um postulado de nacionalismo econômico ao procurar, de um lado, trazer para o âmbito nacional o poder de decisão sobre sua economia, e, de outro, manter o nacional como beneficiário do enriquecimento do seu país (39).

A verdade é que, de certa forma, toda a estrutura de intervenção do Estado, para lograr o fim último que persegue, estará destinada a fomentar o desenvolvimento econômico (40).

No texto constitucional brasileiro (art. 160), a consecução do desenvolvimento e do bem-estar social está necessariamente ligada à execução da política intervencionista.

O intervencionismo estatal, na concretização do desenvolvimento e do bem-estar, em face da progressiva evolução da economia, a exigir um tratamento sistemático e ordenado, não poderá prescindir da adoção do planejamento, como um veículo idôneo no alcance daquela meta e ainda para acelerar metodicamente os processos de transformação social.

(38) Bertrand de Jouvenel, *Los Orígenes del Estado Moderno*, Madrid, 1977, p. 394.

(39) R. A. Amaral Vieira, *O Intervencionismo Brasileiro: Raízes e Perspectivas Históricas*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 42, abril / junho, 1974, p. 305.

(40) Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago de Chile, 1962, p.39; cf. também Fávila Ribeiro, *Intervenção do Estado para promover o Bem-Estar Social*, in *RDP*, Vol. 16, abril / junho, 1971, p. 115.

A planificação, como destaca oportunamente *Fiorini*, não é a realização de uma ideologia política, mas é a realização jurídica no Estado do bem-estar de um processo criado com objetivos sociais (41).

Com isso, será possível que os ideais da Ordem Econômica e Social se tornem realidade, assegurando-se uma justa e equânime distribuição e aproveitamento da riqueza, de tal sorte a se construir uma sociedade em que todos, indiscriminadamente, possam compartilhar dos resultados obtidos.

4. CONSEQUÊNCIAS DA EXPANSÃO INTERVENCIONISTA

O Estado intervencionista, em razão dos novos fins que persegue, alargou consideravelmente as suas atividades, deixando de ser simplesmente um "produtor de segurança jurídica", na garantia da ordem pública, para se constituir em protagonista e conformador da ordem social.

Há necessidade hoje do Estado intervir no sistema econômico em favor da constância no desenvolvimento econômico, da equidade na distribuição das riquezas e da segurança social.

A intervenção estatal se orienta no sentido de encontrar a solução para problemas como a pobreza, a miséria, a fome, a marginalidade, a habitação, a saúde, etc. A preocupação não é só com a redistribuição da riqueza, mas, também, com a produção.

Tem o Estado a tarefa de proporcionar a todos o bem-estar, uma existência socialmente condigna. Comenta, então, *Fritz Neumark* que já não é possível volver ao individualismo, ao "Estado gendarme" ao automatismo do mercado, e que o único caminho está em construir um sistema econômico e social que enfoque os problemas econômicos e sociais de massas de tal modo que se garanta ao indivíduo um máximo

(41) Bartolome A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Buenos Aires, 1976, p. 229.

de liberdade de disposição tanto no setor econômico como no político (42).

A missão do Estado Social vai muito mais além. Como resultante disso já não cumpre sua obrigação se não garante aos indivíduos mais do que o imprescindível em matéria de alimentação, vestuário, habitação e saúde. Cumpre-lhe assegurar bem mais do que isso. Em consequência, é chamado a promover o acelerado crescimento da produção, o surgimento de novas e sofisticadas fontes de riqueza, a modernização da economia, a industrialização (43).

O fenômeno de ingerência estatal, em escala cada vez mais crescente, é mais ostensivo e desenvolvido nos países de menos tradição no exercício da livre iniciativa e liberdade nos negócios, embora seja pouco provável encontrar quem ainda insista em deixar o seu sistema econômico ao livre jogo das forças econômicas.

Contudo, na mesma proporção em que o Estado se vê compelido, para a proteção dos interesses das grandes maiorias, a tomar a seu cargo atividades que o individualismo reconhecia como próprias e exclusivas dos particulares, vai se produzindo um incremento cada vez maior de suas funções, muitas vezes unicamente de fato, já que nem as Constituições nem as leis orgânicas as consagram, ou quando muito, com o apoio de escassos preceitos que as autorizam.

A verdade é que a expansão das atividades estatais não raro introduz um plano de organização econômica que nada tem a ver com o Direito tradicional codificado, chegando muitas vezes a se chocar com as estruturas jurídicas tradicionais.

Constata *Dalmo Dallari* que entre os perigos que, ultimamente, tem prejudicado a preservação da ordem jurídica, está a convicção de que é melhor agir fora da lei, mas promovendo o bem estar, do que aceitar as restrições impostas pela ordem jurídica e assim reduzir a eficácia governamental na promoção de benefícios. Os excessos, a seu ver, não apenas prejudicam seriamente a integridade da ordem jurídica, como acabam sacrificando o bem-estar (44).

A presença mais constante do Estado, a ampliação cada vez mais intensa de suas atividades, vem gerando uma dimensão de gigantismo que, dada a dificuldade de avaliação de seus resultados, tem criado apreensões e merecido severas críticas de todos os que se detêm no estudo do assunto.

(42) Fritz Neumark, *Problemas Económicos y Financieros del Estado Intervencionista*, Madrid, 1964, pp. 172 - 173.

(43) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A Reconstrução da Democracia*, São Paulo, 1979, p. 16.

(44) Dalmo de Abreu Dallari, *O Renascer do Direito*, São Paulo, 1976, p. 57.

O Estado contemporâneo, para *Ortega y Gasset*, é o produto mais visível e notório da civilização e, justamente pela precisão e eficiência de seus meios, vislumbra como o maior perigo que hoje ameaça a civilização: a estatificação da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado, ou seja, a anulação da espontaneidade histórica, que em definitivo sustenta, nutre e impele os destinos humanos (45).

Deixando à parte os exageros, as críticas mais frequentes procuram identificar como consequências da expansão intervencionista: o fortalecimento do Poder Executivo, a diluição ou absorção do Direito Privado pelo Direito Público, o excessivo aumento da legislação, o crescimento do burocratismo, a quebra da segurança jurídica, e a diminuição ou até mesmo a supressão da liberdade individual.

O intervencionismo estatal, à toda evidência, vem registrando uma tendência para o fortalecimento e uma ampliação dos poderes Executivo, com um conseqüente debilitamento nas competências do Poder Legislativo.

A preponderância do Poder Executivo sobre o Legislativo é uma consequência da missão do Estado Social ou intervencionista, que inevitavelmente, na busca pelo desenvolvimento e bem-estar, leva a uma concentração de poder nas mãos do Executivo, justificada por alguns pelo fato de que a descentralização e autonomia são óbices ao crescimento econômico e às transformações necessárias (46).

Considera, a propósito, *Alfonso Padilla Serra*, que com o crescimento da intervenção do Poder Executivo na ordenação econômica dos Estados diminuiu o papel dos órgãos deliberativos clássicos, e junto à personalização do poder se produziu uma institucionalização nos órgãos que de uma maneira mais direta terão de tomar as decisões políticas (47).

É inegável também que, por sua própria condição estrutural, o Poder Executivo se encontra mais apto e mais aparelhado para responder às decisões que a direção da economia exige. Por tudo isso se tem de convir, com *Elias Diaz*, que a constante, rápida e eficaz intervenção da Administração na vida do país reclama, com certeza, que esta possua uma grande capacidade dispositiva e decisória: a Administração, pode-se dizer, necessita legislar. Nela a legislação se dinamiza extraordinaria-

(45) José Ortega y Gasset, *A Rebelião das Massas*, Rio de Janeiro, 1971, p. 143.

(46) Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A Reconstrução da Democracia*, São Paulo, 1979, pp. 71 - 72.

(47) Alfonso Padilla Serra, *El Poder Ejecutivo y la Ordenación Económica*, in *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, p. 198.

mente como única forma de prover as necessidades dessa constante atividade sócio-econômica (48).

Na observação oportuna de *Eros Grau*, dessa necessidade de o Estado orientar e dar correção a desvios ocorridos no rumo do processo econômico premeditado, é que surge o fenômeno do exercício da capacidade normativa de conjuntura. E é em razão da capacidade normativa de conjuntura, típica, segundo ele, do Direito Econômico, que o Poder Executivo desbordando de sua função normativa constitucional, adquire maior relevo em suas atividades, de tal sorte a poder atender à exigência de produção imediata de normas que a conjuntura impõe, frente à realidade econômica, num clima de dinamismo e flexibilidade que o desaparelhamento do Legislativo não permitiria desenvolver (49).

Mas, compartilhar da idéia de se admitir um Executivo forte, não implica, necessariamente, na admissibilidade de um Executivo incontrolado, mesmo em se considerando que no Estado intervencionista seja ele o órgão mais preparado para se desincumbir da função imediatamente diretiva da atividade econômica, frente a um Legislativo lento e pouco especializado.

Assim, diante do aumento de poder do Executivo, há que se exigir hoje mais eficazmente o seu controle e responsabilidade jurídica. Impõe-se reamoldar o princípio da divisão dos poderes e, quanto às faculdades normativas da Administração, também se faz necessária a aceitação essencial do controle exercido pela vontade popular, como ponto central de toda a questão. Da eficácia do real controle do poder pelo povo poderá resultar a contínua garantia de confiabilidade do sempre aberto processo democrático no Estado Social de Direito.

A hipertrofia do Executivo, na opinião de *R. A. Amaral Vieira*, representa a origem da decomposição da vontade popular, enquanto que a crise do sistema representativo é uma manifestação da crise da representação política, essa derivada da decadência do papel dos legisladores, cujos poderes são cada vez menores na razão em que aumentam as atribuições do Executivo.

Afirma, incisivamente, que o pretexto de prover o Executivo de instrumentos prontos e eficazes na luta contra o subdesenvolvimento, vai retirando dos demais poderes, especialmente do legislativo, todas as

(48) Elias Diaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1975, p. 101.

(49) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 69 - 70.

suas funções mais específicas e o Parlamento tende a se transformar em simples câmara para o referendo de fatos consumados (50).

A propósito do assunto, *Fávila Ribeiro*, em judiciosas e acuradas observações, salienta que as competências que foram acrescidas nas atividades jurisdicionais e executivas são decorrentes do aumento das potencialidades do Estado contemporâneo, e não propriamente de um remanejamento das funções, com retirada de um setor para incorporar-se a outro. E acentua que, em linhas gerais, os órgãos parlamentares não teriam sofrido desfalques funcionais, mas apenas deixado de receber novos implementos no processo de expansão das atividades estatais. O que se verifica, no seu entender, é que as competências inerentes aos Parlamentos passaram a ser compartilhadas pelos outros ramos estatais, denotando uma forte tendência para maior interpenetração em suas funções, sem que os órgãos parlamentares revelem qualquer surto inovador em seu manancial de trabalho (51).

Não se poderá, no entanto, aceitar-se poderes absolutos, irresponsáveis, incontroláveis ou intangíveis e, por isso, há mais do que nunca a necessidade de adoção de fórmulas adequadas para a limitação do poder, arbitrando-se medidas que permitam o seu controle afetivo e real numa sociedade democrática.

Uma outra consequência que se tem atribuído ao intervencionismo estatal estaria na diluição ou absorção do Direito Privado pelo Direito Público.

Aponta-se o perigo de que com o crescimento do intervencionismo, fiquem submetidas as relações de Direito Privado ao Direito Público, e por isso as relações do particular com a Administração tenderiam a se converter como próprias de um funcionário. Nessa perspectiva, não tem faltado opiniões um tanto extremadas preconizando o monopólio das relações jurídico-privadas pelo Direito Público (52).

Todavia, o que se verificou com o intervencionismo não é bem isso, mas uma ruptura do equilíbrio que atribuía ao setor público a manutenção da ordem e ao privado as tarefas econômicas. Com a expansão da atividade do Estado na vida econômica e social, e o surgimento de novos direitos mais ajustados à realidade emergente, constata-se que, na prática, o Direito Público e o Direito Privado se interpenetram constantemente.

(50) R. A. Amaral Vieira, *O Intervencionismo Brasileiro: Raízes e Perspectivas Históricas*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 42, abril / junho, 1974, p. 352.

(51) Fávila Ribeiro, *O Legislativo e a Problemática da Responsabilidade na Organização Constitucional Contemporânea*, Brasília, 1980, pp. 43 - 44.

(52) Cf. Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, pp. 104 - 105.

Observa *Garrido Falla*, que a distinção entre Direito Público e Privado não deriva unicamente dos distintos sujeitos que intervêm na relação jurídica, como pretende *Eisenmann*, mas do fato de que tal fenómeno dá lugar a uma regra original. A prova disso é que em várias situações, o Estado aparece como sujeito de certas relações, no entanto surge indiscutível o carácter jurídico-privado das mesmas. Deste modo, assevera, não há razão para admitir que o Estado possui, como novo rei *Midas*, a virtude mágica de converter em Direito Público tudo o que toca (53).

O intervencionismo crescente ocasiona, também, o aumento ou excesso de legislação. A crítica não reside somente no aumento desmedido das leis (no sentido material e formal), mas ainda na qualidade das normas editadas.

A ação estatal intervencionista, de fato, principalmente a partir das duas grandes guerras mundiais, neste século, determinou uma verdadeira avalanche legislativa, buscando a solução para os grandes problemas sociais e económicos que se desencadearam em razão dos conflitos bélicos referidos.

As causas desse enxame legislativo são várias, porém, a título de ilustração, podem ser indicadas as seguintes: causas políticas e causas económicas. Contar-se-iam, então, como causas mais diretas: as novas funções do Estado intervencionista, e as novas condições de vida social, impondo mudanças bruscas e intensas nas últimas décadas.

Depreende-se que a necessidade de atender aos múltiplos problemas sociais, bem como os aspectos conjunturais da economia, são dados concretos a mostrar que o intervencionismo do Estado conduz quase necessariamente a um aumento quantitativo expressivo das regras legais vigentes, especialmente no campo económico.

Contudo, se é apreciável em termos quantitativos o número das normas legais baixadas, não se poderá dizer o mesmo de sua condição qualitativa, pois a pressa na elaboração de tais normas contribui para a sua imperfeição e para a deterioração do ordenamento.

Os resultados dessa maratona legislativa, como seria de esperar, são sempre os mais nocivos para o Direito e para o equilíbrio do ordenamento jurídico. Afinal, como salienta *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, quanto mais numerosas são as leis, tanto maior número de outras exigem para completá-las, explicá-las, remendá-las, consertá-las ... Feitas às pressas para atender a contingência de momento, trazem essas leis o

(53) Fernando Garrido Falla, *Las Transformaciones del Regimen Administrativo*, Madrid, 1962, pp. 65 - 68.

estigma da leviandade (54).

O emaranhado de leis ditadas pelo Estado intervencionista ainda produzem outros efeitos negativos, como o rompimento da sistematização ou do conjunto que deve apresentar a norma legal frente ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido observa *Garcia de Enterría que a Administração é um péssimo legislador e sendo assim apenas é capaz de atender às questões imediatas, pois carece da visão ampla de que necessita o legislador. Assim, sua estrutura burocrática lhe proporciona a visão parcial correspondente a suas respectivas especialidades técnicas, porém não tem nenhuma perspectiva de conjunto (55).*

As consequências, volta-se a insistir, são as mais funestas para o equilíbrio e a coexistência social, como se deduz destas oportunas considerações de *Eduardo Nóvoa Monreal: "Por obra de este maremágnum de preceptos de todas classes, inspiraciones y épocas, con esta avalancha legislativa que presenciarnos, el sistema legal positivo pasa a convertirse en una espesa e impenetrable selva normativa, que más que ordenar la vida social, la desarticula, la confunde y la hace ingrata" (56).*

A atomização do Direito, em razão do "cipoal" legislativo, é contrária à sua finalidade, destruindo a concepção de um conjunto sistemático, ordenado, claro, como devem ser se revestir as regras de conduta, acessíveis ao conhecimento de todos.

Esse crescimento desmedido da legislação torna praticamente inviável não só o conhecimento, mas também o domínio por uma pessoa de toda a matéria legislativa.

Com isso, velhos princípios como o de que "*ignorantia legis neminem excusat*", tornam-se inteiramente inócuos e superados diante da realidade social que se está vivendo, necessitando sejam devidamente repensados pelos juristas e legisladores.

A ampliação das tarefas do Estado, a seu turno, leva a um aumento considerável dos funcionários públicos, que terão o encargo de realizar materialmente as novas funções estatais. Depara-se aí o burocratismo ou o aparato burocrático em grandes proporções. Enxerga-se nessa situação o risco de que os funcionários releguem a segundo plano a sua função a serviço da comunidade e se ponham a serviços de grupos, ou,

(54) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, São Paulo, 1968, p. 11.

(55) Eduardo García de Enterría, citado por Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, p. 106.

(56) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 54; cf. também Joaquín Costa, *La Ignorancia del Derecho*, Buenos Aires, 1957, pp. 13 - 14 e 38 - 39.

pior ainda, a serviço de seus próprios interesses.

Para a correção dos exageros impõe-se a adoção de medidas adequadas para que se torne possível fiscalizar a atuação de todos os que, emprestando as suas atividades na Administração, em caso de violação de seus deveres, venham a sofrer as sanções devidas, de modo a que seu desempenho não se transforme em fonte de enriquecimento ilícito. A solução está em descobrir os mecanismos eficientes para exercer essa fiscalização, ajustados às circunstâncias sociais e políticas de cada Estado.

A vulneração da segurança jurídica e das instituições nela alicerçadas, é também uma das consequências da expansão intervencionista. Seria uma decorrência do dinamismo imprimido à ordem econômica e social pela política econômica do Estado Social.

Trata-se, na verdade, de uma questão discutível e até polêmica. Contudo, o conceito de segurança jurídica, no Estado intervencionista, não pode ser o mesmo conceito estático, imobilista do Estado Liberal.

Faz-se necessário construir um conceito de segurança jurídica mais dinâmico, que possa responder às mudanças ideológicas, às mudanças econômicas e às transformações sociais do tempo atual. Uma segurança jurídica, dessarte, no Estado Social, buscando mais justiça social, há que ser considerada mais dinamicamente, a fim de não entrar em descompasso com as mudanças econômico-sociais.

Deve-se postular uma ordem jurídico-econômica estável, mas não imutável, pois somente uma ordem dinâmica será capaz de atender às exigências da sociedade moderna.

Considera *Pablo Lucas Verdú* que embora a segurança jurídica possa ser um freio poderoso para evitar precipitadas medidas sociais, experiências parciais sumamente arriscadas que põem em grave comoção a todo o edifício jurídico, não deve ela, do mesmo modo, converter-se em trincheira do imobilismo, refúgio dos poderosos, que impede ou obstaculiza, as necessárias modificações sócio-econômicas em benefício das massas trabalhadoras (57).

Não há, ao que parece, motivos suficientes para se crer que a vulneração da segurança jurídica seja uma propensão do Estado intervencionista. Acrédita-se que uma ordenação real e desejável da convivência social deverá se fundar não no imobilismo da segurança jurídica e de suas instituições, mas na dinamicidade com que procurará repartir as vantagens morais e materiais entre todos os indivíduos e grupos que compõem a sociedade.

(57) Pablo Lucas Verdu, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, p. 119.

A diminuição ou supressão da liberdade se apresenta como um dos temas mais discutidos e debatidos pelos autores, como produto da multiplicação das atividades do Estado intervencionista. É tema controvertido, ao qual se voltará oportunamente, mas que, por sua extensão e profundidade, não poderá merecer a abordagem senão de alguns aspectos.

A ordem absoluta em que a liberdade é apenas uma exceção, não é senão uma aparência de ordem, e a liberdade absoluta, em que a intervenção ordenadora do Estado é também a exceção, não é senão uma aparência de liberdade. É que, em definitivo, uma existência humanamente valiosa não é possível nem em absoluta liberdade nem em absoluta ordem (58).

No Estado Liberal a exigência de liberdade se traduzia pela não participação do Estado na vida social; era uma liberdade em sentido negativo. A liberdade no Estado intervencionista ou Social busca compatibilizar a afirmação dos interesses individuais com os sociais. Procura-se alcançar a liberdade através do Estado, mediante a conquista de oportunidades para o desenvolvimento integral do indivíduo.

As opiniões são conflitantes, pois enquanto alguns denunciam que a intervenção estatal na vida econômica se constitui numa significativa redução dos direitos individuais, outros se manifestam em sentido contrário.

Importa considerar, porém, que a experiência histórica veio demonstrar a falibilidade da "mão invisível". Desta forma, se o Estado não interferir na vida social, deixando que os indivíduos isoladamente e ao seu arbítrio estabeleçam as normas de convivência, o resultado não será outro, senão a perda da liberdade para a grande maioria das pessoas.

O abstencionismo do Estado superou-se por suas contradições, dele não necessitando a liberdade para vicejar. O intervencionismo tem mostrado sobejamente que se alguns direitos tradicionais sofreram maiores restrições (propriedade, comércio, indústria), outros ganharam existência através da ação do Estado (direitos sociais e econômicos).

A realidade, esclarece *Baena de Alcazar*, é que na época atual mudou completamente a concepção predominante acerca da liberdade. O Estado atual, ao menos o Estado democrático, atende como sempre a proteção da liberdade, porém a liberdade novas que se centram no campo econômico e social e que reclamam uma intervenção criadora por parte do Estado. Resulta indiscutível, a seu ver, que a consecução destas novas liberdades não pode produzir-se sem limitar ou eliminar

(58) Agustin A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I , Buenos Aires, 1974, p. 38.

algumas das liberdades tradicionais, especialmente no campo econômico (59).

O Estado intervencionista, procurando a realização do bem-estar e do desenvolvimento, não pretende alcançar este objetivo com a exclusão da liberdade, pois esta é também uma de suas metas mais legítimas.

O problema, entretanto, reside exatamente nisso. A preocupação com o bem-estar tem levado ao sacrifício da liberdade. A intervenção do Estado no domínio econômico e social vem, de mais em mais, restringindo a autonomia individual. Multiplicando os controles e as regulamentações, tende a sufocar a capacidade humana de inovar, criar, experimentar, empreender (60). Míngua a liberdade enquanto o Estado amplia a sua capacidade de ação.

Não é de ignorar, por tais razões, que o poder da Administração aumentou extraordinariamente e, em proporção direta diminuiu a independência, a liberdade e mesmo a dignidade do cidadão frente a esse complexo orgânico revestido de Poder Público, que a cada dia que passa, tutela até os detalhes mais ínfimos da vida de cada um.

Atribui-se que o fato seja uma resultante do espaço conquistado pela liberdade econômica, que, pela sua importância e repercussão no Estado intervencionista, tem contribuído para se olvidar a preocupação pela liberdade como elemento consubstancial, insubstituível da dignidade humana.

O problema é complexo, mas, a despeito disso deve ser enfrentado com realismo, na tentativa de superar os conflitos que se apresentam, procurando a compatibilização da liberdade humana com a satisfação das necessidades sociais. Para tanto, é imperioso que se busque satisfazer as necessidades essenciais da população, fazendo esse esforço e limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que se torne necessário para alcance desse objetivo, mas respeitando a justa vontade dos que formam a maioria.

(59) Mariano Baena de Alcazar, Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, Madrid, 1966, pp. 157 - 158.

(60) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, A Reconstrução da Democracia, São Paulo, 1979, p. 18.

E assim é porque a essencial função que deve cumprir um Estado moderno, no dizer lúcido de *Karl Mannheim*, se quer salvar o indivíduo como ser humano, é tomar e dirigir a ação da sociedade. Não a função de vigilante, mas de administrador-diretor social, sem destruir jamais a liberdade do indivíduo dentro da sociedade (61).

Apesar das dificuldades, das forças colossais e anônimas a expor o indivíduo débil e indefeso frente à magnitude da ação do Estado, por todas as forças e por todos os meios dever-se-á lutar para que não se torne realidade a amarga afirmação de *Ortega y Gasset*: "*A isso conduz o intervencionismo do Estado: o povo se converte em carne e massa que alimenta o mero artefato e máquina que é o Estado. O esqueleto come a carne que o rodeia. O andaime se torna proprietário e inquilino da casa*" (62).

Os grandes poderes conferidos ao Estado para que o maior número de bens seja assegurado ao maior número de pessoas exigem o reforço das liberdades civis e políticas e a participação de todos os cidadãos na imposição das restrições que lhes afetam (63). Não se cuida, porém, de renunciar às vantagens diversas que permite a intervenção estatal na economia, enquanto se traduz na oferta de um conjunto de prestações de assistência vital aos cidadãos menos favorecidos. Cuida-se sim de firmar o entendimento, revestido de uma confiança inabalável, de que é necessário conjugar a ação intervencionista do Estado com a manutenção da liberdade e da dignidade essenciais e insubstituíveis no desenvolvimento da pessoa humana.

(61) *Karl Mannheim*, *Libertad, Poder y Planificación Democrática*, México, 1953, pp. 26 e 112, citação de *Bartolome A. Fiorini*, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1976, p. 227.

(62) *José Ortega y Gasset*, *A Rebelião das Massas*, Rio de Janeiro, 1971, p.145.

(63) *Mariano Baena Alcazar*, *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 166.

O intervencionismo estatal, parafraseando *Spencer*, é um "mal necessário", pode-se até admiti-lo como inevitável, bastando que se lhe imponham os temperamentos devidos. De qualquer forma, não é razoável ignorar os riscos a que pode conduzir uma ação desmedida e ambiciosa do Estado. O cuidado está em se conseguir evitar aquele extremo referido por *Fraguas Massip*: "el intervencionismo ultranza se opone a la libertad humana y a los intereses de la comunidad, porque llega un momento en que el Estado no actúa en el proceso económico con el fin de defender esos intereses, sino los propios" (64).

Deixar de admitir que o homem de hoje é menos independente e cada vez mais interdependente no plano social, será negar a própria realidade que o cerca.

Mas, nem por isso se justifica relegar a nível secundário a preocupação com a garantia da liberdade individual. Ainda se crê que mediante a utilização de técnicas e mecanismos jurídicos eficazes possam ser resguardadas consideráveis zonas de liberdade e, neste particular, é missão imperativa do jurista, não apenas despertar a consciência da sociedade mas oferecer ao legislador os meios de preservá-la.

A contenção dos excessos intoleráveis do intervencionismo estatal se apresenta, portanto, como solução viável para a subsistência e preservação da liberdade humana.

(64) Ramón Fraguas Massip, citado por Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, p. 104, cf. Fávila Ribeiro, *O Legislativo e a Problemática da Responsabilidade na Organização Constitucional Contemporânea*, Brasília, 1980, p. 36.

PARTE SEGUNDA

DO ABSTENCIONISMO AO INTERVENCIONISMO

Capítulo I

A ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA CAPITALISTA

- 1 — As mudanças na sociedade. 2 — Ordem Econômica e Constituições.
- 3 — A Ordem Econômica e suas transformações.

1 .AS MUDANÇAS NA SOCIEDADE

A sociedade é, por sua própria natureza, extremamente dinâmica e, de uma forma ou de outra, tanto aquelas em vias de desenvolvimento como as desenvolvidas, encontram-se imersas em um contínuo processo de mudança.

Como consequência disso não se poderá conceber uma sociedade que seja estática, ou que não fique sujeita a alterações.

Daí afirmar *Georges Balandier* (1) que a sociedade não é um produto acabado e permanente; nem é uma coisa fixada desde o tempo de sua criação: está constantemente em vias de se fazer e só pode definir-se "*em ação*". Ela é, a todo instante, carregada pelo movimento que constitui sua própria história, a história de seu desenvolvimento e de suas transformações.

A sociedade, portanto, não sendo estática, está sempre se fazendo e refazendo-se. Em outras palavras: está sempre sofrendo um processo de mudança ou mutação social.

As expressões "*mudança social*" e "*mutação social*", aqui empregadas com a mesma significação, pretendem se referir às transformações profundas, e que se tornaram patentes, das estruturas sociais e dos arranjos culturais, assim como às crises que daí resultam. Desta forma, se houver a passagem de uma para outra estrutura social, de um para

(1) Georges Balandier, *As Dinâmicas Sociais*, São Paulo, 1976, p. 82.

outro sistema de estrutura, verificar-se-á uma mudança ou u' a mutação social (2).

Com a passagem do abstencionismo ao intervencionismo, pela extensão e profundidade das transformações experimentadas pela sociedade, em todos os seus aspectos, poder-se-á indubitavelmente reconhecer ter havido uma mudança social, na abrangência traduzida por esta expressão.

De outro lado, tem-se de admitir que a sociedade se faz e se transforma, mas dentro de constrangimentos definíveis. Os dinamismos e os constrangimentos conjugados fazem com que a sociedade seja o lugar de um debate permanente. Contribuem para constituir e manifestar a sua pluralidade.

Em razão do pluralismo do universo social é que nele se manifestam e coexistem com sentido de interdependência relações de ordem social, política, cultural, econômica e jurídica, que se não podem sectionar, eis que são representativas de aspectos substanciais da realidade e devem refletir a vida humana em todas as diferentes dimensões.

Assinala *Stammler* que a dinâmica toda da vida social, sem exceção alguma, se desenvolve através dos fenômenos sociais. Por isso, não comporta uma só transformação na vida social humana que não tenha lugar mediante este elo. E nem é possível admitir o mais leve movimento dentro da vida social que não comece por afetar aos fenômenos sociais mesmos (3).

Não poderia ser de outro modo, ao se considerar que a própria história da vida social humana obedece no seu desenvolvimento constante a um processo cíclico: os fenômenos sociais presentes provocam uma nova estrutura da ordem social, que, por seu turno, cede lugar a fenômenos sociais novos.

Todavia, na complexidade de todos os aspectos do contexto social, se por um lado desponta a convicção firme da extrema mutabilidade dos fenômenos sociais, do estado de fluidez permanente que eles apresentam, por outro lado há de se ter a segura percepção de que cada um dos elementos influentes da vida social é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado.

É importante destacar que o Estado intervencionista, em pleno apogeu da "*civilização tecnológica*", tem experimentado mudanças sociais frequentes e de grandes proporções, constatação esta que não é nenhuma novidade, pois eminentes centros de estudos interessados em

(2) Georges Balandier, *As Dinâmicas Sociais*, São Paulo, 1976, pp. 71 - 21.

(3) R. Stammler, *Economía y Derecho Según la Concepción Materialista de la Historia*, Madrid, 1929, p. 278.

pesquisas futurológicas já reconheceram que é a primeira vez que a humanidade apresenta, no curso de sua história e no espaço de uma geração, uma tão extensa série de mutações.

Luis Diez Picazo ressalta, no entanto, que não é seguramente, um fenômeno novíssimo. Outras épocas na história viveram provavelmente sob a mesma sensação de que o mundo começava de novo ou tinha que começar de novo. Os renascimentos são fatos conhecidos e, talvez, repetidos de um modo cíclico. A seu ver, o que na verdade apresenta de novo a mudança vital que o tempo atual presencia, é quicá sua progressiva aceleração, que lhe faz aparecer como um fenômeno de crescente agravamento (4).

As mudanças operadas com a passagem do abstencionismo ao intervencionismo afetaram a todos os pontos da sociedade. Elas são constatáveis no plano sociológico, político, econômico e jurídico, sem aludir a outras que, embora relevantes, não guardam interesse para o estudo que se vem realizando.

Tais mudanças podem ser creditadas, sem embargo de outros fatores, à industrialização, à crescente automatização dos meios de produção, à expansão e aperfeiçoamento dos meios de comunicação de massa, às modernas conquistas técnico-científicas. Esses são os responsáveis pela "civilização tecnológica", no dizer de *García-Pelayo* (5), ou os elementos decisivos na conquista do "infinitamente complexo", última etapa da revolução contemporânea de *Roger Garaudy* (6).

Não sendo este o lugar para uma análise mais profunda de todas as mudanças ocorridas ao longo da evolução do Estado Liberal ao Estado Social ou intervencionista, o estudo se ocupará de indicar as transformações verificadas, sem ater-se aos aspectos causacionais. E as suas repercussões no âmbito do Direito, por se constituírem no objeto central do trabalho, serão as que, oportunamente merecerão um exame mais extenso, sob o ângulo das consequências ensejadas pelo intervencionismo estatal.

(4) *Luis Diez Picazo*, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1975, p. 300.

(5) *Manoel García-Pelayo*, *Burocracia y Tecnocracia*, Madrid, 1974, p. 34.

(6) Citado por *Luis Diez Picazo*, op. cit., 301.

Pretende-se, com semelhante tratamento, atenuar os riscos de uma indesejável fragmentação da realidade social, pois, como adverte *Francisco Ayala*, "a realidade social constitui um todo interdependente, do qual não é legítimo separar um setor, isolá-lo e dar-lhe um tratamento à parte, como pudesse assinalar com o dedo: "Aqui está o mal que é preciso corrigir". Cada uma das questões que se nos apresentam está ligada com todas as demais inseparavelmente; cada tema nos conduziria a todos os demais temas" (7).

A sociedade liberal apresenta algumas características que a diferenciam da sociedade contemporânea, esta sob a influência da atuação intervencionista do Estado (8). A título de ilustração enumeram-se essas características diferenciadoras.

Indicam-se, então, como traços característicos da sociedade liberal:

I — no aspecto sociológico: a) a característica fundamental reside no individualismo; b) como ressonância da idéia mecanicista é o interesse individual que impulsiona a sociedade; c) substituição de uma estrutura estamental por uma estrutura classicista, com o predomínio da classe média.

II — no aspecto político: a) o Estado era o único centro de poder; b) a ordem e a liberdade eram os valores básicos; c) o Estado se mantinha neutro diante das transformações sociais; d) a atividade legislativa era a predominante.

III — no aspecto econômico: a) a ordem econômica se regia por uma lei de harmonia natural; b) predominância do princípio da livre concorrência entre as empresas; c) não-intervenção do Estado na esfera econômica. A economia funcionaria por si: atuando cada um em busca do seu interesse, u ' a "mão invisível" faria convergir a atuação de todos na realização do equilíbrio econômico e da racionalidade.

IV — no aspecto jurídico: a) os valores básicos eram a liberdade e a segurança; b) a ordem jurídica era um sistema hermético disposto hierarquicamente; c) o ordenamento jurídico reflete a ideologia do "homo oeconomicus", senhor absoluto de seu capital e trabalho; d) o Estado se limitava a sancionar e proteger os direitos individuais de cada um.

(7) Francisco Ayala, apud Fávila Ribeiro, A Ordem Jurídica e a transformação Social, in Revista Nomos, n.º. 1, Fortaleza, 1978, p. 26.

(8) Alguns apontamentos foram extraídos de aula ministrada pelo Prof. Fávila Ribeiro, em 20.03.79, no Curso de Mestrado em Direito, na Universidade Federal do Ceará.

A sociedade contemporânea, sob a nítida intervenção estatal, apresenta as características seguintes:

I — no aspecto sociológico: a) sociedade pluralista, articulada na estrutura da coletividade; b) a massa é o componente da ordem social; c) predominância urbana, aliada à cultura tecnológica.

II — no aspecto político: a) o Estado da atualidade é um Estado Social, de integração, não de absorção; b) integração do Estado com a sociedade; c) democracia de massa; d) desaparecimento do exclusivismo do Estado como fonte e titularidade de poder; e) a dinâmica política é representada pelo intervencionismo estatal; f) a atividade administrativa é a predominante.

III — no aspecto econômico: a) a propriedade dos meios econômicos concentrada em empresas cada vez maiores; b) o Estado intervém na atividade econômica, com a finalidade de obter o bem-estar e o desenvolvimento econômico e social; c) a ordem econômica não mais fica sujeita à "mão invisível", mas passa a ser controlada pelo Estado, mediante a adoção de técnicas de ação racional, como o planejamento; d) exacerbação e induzimento ao consumo pela publicidade.

IV — no aspecto jurídico: a) o conceito do domínio na propriedade se amplia para abranger a destinação do seu uso; b) a norma legal passa a ser empregada como instrumento de transformação social; c) os valores básicos passam a ser a liberdade e a justiça social; d) a responsabilidade civil em dimensão social e considerada objetivamente; e) o centro de gravidade da ordem jurídica se desloca do individual para o social; f) a propriedade, a família, o trabalho, a empresa passam a cingir-se aos pressupostos de interesse coletivo.

O Estado Social ou intervencionista tem como característica marcante o fato de estar assentado sobre uma sociedade pluralista, na qual os diferentes grupos sociais desenvolvem funções que merecem o apreço de todos. Verificou-se desta forma, o desaparecimento do individualismo característico do Estado liberal, o qual foi substituído pelos grupos, dentro dos quais os indivíduos se movem e trabalham, buscando o alcance de suas finalidades levando em conta a existência dos diversos grupos sociais.

O pluralismo social se fortalece e tem sua base numa aguda consciência de solidariedade, de tal modo que os eventuais conflitos de lealdade se decidem na medida em que os membros da sociedade se dão conta da necessidade da união e da diversidade grupal como caminho indispensável ao progresso social.

A sociedade do Estado intervencionista tem uma estrutura dotada de bastante mobilidade, de sorte que não padece dos defeitos do imobilismo como é possível deparar na estrutura social do Estado liberal.

Reconhece *Pablo Lucas Verdú* que, em princípio, toda estrutura social possui sua própria dinâmica, pois do contrário se imobilizaria, de forma que, neste sentido, também a estrutura social liberal tem uma dinâmica, o que sucede, segundo ele, é que a burguesia liberal está interessada na manutenção do equilíbrio e estabilidade social garantidora de suas vantagens econômicas. Por isto, afirma, a burguesia liberal é conservadora, defende o *status quo* e somente admite as ligeiras modificações e mudanças que não ameacem sua posição alcançada. Assim se explica sua oposição ou indiferença ao processo de consolidação dos movimentos operários. O Estado liberal se caracteriza porque pretende manter uma estrutura social baseada numa estratificação social rígida na qual a passagem de uma classe social inferior a outra superior é difícil porque não existe suficiente número de oportunidades para fazê-lo, dada a organização econômica que sustenta, na qual apenas prosperam quem possui mais capacidade aquisitiva e estes são sempre membros das classes sociais acomodadas. Não pode haver dinâmica social integradora em tal sociedade (9).

O que se verifica, na verdade, e o que importa por de relevo, é que a passagem do liberalismo ao intervencionismo deixou à mostra duas das mais profundas e significativas transformações vividas pela sociedade atual.

De início, é necessário considerar a mudança de uma sociedade imobilista, estável, para uma sociedade dinâmica, sujeita a constantes transformações. Vale ponderar, contudo, que o curso da história não revela exemplos de grupos sociais estáticos e que se tenham cristalizado no tempo. Efetivamente, não se pode negar que os progressos técnicos e econômicos, ainda que lentos em seu ritmo, impõem transformações na vida social de forma insensível e progressiva, conquanto nem sempre perceptíveis durante o espaço de uma vida humana.

(9) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, p. 98.

Nas sociedades modernas, ao revés, a sua natureza mutacional é uma constante e sobressai como a tônica característica e essencial. As migrações internas, inovações técnicas, modificando os equipamentos e os modos de produção, (10) transformações das empresas e mudanças de profissões, a procura de uma expansão econômica constante, modificação das estruturas de consumo, redução da jornada de trabalho, melhoria e elevação do nível cultural das populações, aspiração de todas as sociedades por mais conforto, mais segurança, mais informação e mais prazer, além dos já indicados, são alguns outros aspectos mais relevantes destas forças internas que contribuem para a mudança na realidade social e histórica do mundo contemporâneo.

O outro aspecto a registrar é o que se refere à plasticidade da vida social moderna, que vem acompanhada por outro caráter, como o seu reflexo real, e de transcendental importância para a mudança operada: a passagem da dimensão individual para a dimensão coletiva nas relações sociais, de marcante e decisiva influência na construção do Direito do Estado Social.

Como resultado, constata-se que a rede densa e dinâmica das sociedades modernas, atinge a determinados interesses coletivos, não raro os deixando fora do controle dos poderes públicos, ou, ainda, mostra-se bastante complexa para que os mecanismos de direção da economia não sejam suficientes para garantir, não apenas o equilíbrio, como também o desenvolvimento racional, de forma que este se processe necessariamente rápido e sem choques.

As mudanças sofridas pela sociedade, pela ação do intervencionismo estatal, teriam de se refletir consideravelmente no Direito. Constatam-se, assim, não apenas mudanças políticas e econômicas, mas, por igual, mudanças jurídicas. Não se justificaria, decerto, a exceção, porque o fenômeno jurídico, sendo iniludivelmente um fato social, como regulador da conduta dos indivíduos na sociedade, teria de sentir as consequências das mudanças sociais e, por sua vez, amoldar-se à nova realidade.

Daí acentuar *Stammler*, com toda propriedade, que novos fenômenos sociais que surgem determinam ulteriores transformações jurídicas e assim sucessivamente. No seu entender, os fenômenos sociais, reais ou em perspectiva, serão, pois, os que constituem o fundamento determinante de toda transformação jurídica que aconteça. Mas, não deixa de admitir que é o Direito, enquanto forma de regulação da vida social, que

(10) Cf. Juan Ramon Capella, Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas, Coimbra, 1977, p. 43.

oferece a base condicionante de todo fenômeno social possível (11).

O fenômeno jurídico é, sem dúvida, reflexo da realidade social subjacente, mas é também fator condicionante dessa realidade. Ele age sobre a sociedade, como as outras formas através das quais se apresenta o complexo sócio-cultural. Em todos os aspectos da vida social está presente a regra do Direito. Os fatos econômicos, embora sejam certamente os de maior influência no condicionamento geral da sociedade, são também condicionados pelos demais e, dessa forma, também o são pelo Direito.

O Direito, como sustenta *Legaz y Lacambra*, não somente constitui uma forma da vida social, como é também, em sentido sociológico, uma forma da realidade social, e enquanto que, por um lado, é uma forma de patentear-se dita realidade — a qual, por conseguinte, influi sobre o Direito e o condiciona — de outro lado, o Direito é uma força configuradora, de conformidade com princípios próprios, da realidade social (12).

Há, sem sombra de dúvida, uma recíproca e constante implicação entre as mudanças sociais e as mudanças jurídicas. Na verdade, Direito e sociedade constituem dimensões de uma mesma realidade — a vida humana. Tem razão, pois, *Gurvitch*, quando afirma que a vida do Direito encontra-se ligada à vida social por laços ainda mais estreitos e íntimos do que aqueles que unem esta última à vida moral e mesmo à vida religiosa (13).

Nessa correlação mudança social-mudança jurídica importa considerar, no entanto, se a transformação social necessariamente impõe uma mudança no ordenamento jurídico, e ainda, em sentido inverso, se as mudanças jurídicas, através das normas legais, podem determinar transformações sociais.

Em princípio, como o Direito nasce dos fatos — “*ex facto oritur jus*” — e como estes mudam continuamente, em geral com extrema rapidez, é aceitável intuitivamente que também o Direito tenha de sofrer mudanças, de tal sorte a evitar que as normas sejam relegadas ao abandono por inoperância ou ineficácia.

(11) R. Stammler, *Economía y Derecho Según la Concepción Materialista de la História*, Madrid, 1929, pp. 279 e 362.

(12) Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1975, p. 494.

(13) Georges Gurvitch, *Tratado de Sociologia*, Vol. II, São Paulo, 1977, p. 239.

A mudança do ordenamento jurídico, todavia, em consequência das transformações sociais, na autorizada opinião de *Diez Picazo*, não se realiza automaticamente, ou melhor, não ocorre enquanto não sejam postos em marcha seus próprios mecanismos de transformação, ou, o que é o mesmo, enquanto não seja ditada uma nova legislação. Admite ele que, embora encontre certa resistência, o ordenamento jurídico faz eco da mudança social e a reflete. A mudança social, seja uma mudança tecnológica, seja uma mudança ideológica, determina uma mudança no ordenamento jurídico.

Na consideração do mestre espanhol não é que o ordenamento jurídico deva mudar. É que já mudou. Quando o legislador empreende uma reforma, cumpre uma função notarial: constata ou dá fé de algo que já ocorreu. E quando o legislador permanece imóvel, não faz outra coisa senão facilitar os instrumentos de reajustes da vida social (14).

É de se aceitar, assim, a idéia de que a mudança social implica em mudança no ordenamento jurídico, sem o exagero de considerar que o seja necessariamente, pela mínima repercussão que possa ter no domínio do Direito esta ou aquela modificação na ordem social.

Não parece razoável encarar a questão sob uma outra postura, ante a evidência do caráter mutacional do Direito. É da índole do Direito, por seu irrecusável dinamismo, a sua renovação, a sua mutabilidade, a sua adaptação, às inevitáveis transformações do organismo social.

Fundamentar a estabilidade e imutabilidade do ordenamento jurídico na natureza humana, como pretendem alguns, é uma posição inaceitável e enganosa por sua própria origem. É que a vida do homem não é outra coisa senão vida e cultura e a natureza humana — história e cultura — é sempre um ponto móvel em contínua evolução.

O maior desmentido está na experiência histórica, que se revela como uma evidente demonstração de mudança e progresso técnico. O Direito Romano aí está como uma obra respeitável em transformação ao longo de sua vida. O Direito da Idade Média seguiu uma trajetória similar. Então: por que negar o mesmo caminho ao Direito contemporâneo ?

Para se ilustrar a influência das transformações sociais no ordenamento jurídico, basta indicar-se as chamadas mudanças tecnológicas, que levando no seu bojo um apreciável nível de conhecimentos científicos e de técnicas criativas, ensejam sérias repercussões no plano do Direito. Será mesmo difícil a alguém ignorar o quanto os sistemas jurídicos são condicionados pelo surgimento de fatos e situações inteiramente novos, criação de comportamentos e atitudes antes inexistentes, todos oriundos de uma avançada tecnologia.

(14) Luis Diez Picazo, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1975, pp. 303 e 319.

Um estudioso do assunto, *Luis Díez Picazo*, não reluta em proclamar que a conclusão a que se tem de chegar em seguida é no sentido de que os avanços, as transformações que nesse terreno se produzem (avanços técnicos) tem que provocar uma inevitável influência no ordenamento jurídico (mudança jurídica). A seu ver, há uma correlação avanço técnico-mudança jurídica sempre que se trate de um avanço técnico com projeção social (15).

As mudanças tecnológicas, proporcionando o aparecimento de inúmeras atividades e instrumentos técnicos de emprego na atividade humana, impõem uma transformação considerável na vida e, como consequência, surgem fatos e situações novos não previstos no sistema normativo, provocando uma lacuna legal. Daí a necessidade, à vista da problemática social, da adoção de tratamentos jurídicos novos em seus princípios e diretrizes, face à inadequação do Direito tradicional estabelecido para o marco institucional a que tais fatos pertencem.

Cabe, agora, examinar a questão no sentido inverso, isto é, se o Direito, através das normas legais, pode servir de veículo idôneo para promover ou acelerar mudanças sociais.

As opiniões, a esse respeito, se dividem. Uma delas funda a sua orientação numa frase célebre de *São Justo*: "*Creio que se aos homens lhes fossem dadas leis que estivessem de acordo com a natureza e com seus próprios corações, já não seriam desgraçados e corrompidos*". As opiniões contrárias, ao considerarem que a normativa jurídica é sempre um reflexo dos pressupostos sócio-econômicos e da ideologia dominante, dizem ser inviável pretender que uma disposição legal venha a resolver um problema social.

Consoante a primeira orientação, a lei é um instrumento de transformação e de mudança social. De acordo com a segunda orientação, a lei se apresenta como algo absolutamente inútil para a mudança. Desta maneira, faz-se necessário mudar primeiro as estruturas sociais, para que depois, e como resultado disso, mudar-se as leis.

As experiências históricas, no dizer de *Luis Díez Picazo*, são talvez mais favoráveis à última tese do que a primeira, mas, logo a seguir ele indaga: "*Quer isto dizer que a lei é inútil sob o ponto de vista da mudança social e que o Direito vai sempre à retaguarda? Não creio que a resposta deva ser absolutamente pessimista e negativa. Contudo, me parece que toda lei e todo legislador está submetido a umas certas*

(15) Luis Díez Picazo, *Derecho y Masificación Social-Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, 1979, p. 90.

coordenadas de obediência "de fato" e que por conseguinte, fora delas, a lei é inútil como instrumento de transformação. Em troca, se o legislador está atento aos sinais dos tempos e se apega a eles, a lei que se inscreve na corrente destes sinais cumpre um papel importante como instrumento de dinamização da mudança. Uma lei contribui sempre para criar uns hábitos e umas estruturas mentais mediante as quais a mudança é favorecida" (16).

Tem-se de admitir, sem embargo das restrições oferecidas, que o Direito, se estiver plenamente receptivo e ajustado às aspirações da sociedade, poderá ser um veículo válido e idôneo para promover ou acelerar a mudança social. Entender o contrário, será colocar o Direito na subalterna condição de elemento apenas condicionado pelos fenômenos sócio-econômicos, como propugna o materialismo histórico.

Necessário se torna, para tanto, um Direito dinâmico, que acompanha o dinamismo e a evolução da sociedade, a fim de evitar que as normas jurídicas, em sensível descompasso, venham a nascer já ineficazes e desvitalizadas.

Um Direito assim, que não apenas se transforma, mas que também impõe transformação será um valioso meio de operar a mudança social. A lição de *Friedmann*, aliás, conduz a essa convicção: *"En un momento en que, debido a la asombrosa velocidad de los cambios sociales, científicos y tecnológicos, nuestra sociedad, tanto en el plano nacional como en el internacional, está en un fluir constante, y en que el derecho es con frecuencia un agente activo en la promoción de cambios sociales, el estudio de las relaciones recíprocas entre el derecho y la sociedad es de importancia cada vez mayor" (17).*

O intervencionismo estatal, interferindo ou tendo repercussões em todas as atividades humanas, determinou grandes mudanças na sociedade contemporânea e, por via de consequência, a vida do Direito foi inevitavelmente afetada, sofrendo mudanças substanciais em muitas de suas instituições tradicionais, ao mesmo tempo em que novas figuras jurídicas surgiram para normatizar fatos, situações e comportamentos emergentes das conquistas técnico-científicas.

(16) Luis Díez Picazo, *Experiências Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1975, pp. 320 - 321.

(17) W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, México, 1966, p. 12.

Assim, uma postura negativa das mudanças operadas na sociedade, principalmente as mudanças jurídicas, é insustentável, tanto do ângulo da experiência histórica como da posição ontológica.

E a ordem econômica capitalista, como seria natural, teria de acompanhar as mudanças e será um reflexo dos princípios inspiradores da política econômica estatal, como esta igualmente poderá ser influenciada pelos meios jurídicos de sua execução. É o que se verá a seguir.

2. ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÕES

Não seria razoável esperar, no relativismo e incompletude da natureza humana, que o detentor ou os detentores do poder fossem capazes, por autolimitação voluntária, de salvar os destinatários do poder e a si mesmos do indesejável abuso do poder.

O homem político, no entanto, somente com a passagem de muitos séculos, é que veio a aprender que a sociedade, que lhe confere e garante seus direitos individuais, depende da existência de limites impostos aos detentores do exercício do poder.

Reconheceu-se, então, que a melhor maneira de alcançar este objetivo seria estabelecer os freios que a sociedade deseja impor aos possuidores do poder sob a forma de um sistema de regras fixas — “a *Constituição*” — destinadas a limitar o exercício do poder político.

Desse momento em diante a Constituição se transformou no instrumento fundamental para o controle do exercício do poder.

A Constituição, como a lei fundamental do Estado, estabelece as fronteiras da legalidade, devendo as demais leis guardar conformação aos seus preceitos. E desde a Magna Carta, adotada para garantir a preservação dos direitos subjetivos fundamentais, assume o caráter de um pacto entre o poder do Estado e os cidadãos.

Considera *Dalmo Dallari* que a Constituição atua sobre a vida social de duas maneiras: ou numa perspectiva mais genérica, fixando as linhas gerais da organização social e da convivência humana; ou de maneira direta e particularizada, orientando a aplicação do direito e fornecendo uma base objetiva para apoiar a solução dos conflitos jurídicos. Em ambos os casos, a seu ver, a Constituição tem um valor prático rele-

vante, sendo absolutamente errônea e deformada a idéia de que ela é apenas uma abstração ou um símbolo, sem interesse para a realidade e dotada apenas de valor moral ou teórico (18).

Convém destacar, por outro lado, que até a Primeira Guerra Mundial as Constituições apenas se preocupavam com os aspectos concernentes à organização política. O texto constitucional mexicano de 1917, no entanto, constituiu uma exceção, muito embora o seu exemplo tenha tido reduzida influência.

Nesse particular, assevera *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, que foram as Constituições do período da racionalização do poder, sobretudo a Constituição de *Weimar* de 1919 e, depois, a Constituição espanhola de 1931, que procuraram acrescentar às normas relativas à organização política, regras e princípios que regessem o campo econômico e social. Essas Constituições procuravam assim assegurar, no plano econômico e social, as condições de desenvolvimento das instituições políticas e sobretudo das instituições políticas democráticas (19).

As declarações de direitos se traduziam, então, no elenco do que se intitulava de direitos individuais ou liberdades públicas.

O homem comum, à vista disso, e com a conquista da igualdade política, havia de voltar-se contra as desigualdades sociais.

Foi assim que algumas Cartas Políticas, reestruturando ou criando juridicamente os Estados saídos do conflito mundial, vieram a contemplar, além dos direitos relacionados com a condição política do homem, direitos concernentes à sua posição econômica e social; disciplina da propriedade, possibilidade de trabalho e proteção no seu exercício, remuneração condigna para o trabalhador, assistência médica e educativa, bem como seguro, para ele e a família, e outras conquistas sociais.

A Constituição mexicana de 1917, a propósito, foi a primeira a incluir uma ordem constitucional econômica, conquanto não o fizesse sistematizadamente, mas inserida dispersamente pelo seu texto.

(18) Dalmo de Abreu Dallari, *O Renascer do Direito*, São Paulo, 1976, p. 31.

(19) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, Vol. III, São Paulo, 1977, p. 143; cf. Ivo D. Duchacek, *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*, Madrid, 1976, pp. 30 - 31 e 194 - 195.

Foi, na verdade, a Constituição de *Weimar* de 1919, que primeira vez incluiu um capítulo especial dedicado à ordem econômica. E à sua imagem, Constituições de diversas orientações, como a da República Esponhola de 1931, a portuguesa de 1933, a brasileira de 1934, a francesa de 1946, a suíça (após a revisão ocorrida em 1949), entre outras tantas, vieram a contemplar uma ordem econômica constitucional.

Advirta-se, contudo, que ao longo da história, depara-se com bases jurídicas imprescindíveis sobre a ordem econômica e social. A Constituição de *Cádiz* de 1812 é um exemplo patente disso, e embora não tivesse o propósito de regular a ordem econômica, indiretamente se estabeleceram aqueles direitos necessários às pretensões dos homens naquele momento histórico. Assim, as disposições que se colhe nos artigos 4.º, 131 (nº. 21) e 172 (nº. 9) ilustram a asserção, ao disciplinarem, respectivamente, o direito de propriedade, a liberdade econômica e a proibição de monopólios limitativos da liberdade econômica.

É oportuno ressaltar que, a despeito dos antecedentes, constatam-se importantes diferenças entre as Constituições do século passado e a maioria das Constituições contemporâneas. As primeiras eram extremamente pobres em disposições sobre matéria econômica, contentando-se em incluir no rol dos direitos fundamentais a liberdade econômica e a garantia da propriedades privada. As últimas, porém, fazem constar um capítulo especial dedicado à "*ordem econômica*", ou, então, no seu bojo, contém um grande elenco de disposições legais norteadoras da vida econômica. A explicação para o fato, certamente se poderá extrair do isolamento verificado entre o Estado e a economia imposta pela concepção liberal.

As Constituições pioneiras na inclusão da ordem econômica, há pouco referidas, distinguem-se dos estatutos constitucionais anteriores à Primeira Guerra Mundial, inicialmente pelo fato de enfeixarem uma longa ordem econômica, de certo modo sistematizada, com abrangência de aspectos importantes da economia, como a propriedade dos meios de produção, os agentes econômicos, a coordenação da economia, a intervenção do Estado, a defesa da concorrência, as organizações econômicas e profissionais, etc. Além disso, as Constituições modernas revelam como característica o fato de conterem uma ordem programática, um quadro de diretivas da política econômica, de que resultam os princípios orientadores da economia na realização dos

valores sociais e políticos, como o desenvolvimento, a justiça social, o pleno emprego, a democracia econômica, etc. (20).

A constitucionalização no Estado Social ou intervencionista, caracteriza-se, assim, pela intenção de relacionar as normas jurídicas com a realidade social.

As cartas constitucionais, na lição precisa de *Pablo Lucas Verdú*, assumiram aspectos da realidade, reagindo contra o formalismo anterior e constitucionalizando um conjunto de elementos que, embora operantes na vida social, eram voluntariamente ignorados pelas Constituições do período clássico. É este, conclui, um caso de confluência entre a normatividade e a estrutura social, de sorte que a normatividade constitucional se apoia na normalidade social e esta última intenta sua legalização (21).

Na observação de *Seabra Fagundes*, essa projeção do aspecto social dos direitos do homem no plano do Direito Público, e o seu entrelaçamento com o aspecto econômico, por sua vez a exigir tratamento peculiar pela ampliação das áreas de conflito de interesses em cada país e nas relações entre países, respondeu por um movimento incoercível e desordenado para a interferência do Estado na economia, movimento que está longe de encontrar o seu centro de gravidade com a sedimentação das fórmulas, mas que se generaliza, por vezes, até imperceptivelmente (22).

A constatação, diante de tal quadro, é a de que não só os direitos do indivíduo, mas também o de todo o sistema econômico, dentro do qual ele vive e desenvolve as suas condições de vida, passaram a merecer o amparo constitucional, introduzido que foi um novo capítulo nas Constituições de após-guerra, como resultado de uma conquista que excedeu àquelas obtidas pela revolução individualista do século XVIII.

Para *Themistocles Cavalcanti*, os problemas sociais e econômicos não tiveram a sua consagração pelas novas Constituições do mundo em função do sistema político, mas, em sua pureza, como expressão de

(20) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 139 - 140.

(21) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1976, p. 358.

(22) Miguel Seabra Fagundes, *Da Ordem Econômica na Nova Constituição*, in *Revista Forense*, Vol. 222, abril / junho, 1968, p. 19.

fenômenos que independem da estrutura política, considerados sempre em função do sistema de liberdade assegurada no estatuto político (23).

As Constituições liberais, na opinião de *Washington Peluso Albino de Sousa*, aparentemente ignoravam a realidade econômica como dado de ideologia a ser expressamente nelas consignado. Aparentemente, apenas, pois garantindo o pleno direito à propriedade e à liberdade de iniciativa, lançavam os fundamentos ideológicos que impunham a abstenção ao Estado de agir no domínio econômico, reservando-o somente ao particular (24).

Os princípios liberais, no entanto, cederam lugar atualmente, nos países capitalistas, à ideologia do Estado que intervém no domínio econômico. Daí em diante as Constituições disciplinam a ampla e ilimitada liberdade de ação econômica do particular, assim como admitem este tipo de ação do Estado.

Os extremos dos conceitos capitalistas e socialistas perderam o sentido contrário e conceitos como o da "*função social da propriedade*", da intervenção defensiva ou ofensiva do Estado no domínio econômico, passaram a ser princípios comuns a todas as Constituições modernas, independentemente do regime político que institucionalizem nos respectivos países (25).

Na definição de sua ideologia econômica as Constituições adotam um capítulo especialmente dedicado à "*ordem econômica*", que alguns textos constitucionais intitulam de "*ordem econômica e social*", que encerra a ideologia da política econômica adotada, que se reveste de grande interesse para o estudo do Direito Econômico.

Essa expressão — ordem econômica e social — é criticada por alguns autores, entendendo-a como inadequada e imprecisa, face ao qualificativo "*social*", que recomendam seja omitido. Seria suficiente e mais acertado o uso da denominação reduzida — "*ordem econômica*". A propósito, referindo-se à Constituição brasileira de 1934, *Geraldo Vidigal* adverte para o caráter tautológico da locução "*ordem econômica e social*", esclarecendo que nesse sentido particular, o fenômeno social se acha contido no fenômeno econômico, que abarca os campos da produção, da repartição e do consumo. Considera, então, que o legislador acolheu o equívoco semântico que supõe econômica a produção e

(23) Themistocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, Vol. III, Rio de Janeiro, 1952, p. 276.

(24) Washington Peluso Albino de Sousa, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, Belo Horizonte, 1977, p. 142.

(25) Washington Peluso Albino de Sousa, *op. cit.*, pp. 167 - 168.

social a repartição — quando produção e repartição constituem duas faces de uma cadeia única de fatos, os fatos econômicos (26).

A Constituição brasileira em vigor (Emenda Constitucional n.º 1/69) faz inserir todo um título — Título III — dedicado à “*Ordem Econômica e Social*”, ao mesmo tempo em que define os objetivos desta como sendo o desenvolvimento econômico e a justiça social.

O registro da ideologia, dilucida *Washington Peluso Albino de Sousa*, não se limita a expressões tão genéricas. E, por isso, prossegue, os limites da intervenção, a filosofia de sua admissão, as bases de aproveitamento dos recursos naturais, da utilização econômica da terra, a posição das empresas do Estado em face das particulares, a condição do trabalho, a nacionalidade do trabalhador ou da empresa, o sentido do lucro, os abusos do poder econômico, são alguns desses temas que, transpostos para o texto constitucional, passam a exprimir os elementos ideológicos adotados e que irão inspirar o Direito Econômico positivo no respectivo país (27).

Verificados os antecedentes históricos e os pressupostos ideológicos, impõe-se o exame da noção conceitual de ordem jurídico-econômica, Constituição Econômica ou simplesmente ordem econômica, expressões que se empregará com sentido equivalente.

Não se desconhece que a economia capitalista, a socialista, ou qualquer outro tipo de economia, são regidas por uma ordem jurídica própria. Trata-se de uma ordem jurídica de conteúdo econômico. O conjunto de princípios de conteúdo econômico, numa disposição harmônica, regulados juridicamente, constitui a ordem econômica ou a Constituição Econômica. Pode-se, assim, falar de uma ordem jurídico-econômica capitalista ou de uma ordem jurídico-econômica socialista.

A expressão ordem econômica, contudo, não é de sentido unívoco, razão pela qual, com relativa frequência, se presta a dúvidas e imprecisões. A explicação, segundo *Vital Moreira*, está em que, tal como todas aquelas que apelam para a palavra ordem, é uma expressão polisêmica. No pensamento do mestre lusitano, é possível encontrar na literatura, pelo menos, três definições, traduzindo três conceitos diversos.

(26) Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 86.

(27) *Washington Peluso Albino de Sousa*, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, Belo Horizonte, 1977 p. 143.

O primeiro tem como objeto "o conjunto das formas nas quais se realiza *in concreto* a direção do processo econômico cotidiano," isto é, "o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta".

Num outro sentido, o termo designa o conjunto de todas as normas ou regras de conduta, qualquer que seja a sua natureza: jurídica, religiosa, moral, etc.

Finalmente, num terceiro sentido, consoante ainda *Vital Moreira*, ordem econômica significa, pura e simplesmente, ordem jurídica da economia, sendo constituída pelo conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica, isto é, aquelas que, num determinado espaço econômico, tem por objeto as relações de produção e, em geral, as relações econômicas que tem lugar nesse espaço (28).

A Constituição Econômica pode então ser compreendida como o conjunto das normas fundamentais, os princípios constituintes da Ordem econômica, isto é, que a estrutura num todo, num sistema. Ademais, no aspecto formal, todas as Constituições, sejam num capítulo específico, seja esparsa, explícita ou implicitamente, contém uma ordem econômica constitucional, uma Constituição Econômica (29).

Há ainda autores que, fundando-se no novo valor que informa a ordem econômica, a conceituam como a economia organizada em função da nova fase do Estado Social, em que a utilidade comum prevalece sobre a individual (30).

Na lição abalizada de *Washington Peluso Albino de Sousa*, a diferença entre a Ordem Econômica e a Ordem Jurídica é a mesma que se aponta para a Economia e o Direito. Enquanto a Ordem Econômica compõe-se de princípios fornecidos pela Ciência Econômica e que explicam e permitem conduzir os fatos econômicos num ou noutro sentido, a Ordem Jurídica oferece as normas de conduta que determinam quando os atos econômicos podem ou não podem ser levados a efeito

(28) *Vital Moreira*, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 69 - 70.

(29) *Vital Moreira*, *op. cit.*, p. 137.

(30) Cf. *Modesto Sousa Barros Carvalhosa*, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, São Paulo, 1972, p. 52; sobre o conceito sociológico, *Max Weber*, *Economía y Sociedad*, México 1977, p. 251.

na sociedade organizada, isto é, juridicamente ordenada (31).

A ordem econômica, em termos conceituais, pode ser entendida como a ordenação jurídica das relações econômicas. Compreende, então, todas as normas fundamentais que estruturam juridicamente o sistema econômico. Incluem-se, portanto, na ordem econômica constitucional os institutos que se referem à propriedade dos meios de produção e as relações de produção, a delimitação da esfera de competência do Estado e dos sujeitos econômicos, etc.

Conclui-se, assim, que os princípios da ordem econômica, transformando-se em normas jurídicas fundamentais, inseridas no texto constitucional, harmonizam-se para a definição do regime político-econômico-jurídico do Estado.

A atuação da ordem econômica se realiza no quadro de uma ordem jurídica que regula as bases de seu desenvolvimento. A vontade política que se exressa em um ordenamento jurídico pode modelar uma estrutura econômica ou limitar os seus efeitos. Tal é o fato que mostram todas as reformas econômicas da humanidade. A atuação automática de uma ordem ou equilíbrio econômico em função do princípio da livre concorrência encerra uns princípios que supõem uma decisão prévia do poder político sobre o tipo de ordem econômica que se vai desenvolver.

A intervenção da autoridade pública configura também um direito, enquanto o bem-estar e a prosperidade econômica são um inquestionável conteúdo do bem-comum. Se esse bem-estar não se produz espontaneamente, ou não é bastante o esforço e a iniciativa privada, ou provoca evidentes injustiças, o governante que tem a responsabilidade de favorecer a realização do bem-comum, tem também o dever de adotar as medidas que sejam necessárias para estruturar a ordem econômica, dirigir seu desenvolvimento e promover a justiça e o bem-estar. Esse é o fundamento da política econômica como princípio de ação e intervenção da autoridade pública no âmbito econômico.

Um importante aspecto a considerar e que tem merecido a atenção dos estudiosos é o que concerne à conveniência das Constituições contemporâneas de conterem princípios expressos sobre a posição do Estado frente à ordem econômica.

As opiniões se dividem, embora se torne constatável que a maioria dos estatutos políticos vigentes no mundo trazem definida a postura

(31) Washington Peluso Albino de Souza, Primeiras Linhas de Direito Econômico, Belo Horizonte, 1977, pp. 136 - 137.

estatal no plano das relações econômicas e, quando não o fazem destinando um capítulo próprio à matéria, o fazem através de normas dispersas pelo seu texto.

São, todavia, ponderáveis as argumentações no sentido de que não é recomendável buscar uma especificação do ordenamento da economia no estatuto constitucional, que sendo aberto, traçando apenas princípios gerais, melhor poderá, no curso de sua vida, servir aos fins político-econômico-jurídicos para os quais foi editada. Como estabelecer limites máximos e mínimos na Constituição, indagam alguns, se a economia, sendo conjuntural, está sempre mudando? Para os que assim pensam, a Constituição não se deve comprometer com afirmações que não são simplesmente afirmações programáticas, mas que, sendo super-leis, vão determinar que as demais leis, pelo princípio da constitucionalidade, tenham de se conformar a elas.

A solução, em tal caso, poderá ser alcançada reservando-se a tarefa de dispor sobre a ordenação do processo econômico às leis ordinárias, que são mais facilmente adaptáveis à realidade econômica, social e política de cada país, levando em conta que a ordem econômica não pode ser estática, mas, ao contrário, tem de adequar-se a uma economia dinâmica para assegurar a realização do bem-estar nacional.

As normas constitucionais voltadas à ordenação do processo econômico, convém assinalar, incluem-se entre aquelas denominadas de programáticas, traduzindo-se geralmente nos textos supremos como princípios, esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. Assim, na Constituição brasileira em vigor, as normas dirigidas à ordem econômica (art. 160, C.F.) são normas programáticas (32).

É de referir-se, a título de ilustração, que além da brasileira, as Constituições italiana (27 de dezembro de 1947, Parte I, Título III, arts. 35 a 47), a venezuelana (23 de janeiro de 1961, Título III, caps. IV e V, arts. 72, 84 a 90 e 95 a 106), e a espanhola (29 de dezembro de 1978, Título I, Cap. III, arts. 39 a 52), reservam um capítulo à ordem econômica. Isto para aludir apenas a estes estatutos constitucionais, sem a preocupação de exaurir a referência ou excluir outros que também dispõem tratamento expresso à matéria.

Importa aduzir, com *K. C. Wheare*, que uma vez elaboradas e adotadas, as Constituições tendem a refletir as crenças e os interesses dominantes, ou certo comprometimento entre crenças e interesses em disputa, que é a característica da sociedade atual. Ademais, nem sempre refletem somente crenças e interesses políticos ou legais. Podem encarnar

(32) José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, 1968, pp. 130 e 137.

posições ou compromissos sobre matérias econômicas ou sociais que os autores da Constituição desejaram garantir ou proclamar. Em realidade, observa o constitucionalista inglês, uma Constituição é a resultante de um paralelogramo de forças — políticas, econômicas e sociais — que atuam no momento de sua adoção (33).

A ordem econômica e os "direitos sociais" como capítulos das Constituições modernas, denunciam, portanto, as novas tendências ideológicas das reformas constitucionais levadas a efeito pelo Estado Social ou intervencionista, com os mesmos traços vigorosos que caracterizaram a conquista individualista da Revolução Francesa e da Independência Americana.

3. A ORDEM ECONÔMICA E SUAS TRANSFORMAÇÕES

A ordem econômica em todo o mundo tem uma gênese, tem uma história social, muito embora a história não seja sempre muito clara e nem muito precisa.

Como não poderia deixar de ser, o surgimento de uma nova realidade social, com a passagem do Estado liberal ao Estado Social ou intervencionista, vai se refletir sobre a ordem econômica e, por sua vez, no plano constitucional, face às influências que uma dada estrutura econômica possa exercitar sobre as formas normativas fundamentais.

Os Estatutos Políticos que sobrevieram ao Estado intervencionista teriam, portanto, de se amoldar à realidade social, política e econômica marcada pela atuação do intervencionismo.

Na Constituição, assinala *Ehrhardt Soares*, talvez mais que em qualquer outra lei, cada palavra tem de ser compreendida como "*a skin of a living thought*", no dizer de *Oliver Wendel Holmes*, o seu sentido só pode ser alcançado através da descoberta do mundo-de-vida político e social a que está ordenada, Desse modo, permanentemente a realidade

(33) K. C. Wheare, *Las Constituciones Modernas*, Barcelona, 1975, p. 73.

constitucional influi sobre a Constituição, sem que todavia seja uma Constituição (34).

A ordem econômica constitucional não poderia se dissociar da realidade do Estado intervencionista, pois há uma íntima correlação entre as relações de natureza econômica e as leis que regem o mundo social e político. O dinamismo do sistema econômico depende das transformações imprimidas ao sistema social e político, a fim de manter o sentido de complementariedade que reúne em um todo complexo os fenômenos da vida social. Na verdade, o fato social é um só; o homem não pratica atos de, natureza exclusivamente econômica, social ou política (35).

É mister que antes de se abordar as transformações da ordem econômica, embora de passagem, se faça algumas considerações em derredor do caráter dinâmico de que se devem revestir as Constituições dos Estados.

Teoricamente, uma Constituição ideal não existe. Antes de tudo, uma Constituição responde pelo *statu quo* existente no momento de seu nascimento e não pode prever o futuro. Assim, cada Constituição, no entender de *Karl Loewenstein*, é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma, e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Reconhece ainda que, como toda obra humana, não somente é incompleta, como grande é a sua deficiência, já que cada Constituição não é mais do que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua conformação (36).

Não se deve perder de vista, também, que a força dinâmica que se esconde atrás de toda criação constitucional é fundamentalmente política e por muito jurídica que possa parecer a consideração da Constituição como lei suprema da nação, ela aborda basicamente os problemas centrais de toda política: a orientação do governo, os seus fins, meios e limitações.

As Constituições, não sendo uma obra acabada, se inteligentemente elaboradas, devem ser abertas e flexíveis, de modo que se possam adaptar às transformações que se operem na estrutura da sociedade.

(34) Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, p. 11.

(35) Cibilis da Rocha Viana, *A Dinâmica do Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro, 1978, p. 24.

(36) Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1976, p. 164 e 199; cf. José Pedro Galvão de Souza, *Iniciação à Teoria do Estado*, São Paulo, 1976, p. 129.

Para Ivo Duchacek nenhum criador de uma Constituição pode pretender que todas as contribuições de uma nova lei suprema permaneçam eternamente, por mais que alguns tendam a lamentar que as Constituições não sejam imutáveis e se assombrem quando estas ficam antiquadas. Considera, assim, que tal como qualquer outro documento que recolha as esperanças e os planos do homem para o futuro, nenhuma Constituição está imune à prova do tempo, especialmente à mudança dos conceitos e dos valores das novas gerações e de suas elites e ao desafio das inesperadas mudanças situacionais e tecnológicas. As imprevisíveis realidades afetam invariavelmente o plano constitucional, e o corroem até fazê-lo irreconhecível. Tal como os homens, as Constituições envelhecem invariavelmente (37).

Os exemplos poderiam ser recolhidos à sociedade na história dos povos. Por mais perfeita e completa que seja, a Constituição envelhece com o tempo e com os homens. As Constituições, sejam elas rígidas ou flexíveis, não poderão escapar à ação das mudanças constantes introduzidas pelas forças externas, como os partidos políticos, a tecnologia, o poder dos tecnocratas e dos burocratas, o evoluir das gerações, a interpretação judicial e, com frequência, a violência revolucionária, no plano interno ou internacional, e que, à sua vez, cria e impõe novas elites dirigentes e novas Constituições, em um ciclo sempre constante.

A explicação para o fato se extrai da lição de Ivo Duchacek, nesta bela passagem: *"A constante necessidade de Constituições e a manifesta curta duração das mesmas reflete traços contraditórios da natureza humana. O homem necessita de mudanças, fruto dos novos valores e objetivos que surgem num mundo que evolui constantemente. Contudo, também necessita de estabilidade, que é um reflexo de seu desejo por desfrutar do que já conseguiu". "Dai-me um ponto de apoio e moverei a terra", disse Arquimedes em outra época e em outro contexto. Evidentemente, este desejo não se fez realidade nem em física nem em política. As Constituições e suas declarações de direitos pretendem fixar um ponto de apoio, porém somente conseguem refletir uma fase relativamente breve do contínuo movimento do universo político. Os*

(37) Ivo D. Duchacek, *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*, Madrid, 1976, pp. 69 e 72; cf. Jorge de Esteban, *Constituciones Españolas y Extranjeras*, Vol. I, Madrid, 1979, p. 36.

tempos e os homens mudam. . . e as Constituições com eles" (38).

A superação dos princípios liberais e o advento do Estado intervencionista implicou em sensíveis transformações na ordem econômica. Passou-se no Ocidente de uma ordem econômica capitalista liberal para uma ordem econômica capitalista intervencionista.

Nem era admissível que a ordem econômica permanecesse estática, imutável, se a economia é por natureza conjuntural e extremamente dinâmica. E a ordem econômica do Estado intervencionista é acentuadamente dinâmica.

Observa oportunamente *Alberto Venâncio Filho* que a ordem econômica é, efetivamente, um contínuo, caracterizando-se, de modo preciso, pelo dinamismo, pela fluidez e interpenetração dos seus processos. Ela constitui um tecido de relações complexas, em permanente estado de transição, deslizamento e fluidez. Qualquer fase do processo econômico, graças à estreita interdependência em que se encontram todas as suas partes, não constitui uma parada ou um estado que se possa tratar como quantidade fixa; é um momento, na acepção matemática do movimento, isto é, tendência ou transição (39).

A ordem econômica, portanto, não pode se apresentar aos olhos do Poder Público como um dado imodificável que deva ser conservado e defendido, mas, antes, como uma realidade racionalmente plasmável, através de projetos e de ações positivas e constantes (40).

No exame das modificações experimentadas pela ordem econômica importa considerar a sua evolução e a dos direitos fundamentais econômicos que nela se inscrevem.

Ressalta *Toshio Mukay*, que averiguar a evolução da ordem econômica é perquirir as modificações que sofreram tais institutos (jurídicos), que desde as primeiras Constituições liberais foram conhecidos,

(38) Ivo D. Duchacek, *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*, Madrid, 1876, pp. 420 - 421.

(39) Alberto Venâncio Filho, *Intervenção do Estado e Liberdade Econômica no Direito Constitucional Brasileiro*, in *As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio de Janeiro, 1976, p. 438.

(40) Modesto Souza Barros Carvalhosa, *Direito Econômico*, São Paulo, 1973, p. 163.

como: o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade contratual (41).

E, com efeito, embora grandemente modificados ou qualificados relativamente à extensão e conteúdo originais, são esses os direitos fundamentais econômicos que permanecem nas Constituições contemporâneas, acrescidos de alguns outros princípios, de forma a ajustá-los ao Estado Social.

A ordem econômica liberal, vigente nos séculos XVIII e XIX se fundava na profunda convicção de que a racionalidade e a bondade inata do homem, uma vez livre das limitações opressivas, estabeleceriam uma comunidade de cidadãos livres, felizes e tolerantes. Prevalencia a convicção de que os homens, através de uma competência natural e sem restrições, com uma pequena ajuda do Governo, lograriam alcançar o bem-estar ou uma "*grande sociedade*". A felicidade da coletividade se considerava como o resultado e a soma das felicidades individuais.

O caminho mais importante para alcançar o progresso e a felicidade parecia ser a proteção da propriedade privada e da livre empresa, em conjunto com os direitos e as liberdades individuais.

Mas, o que se depara é que a ordem jurídica privada clássica era a projeção da economia capitalista de mercado livre. O direito era apenas o de uma classe dos cidadãos, e a idéia da liberdade face ao Estado não era mais do que a cobertura deste sentido do direito privado; na autonomia da vontade, na liberdade contratual, o que se continha era a servidão econômica (42).

Sob a orientação da economia liberal o Estado era simplesmente uma agência de ordem pública, no mais amplo sentido de uma organização cuja função era velar pelo livre exercício dos direitos e pelo desenvolvimento e garantia de um ordenamento jurídico que atendesse a esse fim. Não se aspirava a mais. A ordem econômica se beneficiava particularmente desse princípio. O respeito à liberdade, como livre exercício de direitos, se manifestava num catálogo de liberdades econômicas de cujo jôgo, em função do princípio da livre concorrência, devia resultar uma satisfação ótima das necessidades (43).

A partir da Primeira Guerra Mundial, em razão da conjuntura econômica e com a criação de novos institutos jurídicos e a insuficiência dos tradicionais — propriedade e contrato — começa a abalar-se os fundamentos da ordem jurídica privada da economia.

(41) Toshio Mukay, Participação do Estado na Atividade Econômica, São Paulo, 1979, p. 36; cf. Vital Moreira, A Ordem Jurídica do Capitalismo, Coimbra, 1978, pp. 146 - 147.

(42) Vital Moreira, op. cit., p. 78.

(43) Luis Sanchez Agesta, Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación, Madrid, 1976, p. 36.

Contribuem para a transformação o surgimento das grandes empresas, face à concentração de capital e ao progresso técnico, além de outros fatores, a que já se teve oportunidade de aludir. A verdade é que o crescimento da dimensão das empresas veio revelar a inadequação do instituto da propriedade individual sobre a empresa, pelo aumento da necessidade de capital. A sociedade por ações é uma resposta às exigências do processo econômico, substituindo-se a estrutura das empresas, que evolui de sua forma individual para a coletiva, no domínio da economia industrial.

Igual processo de dissolução se verifica com o contrato, como consequência do princípio da autonomia da vontade, que, na ordem jurídica civil liberal, reclamava dois traços caracterizadores do contrato: ser uma relação inter-individual e ser livre no seu objeto. No primeiro aspecto, cai por terra a ficção do contrato de trabalho com o advento dos sindicatos, que passam a funcionar como representantes dos operários junto aos empresários. Com o reconhecimento da liberdade sindical, verifica-se a aceitação do sindicato como parte legítima do contrato de trabalho, surgindo dessa relação o nascimento do contrato coletivo de trabalho.

Relativamente à liberdade de pactuação do objeto do contrato, constata-se que, com o aparecimento de poucas grandes empresas, a liberdade contratual iniciou um processo de auto-destruição. Essa situação foi criada pelo poderio econômico das empresas, que face ao seu reduzido número, passaram a exercer com eficácia o controle da conduta do mercado. Os trustes, os cartéis vão impor o tabelamento dos preços e a dominação do mercado e, como resultante, um setor importante do processo econômico deixará de ficar à disposição dos contraentes.

O Estado, para enfrentar os graves problemas gerados pelo conflito bélico, é compelido a lançar mão de toda a economia para conduzi-la no sentido de alcançar a satisfação das exigências da guerra. Daí a necessidade de criar um aparelho jurídico novo, ou aproveitar para novos fins os reduzidos instrumentos jurídicos até então utilizados.

Com a dissolução do conceito de propriedade e do conceito de contrato e a evidente incapacidade das instituições do direito privado do liberalismo clássico de assegurar o desenvolvimento de sociedade, o direito, consoante assinala *Vital Moreira*, foi progressivamente sendo chamado a cobrir cada vez mais extensas zonas da ordem econômica: a

princípio, setorial e assistematicamente, até, finalmente, se apoderar do conjunto da economia, a ponto de poder falar-se no "*direito da economia global*" (44).

A ordem econômica contemporânea apresenta algumas características, que vem realçar mais ainda as alterações verificadas a partir do modelo liberal, como: a existência de instituições e regras diretamente dirigidas à economia, as categorias econômicas entraram a fazer parte constitutiva das categorias jurídicas, a diversificação funcional dos institutos jurídicos e a transplantação do centro de gravidade da ordem jurídica da economia (45).

Primeiramente, depara-se com um grande número de instituições e regras jurídicas diretamente voltadas para a economia: direito das empresas públicas, direito sindical, direito dos contratos coletivos, direito das empresas, direito das nacionalizações, etc., com alguns figurando como ramos autônomos do Direito. O Direito alargou os seus domínios, conquistando espaços ignorados na ordem liberal. O Direito do Trabalho foi um desses frutos, resultante da ordenação jurídica das condições de trabalho. A empresa e o mercado são outros exemplos. A ordem econômica hoje, é, antes de tudo, ordem jurídica.

De outra parte, a ordem jurídica da economia é uma ordem jurídica de categoria: os sujeitos surgem qualificados pelo lugar que ocupam na vida econômica (produção, distribuição).

No que tange ao aspecto da diversificação funcional dos institutos jurídicos, estes, ao lado de sua função geral, passaram a desempenhar uma ou mais funções particulares no domínio econômico. O Estado utiliza os instrumentos jurídicos adaptando-os às novas funções intervencionistas. Assim: o direito das finanças passa a ser utilizado em funções econômicas, seja de economia setorial ou regional, seja de economia global (pleno emprego, crescimento econômico, etc.).

Verifica-se, por fim, o deslocamento do centro de gravidade da ordem jurídica da economia: do direito privado para o direito público. O que se assiste, a partir de certo momento é o deslocamento de domínios econômicos que anteriormente relevavam do direito privado para o

(44) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 86 - 87.

(45) Vital Moreira, *op. cit.*, pp. 87 - 97.

direito público, ou a complementação de institutos daquele por institutos destes (46).

Por outro lado, importa assinalar que a ordem econômica contemporânea traduz, sobretudo, a concepção do Estado intervencionista, atendendo às considerações sociais e à efetividade dos direitos individuais.

A relação social fundamental do sistema capitalista decorre de dois grupos de pessoas: os possuidores (que tem a livre disposição dos meios de produção) e os não possuidores (economicamente livres), que se dispõem obrigatoriamente a vender a força de seu trabalho(47).

Tais relações econômicas vão corresponder, desde as primeiras Constituições liberais, no plano jurídico, aos chamados direitos fundamentais econômicos, inscritos hoje na ordem econômica ou Constituição Econômica dos Estatutos Políticos contemporâneos, embora sensivelmente modificados e qualificados na sua configuração original. São eles: o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade contratual.

Esses direitos fundamentais econômicos, herdados do Estado liberal, estão hoje erigidos à condição de princípios constitucionais da ordem econômica e ao seu lado surgem outros princípios nascidos da roupagem que lhes emprestou o Estado Social ou intervencionista. Assim, além dos princípios clássicos (liberdade econômica, igualdade econômica), situam-se aqueles que *Laubadère* intitulou de "*princípios econômicos novos*", mais conhecidos pelas expressões "*direitos sociais*", "*direitos econômicos e sociais*", "*princípios econômicos e sociais*", etc. (48).

O exame dos direitos fundamentais econômicos, na sua evolução, também implica na compreensão das transformações da ordem econômica, daí a sua inclusão para estudo, embora de modo sumário, face às dimensões amplíssimas do tema, a reclamar uma análise à parte, em trabalho específico.

A liberdade contratual, observa *Vital Moreira*, deixou de poder contar-se como direito fundamental econômico autônomo, na medida em que a sua relevância específica original — contrato individual de trabalho — se desvaneceu num de seus aspectos, tendo sido substituída

(46) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 92 - 93.

(47) Vital Moreira, *op. cit.*, pp. 146 - 147.

(48) André de Laubadère, *Droit Public Économique*, Paris, 1976, p. 299.

precisamente pela liberdade de associação (sindical e patronal). Não existe qualquer liberdade de contratação especificamente econômica (49).

A propriedade é o direito fundamental do capitalismo, dele derivando os outros direitos fundamentais econômicos. Desfruta de garantia constitucional imprescindível, embora no Estado Social de Direito, o seu caráter de direito absoluto, exclusivo e perpétuo tenha sofrido limitações em razão do bem comum ou do interesse coletivo.

Cuida-se aqui não da propriedade em geral, mas da propriedade econômica ou produtiva, também denominada de "propriedade dos meios de produção".

No regime liberal, a propriedade era concebida em termos individuais, representando a base do modelo econômico, jurídico e político, e assentando-se na livre iniciativa individual.

Semelhante concepção foi rompida com o surgimento da sociedade comercial, principalmente da sociedade por ações, que criou a forma típica de propriedade econômica no atual sistema capitalista — a propriedade social (50).

Não se pode esquecer que é sobre a garantia da propriedade privada dos meios de produção que repousa o pilar de conservação da ordem econômica e social capitalista. Mas, a propriedade, em que pese a sua garantia a nível constitucional, está sujeita a restrições excepcionais impostas pelo Poder Público, face ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (51).

É precisamente nesse aspecto, que a função da propriedade atualmente mais se afasta do modelo clássico liberal. Assim, ao princípio individualista do *jus utendi, fruendi et abutendi* substituiu-se o que as modernas Constituições denominam de função social da propriedade.

Como consequência, pode-se verificar que a grande maioria das Constituições contemporâneas não acolhe a propriedade sem limites, ao contrário, recorre ao princípio da função social para lhe impor restrições. Está neste caso a Constituição brasileira vigente, que no art. 160, III; consagra a princípio da função social da propriedade, em substitui-

(49) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 147 - 148.

(50) Cf. Vital Moreira, *op. cit.*, p 153.

(51) Cf. Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Servidão Administrativa*, São Paulo, 1978, p. 17.

ção à fórmula anterior, do "bem-estar social" (Constituição Federal de 1946, art. 147).

Na lição de *Eros Roberto Grau*, ma medida em que se verifica a integração da função social nos modernos conceitos de propriedade, consuma-se, na fórmula, a conciliação do individual e do social. Como expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo direito dos dias presentes à realidade social — na busca de uma integração entre os ideais individuais e sociais — as modernas concepções de propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (52).

A seu turno, um oportunas considerações, acrescenta Anna de Vita que a introdução do conceito de função social num sistema que reconhece e garante a propriedade privada implica a superação da contraposição entre público e privado, uma evolução da mesma propriedade privada em sentido social, ou seja, nem tanto transformação da propriedade privada em propriedade pública, ou passagem dos bens suscetíveis de apropriação privada a bens suscetíveis de apropriação pública, mas uma metamorfose qualitativa do direito, adaptado, na sua concreta realização, à satisfação de exigências de caráter social (53).

Numa ordem econômica capitalista a propriedade dá o poder de disposição privada dos meios de produção, mas tendo ela uma função social, esse poder sofre restrições por parte do Poder Público, com finalidades de justiça social; assim também, no que diz respeito aos bens econômicos, aquelas restrições se transmudam em restrições à liberdade de empresa (54).

Desta forma, o exercício do direito de propriedade sofre limitações e, embora se busque sempre a compatibilização com os interesses individuais, muitas vezes, no interesse maior da coletividade, aqueles são sacrificados, sendo lícito ao Estado impor limitações ao sujeito econômico titular do direito, fundado no princípio da função social da propriedade.

(52) Eros Roberto Grau, Verbete "Função Social da Propriedade", Enciclopédia Saraiva, Vol. 39, São Paulo, 1979, p. 17.

(53) Anna de Vita, *La proprietá Nell' Esperienza Giuridica Contemporanea*, Milano, 1969, p. 195.

(54) Toshio Mukay, *Participação do Estado na Atividade Econômica*, São Paulo, 1979, p. 41.

A liberdade de empresa, implícita ou expressamente, figura nos textos constitucionais, no elenco dos direitos fundamentais. Deve-se advertir, entretanto, que o seu sentido não mais corresponde àquele atribuído à liberdade de indústria e comércio pela ordem liberal. E assim é, face às condições sociais e econômicas em que se assentava terem se alterado profundamente.

No regime liberal a liberdade de empresa era expressão da liberdade individual. A atividade econômica se exercia através de pequenos produtores e comerciantes, coincidindo a propriedade com a possibilidade de exercer aquela atividade, resumindo-se a empresa no proprietário individual. Estava-se em presença de um universo econômico de pequenos produtores e comerciantes em que o indivíduo era o único sujeito e nesse mundo social apenas ingressava o indivíduo independente.

Todavia, o quadro mudou com a evolução econômica que se operou no processo capitalista, fazendo ruir a base econômica do pequeno produtor e comerciante, com a inevitável transformação dos fundamentos econômicos da liberdade de indústria e comércio.

A empresa moderna passou a exigir enormes somas de capital e, com isso, o antes papel predominante da empresa individual ficou condenado pelo desenvolvimento do capitalismo.

Desta forma, a liberdade de empresa deixou de ser expressão da liberdade individual, vindo a se configurar como a possibilidade de um grupo de pessoas ou de empresas se associarem em torno de uma empreitada comum para desenvolverem uma atividade econômica.

A tendência mesma do sistema capitalista é a redução do número de empresas, com a predominância dos grandes grupos monopolistas, de tal modo que, a cada passo, dificulta-se o aparecimento de novos empreendimentos.

O capitalismo presente, em muitas vezes não oferece outra alternativa ao titular de um capital, senão o reduzido horizonte econômico de se converter em acionista de uma empresa existente.

Como bem observa *Vital Moreira*, já não se trata de fundar ou de iniciar uma atividade econômica, mas apenas de colocar o seu capital ao dispor de uma atividade econômica que geralmente lhe é completamente estranha. E adianta que, quanto a este aspecto, a liberdade de comércio deixou de valer como liberdade individual de iniciativa econômica, e passou a ser a liberdade de uma associação de exercer a sua atividade econômica. A tendência, segundo ele, revelada na literatura e

nos textos constitucionais, é para substituir a liberdade de empresa pela liberdade de profissão, trabalho ou ocupação (55).

Após uma análise do problema no direito comparado, *Toshio Mukai* assinala que o princípio da liberdade de empresa é relativo, isto é, passível no tempo e no espaço de ser mais ou menos privilegiado em relação ao papel do Estado no domínio econômico, por via direta (56).

Verifica-se, dessarte, que os condicionamentos à liberdade de empresa, a maior ou menor participação do Estado na atividade econômica, e em que medida as limitações a esta atividade se efetivam, dependem da Constituição Econômica ou da ordem econômica de cada país.

A livre iniciativa no Brasil, é constitucionalmente privilegiada, consoante se colhe das disposições do art. 160, I, e art. 170, (caput) da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº- 1/69). Depreende-se que os objetivos da ordem econômica deverão ser preferencialmente conquistados através da iniciativa privada, embora contando com o apoio e o estímulo do Estado.

Reforça o privilégio da livre iniciativa particular o disposto no § 1º. do art. 170 da Constituição, ao se permitir a ação suplementar do Estado no domínio econômico, à vista de ausência da iniciativa privada.

Aliás, desse mesmo dispositivo constitucional emerge um outro princípio constitucional, o da subsidiariedade, que se traduz na ação suplementar do Estado em relação às entidades privadas e na sua ação complementar, no estímulo a esta mesma iniciativa. O princípio, no sentido positivo (estímulo), está expresso no caput do art. 170, e o negativo (ação suplementar), no § 1º. do mesmo artigo.

O princípio da subsidiariedade se resume num critério residual de atribuição de funções e pretende abarcar e limitar a atuação econômica do Estado por via direta, sem excluir a ação direta de apoio e estímulo às empresas privadas (57).

(55) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 163 - 164.

(56) Toshio Mukay, *Participação do Estado na Atividade Econômica*, São Paulo, 1979, p. 48.

(57) Toshio Mukay, Cf. *op. cit.*, p. 50.

O direito de associação econômica também se inclui na Constituição Econômica, e consiste em assegurar a liberdade de associação econômica, isto é, a liberdade de os sujeitos econômicos, na condição de empresários, patrões ou trabalhadores, se reunirem em associações para defesa dos seus interesses.

A liberdade sindical surgiu muito tardiamente, quando o capitalismo monopolista se desenvolvia e representou uma conquista da classe operária, vindo a se caracterizar como um direito dos trabalhadores.

Os sindicatos, na sua evolução, se desenvolveram inicialmente como associações de socorros mútuos e de solidariedade, depois como associações de reivindicação econômica e, por fim, como instrumentos de luta política, com frequência ligados a partidos políticos. Os sindicatos ganharam o reconhecimento legal, passaram a criar direito (com a contratação coletiva) para, depois de uma penosa caminhada histórica, atingirem o grau de direito constitucional (58). Lembre-se, a respeito, que ao tempo do liberalismo todas as organizações profissionais foram dissolvidas, com a proibição de seu funcionamento. Ontem, uma contradição do sistema, hoje os sindicatos são uma parte do moderno capitalismo.

A Constituição brasileira, no seu art. 166, assegura o direito de associação profissional ou sindical.

Os Direitos Sociais (que se prefere denominar de Direitos do Estado Social, para evitar a imprecisão e ambigüidade da expressão "*direito social*") são estranhos à concepção liberal e representam uma conquista do Estado intervencionista, principalmente a partir da Primeira Guerra, quando passaram a figurar nos estatutos constitucionais. A primeira Constituição a consagrá-los foi a mexicana de 1917, seguindo-se a de *Weimar de 1919* e muitas outras que sofreram a influência desta, como a espanhola de 1931 e a brasileira de 1934.

Algumas Constituições, de par com os direitos de liberdade, também incluem normas assegurando aos particulares certos direitos a prestações, direitos a uma atividade ou prestação do Estado. São os "*direitos sociais*", ou melhor, nascidos do Estado Social.

O direito ao trabalho e o direito ao salário justo são dois desses direitos que interessam ao domínio da ordem econômica.

O Estado procura garantir o direito ao trabalho, intervindo no mercado de trabalho, de modo a absorver a oferta. Em termos constitucionais, o direito ao trabalho se reduz a uma diretiva ao Estado no

(58) Cf. Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, p. 170.

sentido de que a sua atuação permita criar as condições para o pleno emprego.

O direito ao salário justo é, igualmente, uma diretiva constitucional, de muito difícil realização no plano social, se for considerado que o "salário justo" não pode ser objeto de uma definição material quanto ao seu conteúdo. No máximo, valerá como um princípio metodológico. Na verdade, opina *Vital Moreira*, o nível geral dos salários depende menos de concepções de justiça do que da capacidade da economia e da situação das relações de classe (59).

A Constituição brasileira, contempla alguns desses direitos (sociais) no art. 165, o que demonstra que, na sua tentativa de viabilização, o Estado intervém ativamente na ordem econômica e social.

Assim, sobressai no Estado contemporâneo, como sua missão fundamental, a de velar pela economia global, procurando conciliar seu poder com as forças produtivas internas para a superação das desigualdades sociais.

A evolução constitucional brasileira, em linhas gerais, na disciplina da ordem econômica, seguiu as diretrizes jurídicas e políticas do Estado individualista-liberal, mas, a partir da Constituição de 1934, passou a sofrer as influências das transformações constitucionais que se operaram em alguns países, em consequência do intervencionismo estatal.

O confronto vivo e marcante de aspirações e doutrinas, no século anterior, bem como os movimentos de idéias e de grupos sociais e profissionais, no século em curso, não mudaram muito a fisionomia do regime econômico, no que se refere aos privilégios concernentes ao domínio capitalista.

Houve, sem dúvida, lembra *Josaphat Marinho*, variações de pensamento na estrutura das Constituições, e ocorreram mudanças, que se acentuam, no plano das forças econômicas. É certo, igualmente, que as peculiaridades políticas, econômicas e culturais do país transmitiram caracteres próprios ao modelo adotado. Trata-se, porém, de singularidades adaptadas ao mecanismo perfilhado, sem lhe alterarem a essência. Correspondem tais adaptações a particularidades que o legislador em cada povo, comunica, de regra, às instituições admitidas no seu direito positivo. Na verdade, conclui, no conjunto de seus traços fundamentais, prevaleceu sempre, e subsiste, na Constituição brasileira, o sistema eco-

(59) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, p. 186.

nômico individualista liberal (60).

Mas, embora perdure nos textos constitucionais brasileiros os vestígios do liberalismo econômico, não se poderá negar, ao longo de sua evolução, os novos princípios ideológicos que timbram a ordem econômica capitalista brasileira dos dias presentes.

Foi a Constituição de 1934 que introduziu pela primeira vez, no quadro constitucional brasileiro, um título dedicado à estruturação da "*Ordem Econômica e Social*". Pela Constituição de 1934, como observa *Octávio Bueno Magano*, o Estado não apenas passa a cuidar da ordem econômica, mas assume a responsabilidade de organizá-la, só admitindo a liberdade econômica desde que observados os limites da nova organização (61).

A partir da Constituição de 1934 (Título IV) inaugura-se o intervencionismo moderno, e as Constituições que se seguem passam a ser definidas como "*intervencionistas*". Surge, então, importante núcleo de uma política de planificação, de economia supervisionada e de justiça social, redutora de abusos do individualismo capitalista.

Ressalta-se que as Constituições de 1934, de 1937 e de 1946 abriram espaço à ordem econômica, contudo não a relacionaram à obtenção de um fim, como expressamente o fez a Constituição de 1967 (art. 157). Comenta, a propósito, *Octávio Bueno Magano*, relativamente ao art. 157, que havia, porém, um defeito de técnica na Constituição de 1967 ao dizer que a ordem econômica tem por fim realizar a Justiça Social, com base no princípio do desenvolvimento econômico. Em verdade, acrescenta, a ordem econômica só pode ter por fim o desenvolvimento (62).

A despeito disso, a Constituição de 1967 parece haver encontrado uma fórmula de equilíbrio entre a necessidade de intervir no domínio econômico e a conveniência de prestigiar a livre iniciativa.

A Constituição de 17 de outubro de 1969, conservou as linhas básicas da Constituição de 1967, no campo econômico e, na constatação de *Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, bem examinados, e com rigor, os dispositivos constitucionais atuais, a chamada Emenda n.º 1/69, não se afastou do pensamento da Carta de 1967, nem sequer se

(60) Josaphat Marinho, *A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras*, in RDP, Vol. 19, janeiro/março, 1972, p. 51.

(61) Octávio Bueno Magano, *Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, 1973, p. 17.

(62) Octávio Bueno Magano, *op. cit.*, p. 19.

afastou de algumas normas essenciais, e que são fundamentais, para a colocação do problema da intervenção, quer na ordem econômica ou quer na ordem social (63).

A Constituição de 1969, significativamente, reserva um campo à ação econômica do setor privado (art. 160), e define como fins da ordem econômica e social o "desenvolvimento" e a "justiça social", cuja realização "é instrumentada, inicialmente, pela consagração do princípio da liberdade de iniciativa (art. 160, I), na contemplação do regime jurídico de propriedade dos bens de produção" (64).

Nota-se, pela primeira vez, a inserção do desenvolvimento como princípio constitucional, ao lado da justiça social, como fins da ordem econômica, o que é de significativa importância não só para a política econômica como para o próprio Direito.

A adoção do desenvolvimento como princípio constitucional, por si só, representa uma indicação de que a política econômica estatuída na Lei Fundamental brasileira se volta para a consecução de elevados objetivos, de transcendental importância para a vida econômica e social do país, ensejando, por outro lado, caminhos novos para o Direito, especialmente na área do Direito Econômico.

Considera-se a atitude do legislador constitucional como tendo dupla significação: inicialmente, assim dispondo, pôs-se a Constituição brasileira em perfeita sintonia com a orientação da economia moderna, da qual se infere que toda a atividade econômica deve ter como objetivo o desenvolvimento da economia. E, em segundo lugar, — o da maior significação para os juristas — o Direito, desde então, passa a ser considerado como um instrumento de ordenação econômica e elemento impulsionador da própria mobilidade social, consoante se terá oportunidade de analisar, no momento próprio.

O ideal de desenvolvimento, constituindo-se uma justa aspiração de todos os Estados, em especial os menos desenvolvidos, o legislador constitucional brasileiro, ao inscrever o desenvolvimento como princípio fundamental de sua ordem econômica, de par com o bem-estar

(63) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. A Intervenção do Estado na Ordem Econômica, in RDP, Vol. 11, janeiro/março, 1970, p. 8.

(64) Eros Roberto Grau, verbete "A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 46, São Paulo, 1980, p. 61.

social, teve como escopo direcionar toda a sua política econômica para a concretização desse elevado objetivo.

Há um propósito deliberado da ideologia econômica da Carta Constitucional brasileira, no sentido de condicionar toda a atividade econômica do país para a realização de um objetivo: o desenvolvimento nacional. É mais do que um condicionamento, é mais do que uma direção política à ordem econômica. É um comprometimento para todas as forças ativas da sociedade brasileira, conscientizando-as do desenvolvimento e do bem-estar nacional.

Capítulo II

INTERVENCIÓNISMO E EVOLUÇÃO JURÍDICA*

1 - A socialização do Direito. 2 - A liberdade, sentido e perspectiva. 3 - O Direito como conformador da ordenação social e econômica. 4 - As realidades jurídicas emergentes. 5 - A visão dinâmica e prospectiva do Direito. 6 - Desafio aos juristas: a renovação e adequação do Direito às exigências da sociedade moderna.

1. A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO

O Direito constitui uma parte importante e indispensável no esforço grandioso de construir uma rica e satisfatória civilização.

Mas não pode sozinho e diretamente edificar a civilização, nem tem o condão mágico de fazer com que as pessoas se tornem inventoras ou descobridoras para, de modo rápido e simples, desincumbirem-se de semelhante empreendimento.

Pode, todavia, contribuir indiretamente para que se consiga a adequada convivência em sociedade, estabelecendo as condições sem as quais não se realizarão as tarefas superiores da organização social humana.

Há de se estabelecer, contudo, um caminho seguro para a execução de obra tão grandiosa.

O efeito benéfico do Direito sobre a sociedade, frisa *Bodenheimer*, advém sobretudo do fato de ele criar e manter uma esfera de segurança para os indivíduos em certas condições básicas de existência. O Direito protege a vida, a integridade física, as transações patrimoniais, as relações familiares, e até mesmo a saúde e a subsistência dos membros do organismo político. Realizando essas funções, o Direito favorece as energias criadoras, afirmativas de vida, latentes no organismo social, ajudando-as a fluírem para canais construtivos, e dessarte se revela um in-

substituível instrumento de civilização (1).

Não se poderá alcançar esse objetivo com o Direito apenas se mantendo numa dimensão individualista. Para a realização de uma obra que se renova a cada progresso da sociedade, o Direito terá também de se revestir de uma dimensão rigorosamente social.

Aliás, no Estado Social ou intervencionista, não mais se podem acolher com exclusividade as concepções individualistas do Direito, embora se tenha de admitir que elas ainda informem e fundamentem grande parte da legislação codificada de alguns países. E o que é pior, apon-
Eduardo Monreal, é que não somente se encontram enquistadas ali, mas que em muitas oportunidades se faz sentir ativamente sua presença para amparar interesses ou preservar situações estabelecidas, disfarçando-se de teoria jurídica válida, permanente e universal, sendo que não passa de uma doutrina política (2).

A crise do clássico Direito individualista, diante da mudança de estrutura social, criou um clima propício para a socialização do Direito, verificando-se neste uma transformação, de forma a torná-lo mais consentâneo com a nova realidade social, econômica e política estabelecida pelo Estado intervencionista.

O individualismo jurídico se decompõe sob a pressão poderosa de causas e concausas sociais. A socialização do Direito transcende ao plano doutrinário e se afirma na criação legislativa e na hermenêutica constitucional (3).

Castan Tobeñas observa que, embora seja velhíssimo, o tema da socialização do Direito tem hoje aspectos de relativa novidade e não escasso interesse. Em primeiro lugar, porque no mundo da técnica e da massificação em que se vive, o incremento da socialização, em muitas de suas aplicações, é imperioso e inevitável. Parece como se a socialização fosse um dos traços mais destacados da época presente. Em segundo lugar, porque os problemas econômico-sociais, e conseqüentemente o da socialização, estão hoje na ordem do dia naqueles povos, como o espanhol, onde se iniciou uma fase de avanço no processo da industrialização. E além disso, porque o pensamento católico, nos mais recentes e autorizados documentos pontifícios e nos trabalhos doutrinários que lhes estão seguindo, tem hoje como um de seus mais importantes em-

(1) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 289.

(2) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 113.

(3) Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 2.

penhos a análise e a crítica construtiva das formas de socialização (4).

A Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, considera a socialização como um fenômeno inevitável do tempo atual, e que ademais, responde a exigências naturais da condição humana. Diz o documento pontifício que *"um dos aspectos típicos que caracterizam a época atual é a socialização, entendida como um progresivo multiplicar-se das relações de convivência, com diversas formas de vida e de atividade associada, e como institucionalização jurídica. A socialização é ao mesmo tempo reflexo e causa de uma crescente intervenção dos poderes públicos nos setores mais delicados. Porém é também fruto e expressão de uma tendência natural, quase incontível, dos seres humanos: a tendência a associar-se para a consecução dos objetivos que superam a capacidade e os meios de que podem dispor os indivíduos isoladamente..."* (5).

O tema, apesar de antigo, ganha sempre atualidade, e por isso mesmo, toda a ciência jurídica dos fins do século passado até os dias de hoje, tem se preocupado com o problema da socialização e procura resolvê-lo com pontos de vista harmônicos, fundados na consideração de que o Direito tem, a sua vez, elementos de permanência e fatores de evolução e mudança.

Comenta *Castan Tobeñas* que salta à vista o convencional da frase *"socialização do Direito"*. Acaso o Direito não é social por essência? Acaso não foi sempre social? E adianta: *Pascual Marin* disse que *"falar do fenômeno da socialização do Direito em sentido qualitativo constitui uma grande redundância; o Direito não se pode conceber mais do que como fenômeno e ciência eminentemente social. O que hoje se chama socialização do Direito somente se pode entender em sentido meramente quantitativo"*, em consequência de que o problema social era em outros tempos infinitamente menos acusado do que nos dias atuais. (6).

(4) José Castan Tobeñas, *La Socializacion del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, pp. 5 - 6.

(5) Citado por José Castan Tobeñas, *Humanismo y Derecho*, Madrid, 1962, p. 67.

(6) José Castan Tobeñas, *La Socializacion del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, p. 10.

Para Miguel Reale, fala-se hoje muito em "socialização do Direito". A expressão, segundo o pensador brasileiro, é sob certo prisma ambígua, pois poderia sugerir uma atitude de redução do Direito a mero fato social, com sacrifício de dois elementos a seu ver inerentes a toda experiência jurídica: a estrutura formal e a função normativa. Mas considera a expressão aceitável, quando indica que o Direito deve ser concebido como a força normativa e integralizadora dos valores de convivência; que as leis devem ser elaboradas e interpretadas segundo os imperativos totais da comunidade, sem exclusão de grupos, e sem preferência por setores particulares da nação; e que não há critério puramente lógico-formal que possa prevalecer contra as exigências palpitantes da vida (7).

A concepção de que o Direito era para o Estado (Direito Público) ou para o indivíduo (Direito Privado), nunca para a sociedade, de há muito ficou superada pela socialização.

Socializar o Direito será, pois, reformar o Direito Público, fundando-o não sobre uma abstração, o Estado, mas sobre uma realidade viva, a sociedade, e sobretudo, reformar o Direito Privado, baseando-o não na noção do indivíduo isolado, mas na do indivíduo unido aos demais por laços de solidariedade familiar, corporativa e humana (8).

Nos domínios do jurídico, a socialização se traduz, pois, em uma regulamentação obrigatória das relações humanas, que deixa a autonomia individual sumamente restringida. Ao juízo de alguns doutrinadores significa a socialização do Direito "uma submissão progressiva das relações jurídicas a normas obrigatórias por razões de necessidade social" (9).

O fenômeno tem levado alguns autores a atribuírem a invasão do Direito Público no Privado, ou a chamada "publicização" de muitos de seus institutos jurídicos, à socialização do Direito. O processo de publicização, em verdade, sem excluir-se a socialização, encontra o seu grande fator causacional no intervencionismo estatal. De outro lado, sempre é necessário lembrar que, embora muitos institutos do Direito Civil se tenham impregnado de forte teor social, ainda assim continuam na esfera do Direito Privado, conquanto se tenha de admitir que a distinção entre o público e o privado a cada dia se torna mais imprecisa.

Nesse sentido, acentua Castan Tobeñas que os critérios de distinção que tantas vezes se dão por certos entre o Direito Público e o Direito Privado não deixam de oferecer muitas dúvidas. E o certo é que,

(7) Miguel Reale, Pluralismo e Liberdade, São Paulo, 1963, p. 248.

(8) José Castan Tobeñas, La Socialización del Derecho y su Actual Panorámica, Madrid, 1965, p. 11.

(9) José Castan Tobeñas, op. cit., pp. 11 - 12.

afortunadamente, a socialização do Direito não parece implicar que esteja em perigo de destruição ou desaparecimento o Direito Civil. Acertadamente indica *Bonet Ramón* que “*enquanto sejam reconhecidos direitos subjetivos aos particulares enquanto indivíduos, existirá Direito Privado, ainda que a disciplina daqueles direitos subjetivos esteja informada no critério de sua subordinação aos interesses gerais*” (10).

A socialização é um fenômeno amplo, que tem suas raízes nas transformações verificadas a partir das primeiras décadas do presente século, no campo científico, técnico e econômico (como a energia nuclear, o desenvolvimento da química, a conquista espacial, a expansão dos meios de comunicação de massa, através do rádio, da televisão, etc.), que multiplicaram a capacidade e os meios de que podem dispor os indivíduos isoladamente.

É a socialização — já o disse o insigne pontífice *João XXIII* — reflexo e causa da intervenção do Poder Público. O intervencionismo estatal, notadamente no domínio econômico, é, portanto, uma manifestação e, ao mesmo tempo, um gerador do processo de socialização. Representa, ademais, o intervencionismo um avanço do Estado para atender a desígnios políticos, em face das atrações exercidas pelo ambiente sócio-econômico.

A socialização jurídica resulta de forma preponderante da ação estatal, principalmente ao se levar em consideração que o Estado tem a seu cargo produzir e assegurar a realização do Direito.

Se a ação estatal é preponderante, não é, todavia, o agente único da socialização do Direito. Constata-se, assim, que não somente o Estado, mas também a sociedade colabora eficientemente na socialização jurídica, o que ocorre principalmente através dos grupos e organizações profissionais, quando se trata, sobretudo, de relações econômico-sociais implicadas no Direito do Trabalho e, mais genericamente, no Direito Civil (11).

O intervencionismo estatal, para *Castan Tobeñas*, apresenta-se como o instrumento que caracteriza a socialização do Direito, quando se trata de relações privadas, efetuando-se através de qualquer das formas de intervenção (12).

De outro lado, a socialização do Direito, como consequência da evolução econômica que vem presenciando as sociedades modernas tem contribuído para algumas transformações de grande importância para o

(10) José Castan Tobeñas, *La Socialización del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, pp. 12 - 13; cf. Miguel Reale, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, p. 252.

(11) José Castan Tobeñas, *op. cit.*, pp. 13 e 15.

(12) José Castan Tobeñas, *op. cit.*, p. 14.

sentido de que a sua atuação permita criar as condições para o pleno emprego.

O direito ao salário justo é, igualmente, uma diretiva constitucional, de muito difícil realização no plano social, se for considerado que o "salário justo" não pode ser objeto de uma definição material quanto ao seu conteúdo. No máximo, valerá como um princípio metodológico. Na verdade, opina *Vital Moreira*, o nível geral dos salários depende menos de concepções de justiça do que da capacidade da economia e da situação das relações de classe (59).

A Constituição brasileira, contempla alguns desses direitos (sociais) no art. 165, o que demonstra que, na sua tentativa de viabilização, o Estado intervém ativamente na ordem econômica e social.

Assim, sobressai no Estado contemporâneo, como sua missão fundamental, a de velar pela economia global, procurando conciliar seu poder com as forças produtivas internas para a superação das desigualdades sociais.

A evolução constitucional brasileira, em linhas gerais, na disciplina da ordem econômica, seguiu as diretrizes jurídicas e políticas do Estado individualista-liberal, mas, a partir da Constituição de 1934, passou a sofrer as influências das transformações constitucionais que se operaram em alguns países, em consequência do intervencionismo estatal.

O confronto vivo e marcante de aspirações e doutrinas, no século anterior, bem como os movimentos de idéias e de grupos sociais e profissionais, no século em curso, não mudaram muito a fisionomia do regime econômico, no que se refere aos privilégios concernentes ao domínio capitalista.

Houve, sem dúvida, lembra *Josaphat Marinho*, variações de pensamento na estrutura das Constituições, e ocorreram mudanças, que se acentuam, no plano das forças econômicas. É certo, igualmente, que as peculiaridades políticas, econômicas e culturais do país transmitiram caracteres próprios ao modelo adotado. Trata-se, porém, de singularidades adaptadas ao mecanismo perfilhado, sem lhe alterarem a essência. Correspondem tais adaptações a particularidades que o legislador em cada povo, comunica, de regra, às instituições admitidas no seu direito positivo. Na verdade, conclui, no conjunto de seus traços fundamentais, prevaleceu sempre, e subsiste, na Constituição brasileira, o sistema eco-

(59) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, p. 186.

nômico individualista liberal (60).

Mas, embora perdure nos textos constitucionais brasileiros os vestígios do liberalismo econômico, não se poderá negar, ao longo de sua evolução, os novos princípios ideológicos que timbram a ordem econômica capitalista brasileira dos dias presentes.

Foi a Constituição de 1934 que introduziu pela primeira vez, no quadro constitucional brasileiro, um título dedicado à estruturação da "*Ordem Econômica e Social*". Pela Constituição de 1934, como observa *Octávio Bueno Magano*, o Estado não apenas passa a cuidar da ordem econômica, mas assume a responsabilidade de organizá-la, só admitindo a liberdade econômica desde que observados os limites da nova organização (61).

A partir da Constituição de 1934 (Título IV) inaugura-se o intervencionismo moderno, e as Constituições que se seguem passam a ser definidas como "*intervencionistas*". Surge, então, importante núcleo de uma política de planificação, de economia supervisionada e de justiça social, redutora de abusos do individualismo capitalista.

Ressalta-se que as Constituições de 1934, de 1937 e de 1946 abriram espaço à ordem econômica, contudo não a relacionaram à obtenção de um fim, como expressamente o fez a Constituição de 1967 (art. 157). Comenta, a propósito, *Octávio Bueno Magano*, relativamente ao art. 157, que havia, porém, um defeito de técnica na Constituição de 1967 ao dizer que a ordem econômica tem por fim realizar a Justiça Social, com base no princípio do desenvolvimento econômico. Em verdade, acrescenta, a ordem econômica só pode ter por fim o desenvolvimento (62).

A despeito disso, a Constituição de 1967 parece haver encontrado uma fórmula de equilíbrio entre a necessidade de intervir no domínio econômico e a conveniência de prestigiar a livre iniciativa.

A Constituição de 17 de outubro de 1969, conservou as linhas básicas da Constituição de 1967, no campo econômico e, na constatação de *Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, bem examinados, e com rigor, os dispositivos constitucionais atuais, a chamada Emenda n.º 1/69, não se afastou do pensamento da Carta de 1967, nem sequer se

(60) Josaphat Marinho, *A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras*, in RDP, Vol. 19, janeiro/março, 1972, p. 51.

(61) Octávio Bueno Magano, *Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, 1973, p. 17.

(62) Octávio Bueno Magano, *op. cit.*, p. 19.

afastou de algumas normas essenciais, e que são fundamentais, para a colocação do problema da intervenção, quer na ordem econômica ou quer na ordem social (63).

A Constituição de 1969, significativamente, reserva um campo à ação econômica do setor privado (art. 160), e define como fins da ordem econômica e social o "desenvolvimento" e a "justiça social", cuja realização "é instrumentada, inicialmente, pela consagração do princípio da liberdade de iniciativa (art. 160, I), na contemplação do regime jurídico de propriedade dos bens de produção" (64).

Nota-se, pela primeira vez, a inserção do desenvolvimento como princípio constitucional, ao lado da justiça social, como fins da ordem econômica, o que é de significativa importância não só para a política econômica como para o próprio Direito.

A adoção do desenvolvimento como princípio constitucional, por si só, representa uma indicação de que a política econômica estatuída na Lei Fundamental brasileira se volta para a consecução de elevados objetivos, de transcendental importância para a vida econômica e social do país, ensejando, por outro lado, caminhos novos para o Direito, especialmente na área do Direito Econômico.

Considera-se a atitude do legislador constitucional como tendo dupla significação: inicialmente, assim dispondo, pôs-se a Constituição brasileira em perfeita sintonia com a orientação da economia moderna, da qual se infere que toda a atividade econômica deve ter como objetivo o desenvolvimento da economia. E, em segundo lugar, — o da maior significação para os juristas — o Direito, desde então, passa a ser considerado como um instrumento de ordenação econômica e elemento impulsionador da própria mobilidade social, consoante se terá oportunidade de analisar, no momento próprio.

O ideal de desenvolvimento, constituindo-se uma justa aspiração de todos os Estados, em especial os menos desenvolvidos, o legislador constitucional brasileiro, ao inscrever o desenvolvimento como princípio fundamental de sua ordem econômica, de par com o bem-estar

(63) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. A Intervenção do Estado na Ordem Econômica, in RDP, Vol. 11, janeiro/março, 1970, p. 8.

(64) Eros Roberto Grau, verbete "A Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 46, São Paulo, 1980, p. 61.

social, teve como escopo direcionar toda a sua política econômica para a concretização desse elevado objetivo.

Há um propósito deliberado da ideologia econômica da Carta Constitucional brasileira, no sentido de condicionar toda a atividade econômica do país para a realização de um objetivo: o desenvolvimento nacional. É mais do que um condicionamento, é mais do que uma direção política à ordem econômica. É um comprometimento para todas as forças ativas da sociedade brasileira, conscientizando-as do desenvolvimento e do bem-estar nacional.

Capítulo II

INTERVENCIONISMO E EVOLUÇÃO JURÍDICA*

1 - A socialização do Direito. 2 - A liberdade, sentido e perspectiva. 3 - O Direito como conformador da ordenação social e econômica. 4 - As realidades jurídicas emergentes. 5 - A visão dinâmica e prospectiva do Direito. 6 - Desafio aos juristas: a renovação e adequação do Direito às exigências da sociedade moderna.

1. A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO

O Direito constitui uma parte importante e indispensável no esforço grandioso de construir uma rica e satisfatória civilização.

Mas não pode sozinho e diretamente edificar a civilização, nem tem o condão mágico de fazer com que as pessoas se tornem inventoras ou descobridoras para, de modo rápido e simples, desincumbirem-se de semelhante empreendimento.

Pode, todavia, contribuir indiretamente para que se consiga a adequada convivência em sociedade, estabelecendo as condições sem as quais não se realizarão as tarefas superiores da organização social humana.

Há de se estabelecer, contudo, um caminho seguro para a execução de obra tão grandiosa.

O efeito benéfico do Direito sobre a sociedade, frisa *Bodenheimer*, advém sobretudo do fato de ele criar e manter uma esfera de segurança para os indivíduos em certas condições básicas de existência. O Direito protege a vida, a integridade física, as transações patrimoniais, as relações familiares, e até mesmo a saúde e a subsistência dos membros do organismo político. Realizando essas funções, o Direito favorece as energias criadoras, afirmativas de vida, latentes no organismo social, ajudando-as a fluírem para canais construtivos, e dessarte se revela um in-

substituível instrumento de civilização (1).

Não se poderá alcançar esse objetivo com o Direito apenas se mantendo numa dimensão individualista. Para a realização de uma obra que se renova a cada progresso da sociedade, o Direito terá também de se revestir de uma dimensão rigorosamente social.

Aliás, no Estado Social ou intervencionista, não mais se podem acolher com exclusividade as concepções individualistas do Direito, embora se tenha de admitir que elas ainda informem e fundamentem grande parte da legislação codificada de alguns países. E o que é pior, apon-
Eduardo Monreal, é que não somente se encontram enquistadas ali, mas que em muitas oportunidades se faz sentir ativamente sua presença para amparar interesses ou preservar situações estabelecidas, disfarçando-se de teoria jurídica válida, permanente e universal, sendo que não passa de uma doutrina política (2).

A crise do clássico Direito individualista, diante da mudança de estrutura social, criou um clima propício para a socialização do Direito, verificando-se neste uma transformação, de forma a torná-lo mais consentâneo com a nova realidade social, econômica e política estabelecida pelo Estado intervencionista.

O individualismo jurídico se decompõe sob a pressão poderosa de causas e concausas sociais. A socialização do Direito transcende ao plano doutrinário e se afirma na criação legislativa e na hermenêutica constitucional (3).

Castan Tobeñas observa que, embora seja velhíssimo, o tema da socialização do Direito tem hoje aspectos de relativa novidade e não escasso interesse. Em primeiro lugar, porque no mundo da técnica e da massificação em que se vive, o incremento da socialização, em muitas de suas aplicações, é imperioso e inevitável. Parece como se a socialização fosse um dos traços mais destacados da época presente. Em segundo lugar, porque os problemas econômico-sociais, e conseqüentemente o da socialização, estão hoje na ordem do dia naqueles povos, como o espanhol, onde se iniciou uma fase de avanço no processo da industrialização. E além disso, porque o pensamento católico, nos mais recentes e autorizados documentos pontifícios e nos trabalhos doutrinários que lhes estão seguindo, tem hoje como um de seus mais importantes em-

(1) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 289.

(2) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 113.

(3) Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 2.

penhos a análise e a crítica construtiva das formas de socialização (4).

A Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, considera a socialização como um fenômeno inevitável do tempo atual, e que ademais, responde a exigências naturais da condição humana. Diz o documento pontifício que *"um dos aspectos típicos que caracterizam a época atual é a socialização, entendida como um progresivo multiplicar-se das relações de convivência, com diversas formas de vida e de atividade associada, e como institucionalização jurídica. A socialização é ao mesmo tempo reflexo e causa de uma crescente intervenção dos poderes públicos nos setores mais delicados. Porém é também fruto e expressão de uma tendência natural, quase incontível, dos seres humanos: a tendência a associar-se para a consecução dos objetivos que superam a capacidade e os meios de que podem dispor os indivíduos isoladamente..."* (5).

O tema, apesar de antigo, ganha sempre atualidade, e por isso mesmo, toda a ciência jurídica dos fins do século passado até os dias de hoje, tem se preocupado com o problema da socialização e procura resolvê-lo com pontos de vista harmônicos, fundados na consideração de que o Direito tem, a sua vez, elementos de permanência e fatores de evolução e mudança.

Comenta *Castan Tobeñas* que salta à vista o convencional da frase *"socialização do Direito"*. Acaso o Direito não é social por essência? Acaso não foi sempre social? E adianta: *Pascual Marin* disse que *"falar do fenômeno da socialização do Direito em sentido qualitativo constitui uma grande redundância; o Direito não se pode conceber mais do que como fenômeno e ciência eminentemente social. O que hoje se chama socialização do Direito somente se pode entender em sentido meramente quantitativo"*, em consequência de que o problema social era em outros tempos infinitamente menos acusado do que nos dias atuais. (6).

(4) José Castan Tobeñas, *La Socializacion del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, pp. 5 - 6.

(5) Citado por José Castan Tobeñas, *Humanismo y Derecho*, Madrid, 1962, p. 67.

(6) José Castan Tobeñas, *La Socializacion del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, p. 10.

Para *Miguel Reale*, fala-se hoje muito em "*socialização do Direito*". A expressão, segundo o pensador brasileiro, é sob certo prisma ambígua, pois poderia sugerir uma atitude de redução do Direito a mero fato social, com sacrifício de dois elementos a seu ver inerentes a toda experiência jurídica: a estrutura formal e a função normativa. Mas considera a expressão aceitável, quando indica que o Direito deve ser concebido como a força normativa e integralizadora dos valores de convivência; que as leis devem ser elaboradas e interpretadas segundo os imperativos totais da comunidade, sem exclusão de grupos, e sem preferência por setores particulares da nação; e que não há critério puramente lógico-formal que possa prevalecer contra as exigências palpantes da vida (7).

A concepção de que o Direito era para o Estado (Direito Público) ou para o indivíduo (Direito Privado), nunca para a sociedade, de há muito ficou superada pela socialização.

Socializar o Direito será, pois, reformar o Direito Público, fundando-o não sobre uma abstração, o Estado, mas sobre uma realidade viva, a sociedade, e sobretudo, reformar o Direito Privado, baseando-o não na noção do indivíduo isolado, mas na do indivíduo unido aos demais por laços de solidariedade familiar, corporativa e humana (8).

Nos domínios do jurídico, a socialização se traduz, pois, em uma regulamentação obrigatória das relações humanas, que deixa a autonomia individual sumamente restringida. Ao juízo de alguns doutrinadores significa a socialização do Direito "*uma submissão progressiva das relações jurídicas a normas obrigatórias por razões de necessidade social*" (9).

O fenômeno tem levado alguns autores a atribuírem a invasão do Direito Público no Privado, ou a chamada "*publicização*" de muitos de seus institutos jurídicos, à socialização do Direito. O processo de publicização, em verdade, sem excluir-se a socialização, encontra o seu grande fator causacional no intervencionismo estatal. De outro lado, sempre é necessário lembrar que, embora muitos institutos do Direito Civil se tenham impregnado de forte teor social, ainda assim continuam na esfera do Direito Privado, conquanto se tenha de admitir que a distinção entre o público e o privado a cada dia se torna mais imprecisa.

Nesse sentido, acentua *Castan Tobeñas* que os critérios de distinção que tantas vezes se dão por certos entre o Direito Público e o Direito Privado não deixam de oferecer muitas dúvidas. E o certo é que,

(7) Miguel Reale, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, p. 248.

(8) José Castan Tobeñas, *La Socialización del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, p. 11.

(9) José Castan Tobeñas, *op. cit.*, pp. 11 - 12.

afortunadamente, a socialização do Direito não parece implicar que esteja em perigo de destruição ou desaparecimento o Direito Civil. Acertadamente indica *Bonet Ramón* que "enquanto sejam reconhecidos direitos subjetivos aos particulares enquanto indivíduos, existirá Direito Privado, ainda que a disciplina daqueles direitos subjetivos esteja informada no critério de sua subordinação aos interesses gerais" (10).

A socialização é um fenômeno amplo, que tem suas raízes nas transformações verificadas a partir das primeiras décadas do presente século, no campo científico, técnico e econômico (como a energia nuclear, o desenvolvimento da química, a conquista espacial, a expansão dos meios de comunicação de massa, através do rádio, da televisão, etc.), que multiplicaram a capacidade e os meios de que podem dispor os indivíduos isoladamente.

É a socialização — já o disse o insigne pontífice *João XXIII* — reflexo e causa da intervenção do Poder Público. O intervencionismo estatal, notadamente no domínio econômico, é, portanto, uma manifestação e, ao mesmo tempo, um gerador do processo de socialização. Representa, ademais, o intervencionismo um avanço do Estado para atender a desígnios políticos, em face das atrações exercidas pelo ambiente sócio-econômico.

A socialização jurídica resulta de forma preponderante da ação estatal, principalmente ao se levar em consideração que o Estado tem a seu cargo produzir e assegurar a realização do Direito.

Se a ação estatal é preponderante, não é, todavia, o agente único da socialização do Direito. Consta-se, assim, que não somente o Estado, mas também a sociedade colabora eficientemente na socialização jurídica, o que ocorre principalmente através dos grupos e organizações profissionais, quando se trata, sobretudo, de relações econômico-sociais implicadas no Direito do Trabalho e, mais genericamente, no Direito Civil (11).

O intervencionismo estatal, para *Castan Tobeñas*, apresenta-se como o instrumento que caracteriza a socialização do Direito, quando se trata de relações privadas, efetuando-se através de qualquer das formas de intervenção (12).

De outro lado, a socialização do Direito, como consequência da evolução econômica que vem presenciando as sociedades modernas tem contribuído para algumas transformações de grande importância para o

(10) José Castan Tobeñas, *La Socialización del Derecho y su Actual Panorámica*, Madrid, 1965, pp. 12 - 13; cf. Miguel Reale, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, p. 252.

(11) José Castan Tobeñas, *op. cit.*, pp. 13 e 15.

(12) José Castan Tobeñas, *op. cit.*, p. 14.

mundo jurídico. As instituições não se voltam para abstrações, mas para realidades, não para o indivíduo isolado mas para o indivíduo unido aos demais por laços de sociabilidade humana.

Importa assinalar que, no presente século, a tendência e exigência socializadoras tomaram maior força, não apenas em função da complexidade sempre crescente que as relações humanas adquiriram, porém, e sobretudo, em razão dos problemas econômicos e sociais surgidos com as duas guerras mundiais, além das crises que se seguiram ao pós-guerra.

Diga-se que, a partir daí, do individual pouco ou nada resta. A dimensão é outra: tudo o mais passa a ser social.

Aduz, então, *Orlando Gomes*, que houve em última análise, mudança na própria consciência social do homem. E o reflexo, na experiência jurídica, dessa mentalidade de que o homem deve ser salvo pela economia, é a convicção de que se deve optar pela socialização do Direito, isto é, por uma política jurídica de sentido anti-individualista (13).

Não há dúvida, por isso, de que o movimento de socialização, impondo orientações novas ao Direito, quer em suas manifestações doutrinárias quer nas legislativas, e sendo uma reação enérgica ao individualismo jurídico, tem como finalidade básica procurar resguardar e proteger os interesses coletivos, que se sobrepõem, em muitos aspectos, aos individuais.

No plano das realizações efetivas, a tendência socializadora se manifesta através das leis constitucionais e ordinárias de quase todos os países e também nos Códigos Civis. O mexicano de 1928, revela um acentuado sentido social, enquanto que o Código italiano de 1942, mesmo sendo de características conservadoras, contém novidades importantes, especialmente na parte que disciplina o trabalho.

A Constituição brasileira em vigor, em muitos de seus dispositivos, principalmente na parte que se refere à ordem econômica (arts. 160 e 165), dá uma demonstração dessa tendência socializadora, dispensando relevo aos chamados "*direitos sociais*", objetivando-se não apenas defender os indivíduos perante o Estado, mas proporcionar-lhes formas de emancipação cultural e independência econômica.

(13) Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 55.

Igual diretriz pode ser verificada, em maior intensidade, como é natural, na atual legislação de Previdência Social, em particular, nos aspectos que tratam dos critérios de dependência econômica e de concessão de algumas prestações de natureza pecuniária. Exemplos outros poderiam ser arrolados no campo do Direito de Família, nas locações, na legislação penal, no Código de Menores, etc.

Enfim, como traduz a síntese admirável de *Mirkine Guetzevich*, no século XX o sentido social do Direito não é somente uma doutrina, nem uma escola jurídica, é a vida mesma (14).

Deve-se ter presente, contudo, que o Direito, como a Economia, não podem ser exclusivamente individualistas nem absolutamente coletivistas.

A melhor política será aquela em que se procure, nem separar esses dois aspectos, nem debilitar nenhum deles, cuidando, ao contrário, de harmonizá-los e reforçá-los mutuamente.

2. A LIBERADE, SENTIDO E PERSPECTIVA

A história da liberdade, corresponde, de certa forma, à história do homem. Cabe salientar, todavia que a idéia de liberdade individual e política tem sofrido modificações ao longo dos diversos períodos históricos.

Desta forma, a concepção de liberdade na antiguidade não é a mesma da Revolução Francesa e esta, em termos qualitativos e quantitativos é bem diversa da que se conhece nos dias atuais.

Não é ao acaso o que se tem verificado com a liberdade, pois a evolução social da humanidade, nas últimas centúrias, tem ensejado uma transformação geral das características da sociedade, alcançando os próprios fundamentos do sistema social.

Semelhante evolução, como se infere de suas proporções, é uma consequência do impacto da técnica sobre toda a vida social, proporcionando a criação de novas formas de organização e poder e face a um processo de aceleração histórica que afeta o relacionamento de toda a vida humana.

Em face dos limites traçados, este trabalho restringir-se-á à apreciação dos direitos e liberdades no regime liberal e no Estado intervencionista e de suas perspectivas frente ao impulso acelerador de alterações no universo social.

(14) Citado por José Castan Tobeñas, *La Socialización del Derecho y su Actual Panorámica*, Madrid, 1965, p. 24.

Mas, antes de qualquer consideração, impõe-se indagar: o que é liberdade?

Para *Ralf Dahrendorf*, como parece deduzir-se da história mesma da palavra, liberdade supõe sempre a ausência de limitações e de coação. Ensina o dicionário etimológico que a palavra "*freiheit*" (liberdade) procede do termo gótico "*freihals*" ou do vocábulo alemão medieval "*frihals*": enquanto os escravos deviam levar um anel ao redor do pescoço, tinham seus senhores um *pescoço livre* ("*frein Hals*"); eram, por isso, "livres" (freie). Liberdade é, por conseguinte, no seu entender, ao menos em uma de suas acepções, uma ausência de limitações na conduta humana, uma liberdade de coação de qualquer espécie (15).

O sentido é esse, embora a concepção de liberdade tenha sofrido variações, de tal forma que a idéia de liberdade no liberalismo, por exemplo, não corresponde com a do Estado intervencionista, que se ampliou em conteúdo, para, além de sua acepção original, traduzir as novas realidades da sociedade industrial deste século.

Chega-se a reconhecer várias espécies de liberdade, no sentido legal, como o faz *Franz Neumann*, classificando-as em: liberdade pessoal, liberdade política, liberdade econômica (liberdade de comércio e indústria) e liberdade social (16). A realidade social e econômica, que resulta do intervencionismo estatal, parece reduzir a liberdade a dois planos: o individual e o social, ou seja, a liberdade individual e a liberdade social.

O liberalismo procurava defender a liberdade como se ela fosse uma faculdade que outorgava a possibilidade de realizar o que individualmente parecia razoável. Era dado a cada indivíduo fazer o que lhe agradasse, sem que os seus semelhantes pudessem impedir o que ele fizesse, salvo quando os seus atos prejudicassem a outrem.

A liberdade assim concebida não se norteava por um critério objetivo, alheio à própria liberdade, já que esta era uma finalidade em si. A liberdade pessoal tinha um sentido negativo: era livre de toda limitação, de modo que não se impedisse ninguém de se comportar segundo os próprios gostos. Não se definia num sentido positivo, eis que

(15) Ralf Dahrendorf, *Sociedad y Libertad*, Madrid, 1971, pp. 321 - 322.

(16) Franz Neumann, *Estado Democrático e Estado Autoritário*, Rio de Janeiro, 1969, p. 40.

não se dirigia a um fim determinado pelas exigências da natureza humana.

O homem, para o liberalismo, era único princípio regulador, de sua conduta, do seu caráter, do certo, do errado. E foi essa a base filosófica que inspirou a concepção social e econômica do liberalismo. A liberdade individual seria responsável, por si só, pela "*ordem social natural*". Com a atuação livre e espontânea, sem obstáculos ao interesse pessoal, tornava-se possível criar a "*harmonia dos interesses de todos*".

Em sua concepção clássica, a liberdade se constituía para o indivíduo no direito de desenvolver sem obstáculos uma atividade física individual e moral, sem a interferência ativa dos demais ou do Estado.

A preocupação essencial do Estado Liberal de Direito consistia, sobretudo, em que o Estado não opusesse óbices, nem se constituísse em barreira para o livre exercício e desenvolvimento dos direitos do indivíduo, na crença de que o particular poderia por seus próprios meios alcançar plenamente sua liberdade para satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Ressalta Ivo Duchacek que as liberdades do século XX supõem um poder estatal maior, ao passo que, diferentemente, as liberdades dos séculos XVIII e XIX, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade do indivíduo, implicavam no desejo de um poder estatal menor ou de uma limitação da autoridade pública nessas áreas da vida social nas quais se necessitava da ação governamental. Ilustra a afirmativa comparando a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, que, de uma forma negativa estabelece que "*o Congresso não fará nenhuma lei... que diminua a liberdade de expressão, etc.*", com a exigência de uma ação positiva, que se depara na Constituição Indiana de 1949: "*O Estado dirigirá sua política até a consecução de que a propriedade e o controle dos recursos materiais da comunidade estejam distribuídos o melhor possível para servir ao bem comum*" (17).

As três clássicas liberdades individuais abrangiam as crenças religiosas, as necessidades econômicas e os objetivos políticos da classe média burguesa, que, ao princípio da Revolução Industrial se assentavam firmemente no poder.

A liberdade religiosa se traduziu no desejo do indivíduo de liber-

(17) Ivo D. Duchacek, *Drechos y Libertades en el Mundo Actual*, Madrid, 1976, pp. 85 - 86.

tar-se da tutela do clero e da coação sobre a sua consciência. O Direito de propriedade e a liberdade de contrato legitimaram a ordem econômica do "*laissez faire*", protegendo-a contra a intervenção estatal de tipo mercantilista. Já a liberdade política mostrou ser, por todos os modos, uma arma válida contra as repercussões dos privilégios feudais e da prerrogativa real, assim como uma útil defesa contra todos os grupos que disputavam o poder.

O catálogo clássico das liberdades civis caracterizou o marco ideal dentro do qual uma classe dominante pode montar uma estrutura social em seu próprio proveito.

O Estado constitucional se identificou com a aceitação dos direitos fundamentais clássicos pelos destinatários e detentores do poder, a tal ponto que nenhuma Constituição podia aspirar a ser uma verdadeira Constituição, se não unia a regulamentação da estrutura governamental com o elenco das liberdades clássicas.

As liberdades fundamentais clássicas se tornaram reconhecidas em quase todo o mundo a partir das grandes revoluções do século XVIII, no entanto o grau de seu reconhecimento de fato e de sua observância na prática difere de Estado para Estado. De certa forma, a proteção das liberdades fundamentais sempre dependeu da boa vontade e da autolimitação dos detentores do poder, o que, na verdade, não será mais do que débil proteção.

Como decorrência dos postulados liberais, as Constituições dos séculos XVIII e XIX faziam apanágio das liberdades individuais, da proteção da propriedade privada e dos direitos de participação democrática como condições prévias para assegurar o bem-estar individual e geral. As referências às questões sociais e econômicas, contudo, eram vagas e gerais.

Tal indiferença do liberalismo pelo reconhecimento dos "*direitos sociais*" é obviamente compreensível. Afinal, em sua acepção pura, o liberalismo proclamava que a melhor maneira de assegurar a felicidade dos indivíduos era deixá-los livres para escolher os caminhos que os levasse àquele objetivo. Mantinha-se a confiança em uma liberdade e em uma igualdade absolutas que se encarregavam de protegê-los contra as intromissões dos poderes públicos.

O liberalismo era assim tanto mais exigente no respeito às liberdades públicas quanto elas lhe pareciam melhor qualificadas para constriker o Estado a não ir além do seu papel de mantenedor da ordem e da segurança.

Observa, então Georges Burdeau que *"il en résulte que si le libéralisme se montre hostile à la reconnaissance des droits sociaux ce n'est pas en raison d'une cruauté systématique ni même d'un égoïsme de classe, c'est simplement parce que ces droits, ne pouvant s'exercer que grâce à l'intervention des gouvernants, postulent un élargissement des attributions de l'État que le libéralisme juge néfaste. C'est ce libéralisme axé sur un respect quasi superstitieux de la liberté qui explique l'attitude négative des hommes de la Révolution à l'égard des droits sociaux. Associée à leur optimisme qui se réclamait de la bienfaisance des lois naturelles, leur confiance en la liberté les incita à réduire au minimum les tâches de l'État"* (18).

Entretanto, o que se afigura indiscutível é que as liberdades humanas, que no liberalismo clássico protegiam a autodeterminação individual contra as intervenções do Estado, serviram, antes de tudo, aos interesses da classe média burguesa da primeira época do capitalismo.

A crescente industrialização, o aumento das cidades, as reivindicações sociais, começaram a exercer pressão sobre a força política dominante.

E então, as massas trabalhadoras da ordem social e econômica capitalista, submetidas às flutuações das conjunturas produzidas pelo sistema de demanda e de oferta com suas inevitáveis crises, passaram a exigir a segurança econômica para utilizar eficazmente os seus direitos políticos.

Os economicamente fracos clamavam proteção contra os economicamente poderosos; exigiam serviços públicos e medidas legislativas político-sociais para proteger-se da fome e da miséria, da enfermidade e da incapacidade de trabalho pela idade.

O Estado liberal, assinala *Napoleão Nunes Maia Filho*, sendo essencialmente formalista longe estava de realizar a liberdade em proveito de todos, pois a concretizava somente em favor de uns poucos. Por ser um Estado que timbrava em ser legal, essa preocupação tornou-se um fim em si e se exauriu na elaboração normativa, submetida a um rijo ritual, aferidor de sua compatibilidade material e formal com estatutos hierar-

(18) Georges Burdeau, *Les Libertés Publiques*, Paris, 1972, p. 373.

quicamente superiores. Essa a legalidade liberal. Essa a legalidade que não realizou a igualdade social (19).

Não resistindo à pressão crescente e para não se destruir sob o peso dos graves problemas sociais, o capitalismo de livre empresa se viu obrigado a aceder às reivindicações das massas para uma melhoria econômica. E já na metade do presente século, o Estado, com maior intensidade, foi conduzido à função de planificar, regular, dirigir, controlar e supervisionar a vida sócio-econômica.

Convém ainda lembrar que os direitos e as liberdades se valoraram de modo distinto, segundo a época ou a ideologia política imperante. No século XIX, as declarações de direitos se preocupavam notadamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. No século XX, ao contrário, a preocupação se orienta no sentido dos interesses coletivos de tipo social e econômico.

Adverte oportunamente Ivo Duchacek que o fato das Constituições contemporâneas costumarem acrescentar direitos econômicos e sociais e de elaborar em os direitos e as liberdades tradicionais com mais detalhe e amplitude, não deve levar à conclusão de que os direitos dos cidadãos e sua participação no Governo estão hoje mais seguros e são mais amplos do que durante a segunda metade do século XVIII. Em realidade, arremata, a lacuna existente entre a ficção e a realidade constitucional é muito maior do que nunca (20).

Assim, ao lado dos direitos de resistência, que impunham ao Estado limitações e que lhe compeliavam não intervir na ordem econômica e social, foram surgindo os "*direitos econômicos e sociais*", obrigando o ente estatal, não raras vezes, a criar serviços públicos para atendê-los (21).

Entra em cena o Estado intervencionista ou Social, como uma nova concepção do Estado, que abandona o seu papel passivo e inicia um processo ativo de participação na vida social e econômica.

(19) Napoleão Nunes Maia Filho, *A Herança Liberal e a Tentação Tecnocrática*, dissertação de Mestrado em Direito, Fortaleza, 1980, p. 121.

(20) Ivo D. Duchacek, *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*, Madrid, 1976, p. 86.

(21) Cf. J. Varela Feijoo, *La Protección de los Derechos Humanos*, Barcelona, 1972, p. 99.

Refere elucidativamente *Karl Loewenstein* que, se no individualismo clássico, o Estado era o inimigo contra o qual havia que defender as zonas protegidas da autonomia privada, sob a nova filosofia social o Estado se converteu no amigo que está obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. O coletivismo deixou de ser monopólio da doutrina socialista e deixou também de ser incompatível com o individualismo. O coletivismo e o individualismo convivem na sociedade, atualmente, lado a lado e frequentemente em plena concórdia. No seu entender, o resultado visível deste processo é que as exigências de uma maior segurança econômica e justiça social ficam concretizadas nos direitos fundamentais de conteúdo social e econômico. Estes novos "direitos" fundamentais se diferenciam essencialmente dos recolhidos pelo antigo catálogo liberal. Não estão destinados a garantir a liberdade frente ao Estado e a proteção contra o Estado, posto que são pretensões do indivíduo ou do grupo coletivo ante o Estado (22).

Com o intervencionismo estatal, com efeito, muita coisa mudou. O centro de interesses, em todas as atividades, não é mais o individual, mas o social. O conceito clássico de liberdade, se não ficou superado, teve agregado ao seu conteúdo os novos ingredientes econômicos e sociais que irão alterar a sua própria estrutura formal.

O tempo demonstrou sobejamente que somente o cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com a proteção do Estado, pode redundar em paradoxos, pois a sociedade, pelas diferenciações econômicas e sociais de seus integrantes, tende a acentuar continuamente as desigualdades, mediante um regime negativo de organização política, que se contenta com proteger os direitos de propriedade, liberdade, etc., como eles são, sem a preocupação de melhorá-los quando insuficientes. Será inócuo reconhecer a todos os indivíduos o direito de propriedade, a liberdade de trabalho, de aprender e ensinar, se as condições sócio-econômicas não permitem a alguns indivíduos a realização da oportunidade de se tornarem proprietários, da livre escolha da profissão ou de acesso aos mananciais de cultura.

O Estado intervencionista trata-se, assim, de uma forma de Estado que intervém ativamente a favor dos cidadãos, particularmente dos menos poderosos, dos que mais necessitam de sua ajuda. Seu campo de

(22) Karl Loewenstein, *Teoría de La Constitución*, Barcelona, 1976, pp. 400 - 401.

ação é especialmente econômico, afim de lograr a "liberdade da necessidade". Desde agora, a idéia central em que o Direito se inspira não é a igualdade das pessoas, mas a nivelção das desigualdades que entre elas existam: a igualdade deixa de ser, assim, ponto de partida do Direito, para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica (23).

Surge, então, no magistério de *Georges Burdeau*, uma nova interpretação da liberdade, numa completa oposição àquela que era tradicionalmente admitida. Apercebe-se de que, para a imensa massa dos seres humanos, a liberdade concebida como uma qualidade inerente à sua natureza é apenas uma prerrogativa estéril desde o momento em que eles não estão em condições de fruir efetivamente dela. Que importa que o homem seja livre de pensar se a expressão da sua opinião o expõe a um ostracismo social, que seja livre de discutir as condições do seu trabalho se a sua situação econômica o obriga a curvar-se à lei do empregador, que seja livre de organizar os seus ócios se a necessidade do pão quotidiano absorve todo o seu tempo, que seja livre de desenvolver a sua personalidade pela cultura e pela contemplação de um universo oferecido a todos se lhe falta materialmente um mínimo vital... ? O contraste entre a liberdade que a filosofia clássica reconhece à sua essência e a servidão quotidiana em que o mantém a sua existência conduziria assim a denunciar como um logro essa liberdade pretensamente inscrita na natureza humana. O que é verdade é que a liberdade não é um dom preexistente que é preciso proteger; é uma faculdade que deve ser conquistada. À noção de liberdade substituiu-se a expectativa de uma libertação (24).

A liberdade, no contexto do Estado Social, passa, então, a ser um direito a ser conquistado através do Estado. A concepção predominante, todavia, se volta para as novas liberdades centradas no campo econômico e social, que, de forma mais persistente, começam a exigir a intervenção estatal. Como resultado, reduzem-se ou eliminam-se algumas liberdades tradicionais, principalmente no terreno econômico. A preocupação com a liberdade econômica sobreleva a liberdade como elemento insubstituível da dignidade humana.

(23) Agustin A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1974, pp. III - 25 - 26.

(24) Georges Burdeau, *A Democracia*, Lisboa, 1975, pp. 13 - 14.

O fenômeno foi registrado com precisão por Huber: *"Hoje é a miúdo muito difícil demonstrar a pessoas de condição dependente o valor das liberdades individuais de caráter espiritual. Como ignorar que é muito mais difícil convencer-lhes do valor da liberdade econômica para a pessoa humana?"* (25).

Constata-se que as intervenções da autoridade pública na vida privada dos cidadãos ampliaram-se a um máximo, em vez de limitar-se a um mínimo, como advogava o capitalismo clássico do *"laissez faire"*.

Em consequência, a distribuição da forma mais igualitária da riqueza e da renda nacional influiu profundamente no alcance e na importância das liberdades individuais clássicas. As intervenções governamentais no processo econômico e a regulamentação estatal dos negócios e das empresas limitaram a liberdade de contrato e inclusive a ilimitada disposição da propriedade.

O Estado intervencionista, na busca de afirmar as suas concepções, procura ir ao encontro dos reclamos dos cidadãos mais necessitados, adotando medidas que repercutam muito além do estritamente econômico. O que se verifica, em contrapartida, é que o Estado não proporciona gratuitamente a sua ajuda econômica. Resulta desta, como ônus, uma razoável perda da liberdade humana. O fato, contraditoriamente, chega a revelar vestígios do antigo Estado absoluto.

Ressalta, entretanto, *Eros Grau*, não se poder esquecer que foram as medidas de intervenção do setor público sobre o processo econômico que permitiram a conservação do princípio da liberdade, de iniciativa, e que as correções operadas no mercado se fizeram para possibilitar a sua existência como instituição. A seu ver, essas medidas e correções funcionaram também como salvaguarda da liberdade (26). O intervencionismo se apresenta, então, como um recurso destinado a conciliar o capitalismo com as reivindicações sociais imprescindíveis no atual momento histórico.

Desta forma, é pouco provável que alguém considere que o abstencionismo do Estado seja o clima propício para o florescimento da liberdade. Ao que tudo indica ocorre precisamente o inverso, embora se oponham restrições ao excesso de intervencionismo.

Procura-se uma justificativa para a invasão do intervencionismo estatal em consideráveis zonas da liberdade humana, no entendimento generalizado e consciente da sociabilidade do homem, que, beneficiando-se da convivência com os seus semelhantes, não pode deixar de oferecer

(25) Citado por Mariano Baena de Alcazar, *Regimen Juridico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, p. 165.

(26) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 43.

o seu próprio tributo à sociedade, a título de compensação pelas vantagens recebidas.

A vida em sociedade, em si, já impõe necessariamente restrições, pois, na lição de *Ralf Dahrendorf*, todos os dados singulares da sociedade humana conduzem à sua base comum, ao fato mesmo da sociedade. O homem é um ente social. Ao mesmo tempo em que, conforme a sua natureza, vive em sociedade, somente pode auto-realizar-se por meio da sociedade. A existência social do homem é condição para a possibilidade de sua liberdade. Mas, ao mesmo tempo, sua existência social é condição para a possibilidade da falta de liberdade do homem; porque sociedade denota sempre coação e limitação. O ato de socialização é necessariamente um ato de submissão a regras, normas e controle (27).

Dá-se dizer que, modernamente, a concepção de liberdade, ao contrário de quando era concebida sob uma visão rigorosamente individualista, corresponde a uma visão social, pois o que se pretende é a liberdade do "homem social", integrado num meio social e convivendo com outros homens igualmente livres, resultando num entrelaçamento necessário, numa liberdade em comunhão (28).

Essa liberdade, construída sob uma visão social, não logra a sua realização enquanto não compatibiliza um elevado teor de segurança econômica para o indivíduo com o máximo possível de garantias de liberdade pessoal.

Torna-se imperioso que o Estado, sem negar a possibilidade de realizar a liberdade, assegure aos indivíduos as condições mínimas de subsistência, além de garantir-lhes a igualdade de oportunidades econômicas. Esta a liberdade que se pretende, que retempera e transmite energias novas, que garante oportunidades, e não conduz à degradação, à vida dos bairros miseráveis, à indigência de muitos, em contraste com a riqueza e o poder de poucos (29).

Para sua existência, limites de seu exercício, e adequação às exigências da organização social, necessariamente o poder público terá de lançar mão de certos controles. Nesse sentido, o planejamento, que não é com ela incompatível, se apresenta como técnica posta a serviço do ideal de assegurar a liberdade real do homem deste fim de século, colo-

(27) Ralf Dahrendorf, *Sociedad y Libertad*, Madrid, 1971, p. 347.

(28) Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *O Renascer do Direito*, São Paulo, 1976, pp. 62 - 63.

(29) Cf. W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, México, 1966, p. 498.

cando em primeiro plano os superiores interesses do ser humano (30).

O exame do problema da liberdade conduz, inevitavelmente, ao da igualdade, porque ambas guardam estreita conexão, como direitos fundamentais que se inscrevem nos textos constitucionais.

Assegura *Leslie Lipson* que, conquanto logicamente distintas, não podem, de um modo significativo, ser tratadas separadamente. Quando uma delas — a liberdade ou a igualdade — é examinada, a análise projeta sua sombra na outra (31). Daí justificar-se uma ligeira apreciação sobre a questão. Enfim, como diz *Pablo Lucas Verdú*, sem igualdade muito poucos seriam livres e então não se poderia dar a democracia nem a participação, de sorte que a igualdade vem a ser o princípio que generaliza as liberdades (32).

Na atualidade, anota *Pablo Lucas Verdú*, há que relacionar a exigência do bem-estar geral conectada com o chamado "welfare state" com o princípio da igualdade substancial. O atual Estado Social de Direito se fundamenta nesse tipo de igualdade. Sem ela grandes estratos sociais ficam fora da convivência; sem ela não é possível a dignidade humana, nem o pleno desenvolvimento da pessoa humana. É mister que não somente reine o princípio da igualdade nas relações intersubjetivas contempladas abstratamente, como também que prime nas formações sociais donde se desenvolvem grande parte da vida dos sujeitos (33).

A igualdade, consoante o ponto de vista de *Colliard*, tem um valor fundamental num sistema de liberdade públicas. De fato, somente a igualdade permite a aplicação geral do princípio de liberdade. Se a liberdade não é acessível a todos não há liberdade. A igualdade, para o mestre francês, surge assim de uma maneira geral como a base das liberdades. Mas a igualdade sobreleva também como permitindo a realização de uma liberdade (34).

Merecem ser lembradas, por sua pertinência ao assunto, as judiciosas observações de *Ralf Dahrendorf*: "*Sempre que o particular se esforça em acomodar completamente sua conduta à de seus vizinhos subordina sua forma de existir à tirania igualitária da sociedade. Trans-*

(30) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 44 - 45.

(31) *Leslie Lipson*, *A Civilização Democrática*, Vol. II, Rio de Janeiro, 1966, p. 658.

(32) *Pablo Lucas Verdu*, *Curso de Derecho Político*, Vol. III, Madrid, 1976, p. 107.

(33) *Pablo Lucas Verdu*, op. cit., pp. 102 - 103.

(34) *Claude-Albert Colliard*, *Libertés Publiques*, Paris, 1975, p. 203.

forma-se em tabu o elemento da liberdade e a igualdade da natureza humana com respeito aos modos de existência: as disposições, desejos e interesses pessoais se reprimem, ficam sem desenvolvimento para dar satisfação às pretensões da sociedade. Entre a (possibilidade) liberdade de todos e a igualdade do caráter social não existe, portanto, nenhum elo de união. Os homens podem ser livres na medida em que podem ser desiguais em seu caráter social; os homens não são livres na medida em que igualam seus caracteres sociais. Entre todos os conceitos possíveis de igualdade contém o da igualdade do caráter social a ameaça pior e mais clara contra a oportunidade da liberdade humana: "A tese de que os homens foram criados livres e iguais é a sua vez verdadeira e enganosa: os homens foram criados distintos; perdem sua liberdade social e sua autonomia individual quando intentam igualar-se uns aos outros" (35).

Depreende-se, então, que toda igualdade que persegue a nivelção ou padronização dos modos de existência humana não se harmoniza com a oportunidade da liberdade.

Mas, de outro lado, não escapa à observação que a liberdade pode criar entraves à vigência da igualdade. É o que se dá na passagem da sociedade liberal individualista à sociedade democrática do bem-estar geral. Como resultado, algumas liberdades parecem converter-se em privilégios de classe que estorvam o necessário desenvolvimento social, dificultando exatamente a propagação da liberdade.

A ausência de generalização da liberdade, se produz efeitos injustos e intoleráveis, o predomínio extremado da igualdade conduz à perda da liberdade, inclusive da mesma igualdade, já que a igualdade absoluta é inconveniente e impossível. Dessarte, se a igualdade corrige as tendências abusivas da liberdade, esta última modera aquela na medida em que serve de incentivo e permite a consolidação de uma autêntica democracia que respeita os direitos da pessoa (36).

Há, em suma, entre igualdade e liberdade uma relação de complementariedade, porque as liberdades sem o princípio de igualdade dege-

(35) Ralf Dahrendorf, *Sociedad y Libertad*, Madrid, 1971, pp. 352 - 353.

(36) Pablo Lucas Verdu, *Curso de Derecho Político*, Vol. III, Madrid, 1976, pp. 107 - 108.

neram em privilégios, e a igualdade sem liberdade seria opressiva (37).

Um outro ponto a considerar, pelos seus reflexos sobre a liberdade, é o da socialização do Direito, que está implicada no intervencionismo estatal.

Parece indiscutível que o abuso da socialização tem os mais graves inconvenientes, porque a tendência socializadora, sobretudo em sua forma mais frequente, que é a estatal, tem como inevitável seqüela uma crescente intervenção do Poder Público em todas as zonas da vida, a qual pode conduzir para a despersonalização do homem. E toda socialização, mesmo sendo espontânea e extra-estatal, se não se aplica com muita prudência e em termos de justiça, pode levar consigo um risco de debilitação dos valores humanos (38).

A socialização do Direito e o intervencionismo estatal, atesta *Caio Tácito*, tendem, aparentemente, a reforçar o princípio da autoridade em detrimento da liberdade, quando em verdade somente se tornam legítimas quando procuram tornar efetivos os direitos individuais e sociais assegurados aos cidadãos (39).

É por demais evidente que, frente a dificuldade e complexidade da vida contemporânea, pouco ou nada pode fazer o indivíduo isolado. Porém, o que há de se evitar é a socialização em demasia, e, para isso, para que se tolham os impulsos negativos, imprescindível se torna a compatibilização dos direitos individuais com as exigências sociais.

Os horizontes que se descortinam para a liberdade não são, todavia, muito promissores.

O sistema econômico capitalista, na sua evolução do Estado liberal para o Estado intervencionista, proporcionou para o homem sensíveis conquistas no campo da liberdade, ampliando o seu conteúdo, dando-lhe uma sensação de independência e liberando-o de seus grilhões tradicionais.

Contudo, com o extraordinário crescimento e expansão do capitalismo, o desenvolvimento da sociedade industrial e tecnológica, aos poucos vai criando novas formas de dependência e sujeição, que, gradativamente, estão eliminando as faixas de liberdade duramente conquistadas ao longo do tempo.

Instala-se o isolamento e a angústia. O homem se sente só, prisioneiro, desprotegido, um instrumento a serviço da imensa engrenagem econômica que ajudou a construir.

(37) Pablo Lucas Verdu, op. cit., p. 109.

(38) José Castan Tobefias, *La Socialización del Derecho y su Actual Panorámica*, Madrid, 1965, pp. 54 - 55.

(39) Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 366.

O quadro é descrito, pateticamente, por *Erich Fromm*: "O homem construiu seu mundo: ergue fábricas e casas, produz automóveis e roupas, cultiva grãos e frutos. Porém, alienou-se do produto de suas próprias mãos, não é mais, de fato, o senhor do mundo que construiu; pelo contrário, este mundo-feito-pelo homem converteu-se em seu patrão, ante o qual se inclina, a quem tenta apaziguar ou manipular da melhor forma que lhe é possível. A obra de suas próprias mãos passou a ser seu Deus. Ele parece ser impelido pelo interesse próprio, mas na realidade seu eu total, com todas as suas potencialidades, tornou-se um instrumento para os fins da própria máquina construída por suas mãos" (40).

Acrescenta ainda *Erich Fromm*, que só se o homem dominar a sociedade e subordinar a maquinaria econômica aos fins da felicidade humana, participando ativamente, ele mesmo, do processo social, poderá superar o que agora o leva ao desespero — sua solidão e seu sentimento de impotência. Atualmente o homem não sofre tanto por causa da pobreza quanto pelo fato de ter-se tornado um dente de engrenagem de uma vasta máquina, um autômato, e de sua vida ter ficado vazia e perdido seu significado (41).

O Leviatã ressurgiu ameaçador, forte, poderoso e pode destruir os que se oponham aos seus desígnios. Na expressão de *César Crissiúma de Figueiredo Jr.*, "um Leviatã cibernético à disposição das classes tecnoburocráticas" (42). De fato, no sistema tecnoburocrático, a dignidade da pessoa humana é relegada a segundo plano, de tal modo que não crie perturbações ao funcionamento do todo.

Adianta *César Crissiúma de Figueiredo Jr.*, que nos sistemas tecnoburocráticos as liberdades individuais estão perdendo parte de seu conteúdo tradicional. Ressalta, no entanto, que o esvaziamento do conteúdo das liberdades tradicionais não é o resultado único da cosmovisão tecnoburocrática dominante. Está é responsável também pela diminuição progressiva da importância política dos governantes, e do papel exercido pelos indivíduos no processo de participação política, tanto para eleição dos representantes, como com relação ao controle da política desenvolvida (43).

(40) *Erich Fromm*, *O Medo à Liberdade*, Rio de Janeiro, 1978, p. 101; cf. *Maurice Duverger*, *Introdução à Política*, Lisboa, 1964, pp. 289 - 291.

(41) *Erich Fromm*, *op. cit.*, p. 218.

(42) *César Crissiúma de Figueiredo Jr.*, *A Liberdade no Estado Contemporâneo*, São Paulo, 1979, p. 105.

(43) *César Crissiúma de Figueiredo Jr.*, *op. cit.*, pp. 108 - 111.

O desenvolvimento da sociedade, graças aos avanços tecnológicos, as conquistas científicas, são, todavia inquietantes. Esses adiantamentos alcançados no domínio da ciência, que no seu objetivo inicial tiveram em mira a substancial elevação do nível de vida do homem e que por ele foi criado, não pode servir para sufocar os seus irrecusáveis anseios de liberdade. É um paradoxo inconcebível.

Não se há de partir, porém, para a adoção de soluções extremadas. Concorde-se que a asserção de *J. K. Galbraith*, com realismo, traduz apenas uma face da questão: *"Defende-se melhor a liberdade pessoal e persegue-se melhor a salvação espiritual quando se tem o estômago cheio. Numa sociedade pobre, a economia não representa tudo na vida, porém, como questão prática, representa a maior parte dela"* (44).

Mas, não se pode admitir o aumento das satisfações materiais à custa da liberdade e da dignidade, sacrificando não raro as instituições jurídicas e políticas mais apreciadas pelos indivíduos ou mesmo destruindo o seu aperfeiçoamento.

Ninguém ignora que a dignidade e a liberdade não são necessidades que se bastem com bens materiais como os que constam do produto nacional, mas, talvez poucos discordem, que são muito mais valiosas do que as que se satisfazem com os bens que nele se incluem.

Faz-se indispensável, na reconquista do horizonte perdido, uma tomada de consciência das necessidades de que não pode prescindir a espécie humana, de forma a possibilitar que o homem, consciente de suas potencialidades, tenha condições de formular e criar um universo em que as pessoas não se despojem do que tem de espontâneo e de sua própria individualidade.

Observa *César Crissiúma Figueiredo Jr.*, que o problema da liberdade leva a uma reflexão que vai além da análise da estrutura econômica, social e política da sociedade, uma vez que o problema humano dentro da civilização atual como um todo é mais profundo, pois decorre do modo de se encarar a vida, da cosmovisão que faz com que o ser humano aceite por si mesmo condições alienantes de vida. Nesse sentido, o problema da liberdade não é apenas social mas também psicológico. Desse modo, uma correta adequação da liberdade na sociedade não pode se limitar a reorganizar apenas os arranjos institucionais, mas deve possuir também um caráter terapêutico, que permita à liberdade huma-

(44) John Kenneth Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, São Paulo, 1977, p. 387.

na criar uma sociedade na qual o homem possa viver sem deixar linhas a serem vividas (45).

O destino da liberdade, no Estado Social de Direito, no dizer de *Pablo Lucas Verdu*, parece ser este: um alargamento dos direitos humanos que possuem fundas raízes espirituais e uma consideração dos direitos econômicos, como autênticos deveres que obrigam em virtude do bem comum, cujo sacrifício, em determinados casos, deve ser regulado juridicamente e decidido pelo consentimento dos governados (46).

Assim, o caminho, como se pensa, não será separar o individual do social, nem, muito menos, enfraquecer nenhum dos dois aspectos, mas harmonizá-los, dispensando-lhes um reforço mútuo. E a missão reservada ao Direito do Estado Social será a de assegurar a consagração do princípio da liberdade, cada vez mais imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, enriquecendo-o com a compreensão da sua interdependência social.

3. O DIREITO COMO CONFORMADOR DA ORDENAÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA

Tem-se como inquestionável que o Direito está estreitamente relacionado com a eterna busca de ordem pelo homem, de regularidade, estabilidade e previsibilidade nas suas relações sociais.

Na realização desse anseio fundamental das criaturas humanas, onde haja unidades de organização social, os homens, persistentemente, tem procurado impedir o caos desordenado, com o estabelecimento de uma forma qualquer de ordem em que seja possível assegurar a existência.

Como resultante da própria matéria que compõe a natureza humana, a ordem representa um importante papel na vida dos seres humanos. A vida dos homens obedece a hábitos de proceder, que impõem e organizam suas horas de atividade e de lazer.

As sociedades, dependendo da coexistência e da cooperação, revelam uma forte tendência para a adoção de regras pacíficas de organização. E quanto mais se desenvolvem, e se tornam populosas, diversificadas e complexas, a medida de controle social regulamentar tende a aumentar e intensificar-se.

(45) César Crissiúma de Figueiredo Jr., *A Liberdade no Estado Contemporâneo*, São Paulo, 1979, p. 145.

(46) Pablo Lucas Verdu, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, p. 109.

Edgar Bodenheimer salienta, a propósito, que, sem certo grau de regulamentação por meio de institutos jurídicos, a vida em sociedade dificilmente seria tolerável. Se as ações humanas fossem inteiramente sujeitas às vicissitudes do acaso, se não se fizesse nenhuma tentativa para mitigar o impacto das numerosas irracionalidades e imprevisibilidades inerentes à vida humana, o avanço para formas superiores de civilização seria impossível. Uma vida social desregrada seria tão insuportável quanto um universo físico caótico. A totalidade das experiências psicológicas e históricas autoriza plenamente a conclusão de que uma forma qualquer de ordem jurídica, que mantenha unidas as sociedades humanas, constitui uma irrecusável exigência da coexistência humana (47).

A disciplina jurídica da vida social, no entender de *Dalmo Dallari*, é uma necessidade da própria natureza humana, pois os homens tem diferentes opiniões e aptidões, gerando preferências diversas, muitas vezes até conflitantes, sendo necessária a existência de normas sociais que possam ser impostas à obediência de todos. E acrescenta, que, quando se fala em disciplinar pelo Direito, isto significa estabelecer uma ordem dinâmica, que compreenda uma organização fundamental, mas que inclua nessa organização mecanismos que assegurem permanentemente a possibilidade de mudanças sociais (48).

O Direito, portanto, diz respeito a uma convivência ordenada, porque nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem. Daí o velho brocardo: "*ubi societas, ibi jus*", do qual se infere ser inconcebível uma atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, como, igualmente, qualquer regra jurídica que não corresponda à vida em sociedade.

Não sendo apenas condicionado pela realidade social, o Direito é também fator condicionante dessa mesma realidade e, os fatos econômicos, embora exerçam maior ascendência, recebem igualmente a influência do Direito.

Sem cair na equivocada absolutização marxista dos fatores econômicos e mesmo reconhecendo a poderosa influência desses fatores na configuração dos conteúdos jurídicos, *Carlos Otero Diaz* afirma que, com respeito aos fenômenos jurídicos com um substrato econômico é

(47) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 190.

(48) Dalmo de Abreu Dallari, *O Renascer do Direito*, São Paulo, 1976, p. 15.

inquestionável a asserção de *Marx*, de que o econômico prima sobre o jurídico. Contudo, admite que suas afirmações são falsas quando nega ao Direito todo poder de reação, pois, a seu ver, o Direito influi sempre sobre a vida econômica, em sentido favorável ou adverso, segundo as medidas jurídicas adotadas sejam oportunas ou impertinentes (49).

O próprio desenvolvimento científico e tecnológico é, por sua vez, condicionado pela variada legislação que, dominando toda atividade educacional da sociedade, nos seus diversos níveis e setores, regula a atribuição de recursos, as atividades de pesquisa, o regime de sua administração e a sua propriedade, assim como a aplicação final dos resultados do conhecimento científico.

É assim o Direito o instrumento institucionalizado de maior importância para o controle da vida social e econômica. Por isso, considera *Friedmann* que, "*para bien o para mal, el poder creador y moldeador del derecho nunca ha sido mayor que en nuestra sociedad, en tan alto grado articulada*" (50).

O Direito é, pois, instrumento para a distribuição racional e a limitação do poder na sociedade, e realizando essa difícil tarefa, contribui substancialmente para a paz e a segurança da existência (51). É um veículo de organização social, reunindo um conjunto de normas que regulam e asseguram a preservação das condições de existência do homem em sociedade.

No mundo de hoje, e cada vez com mais intensidade, a lei é também o meio de reforma social, o meio através do qual o Estado intervém para transformar situações ou realidades que considera inadequadas. Para *Angel Latorre*, a lei tem uma função "*programática*", no sentido de assinalar metas e objetivos para o futuro, a fim de configurar novas relações sociais. Admite ele que a política social e econômica que caracteriza o Estado moderno só pode levar-se a cabo pela via da legislação (52).

A Primeira Guerra Mundial, que permitiu o crescimento do intervencionismo estatal nas atividades econômicas, também veio a ensejar substancial alteração nas funções do Direito.

(49) Carlos Otero Diaz, *La Influencia de la Economia en el Derecho*, Madrid, 1966, p. 107.

(50) W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, Buenos Aires, 1966, p. 17.

(51) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 290.

(52) Angel Latorre, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1978, p. 78.

Em consequência, o Direito passou a ser concebido não apenas como um meio idôneo para a harmonização de interesses, mas como um instrumento de intervenção social e econômica. Estruturadas a partir da necessidade de implementarem-se correções ao regime liberal, normas jurídicas da mais variada ordem e natureza são lançadas sobre a comunidade, ora para dar legalidade à atuação do Estado como agente econômico, ora para dar conformações específicas à atividade econômica. Esta, agora, visivelmente, é que passa a ser condicionada — quando não determinada — pelas normas jurídicas, seguindo-se, porém, processos circulares, de “feedback” que encaminham, continuamente, a elaboração de novas normas jurídicas (53).

As normas jurídicas, na expressão de *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, ganham um caráter de ferramenta, já não apenas voltadas à mera harmonização de interesses, mas transformadas em instrumentos para a obtenção de determinados objetivos materiais (54).

Pode-se dizer, então, que, com a intensificação do intervencionismo estatal nas relações econômicas, sem embargo de algumas poucas restrições nascidas de posições mais extremadas, o Direito assume a condição de valioso e acreditado instrumento conformador da ordenação social e econômica.

Em tal linha de raciocínio, anota *Fernando Conesa* que a lei continua sendo a norma geral de superior categoria hierárquica; e a ela deve submeter-se o Poder Público. Porém a função da lei também varia; antes, significava liberdade, porque se ditava para defini-la e protegê-la, e agora o Direito tem um papel de “conformador social”, com o que a lei passa a ser um “instrumento técnico de racionalização”. Dela se serve o Estado para construir uma sociedade mais justa e enfrentar os problemas dos governados para tratar de solucioná-los; ou seja, converte-se num meio da ação estatal, deixando de ser um meio de defesa frente a ele (55).

De outro lado, o Direito pode apresentar-se como um meio para canalizar determinadas exigências de tipo valorativo frente à realidade econômica, ante as quais esta deve submeter-se. Ditas exigências podem ter por objetivo corrigir determinados excessos ou defeitos do funcio-

(53) Eros Roberto Grau, *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*, Revista dos Tribunais, no. 519, Janeiro/79, p. 18.

(54) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, São Paulo, 1968, pp. 228 - 229.

(55) Fernando Conesa, *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*, Madrid, 1978, pp. 88 - 89; cf. Andrés Ollero, *Derecho y Sociedad*, Madrid, 1973, pp. 116 e 118.

namento do sistema econômico. As imperfeições da economia de mercado explicam a introdução de normas sobre controle de preços, impostos, subsídios e expropriações, assim como a regulamentação da produção de bens coletivos e serviços públicos e privados pela iniciativa particular, ou de efeitos negativos desta sobre o bem-estar comum (56).

O problema da intervenção do Estado nas relações negociais, aponta *Pietro Barcellona*, trata-se de uma das mais significativas manifestações da nova função do Direito e dos encargos impostos ao legislador pelas transformações sociais advindas com ritmo sempre mais intenso nos últimos decênios.

Considera o mestre italiano que a intervenção do Estado, nas relações entre particulares, assinala, de fato, a linha de demarcação entre a tradicional visão do ordenamento, como sistema dos limites postos à disposição de cada um pelo respeito da alheia esfera jurídica, e a mais recente e realista concessão do direito como elemento constitutivo e como fator institucional da vida econômica e social. Da mesma forma neutra, suscetível de assumir os mais diversos conteúdos, o Direito vem passo a passo assumindo sempre mais fortemente o rol de elemento determinante pelas realizações de mais amplas relações sociais e de instrumento essencial pela instauração de um justo equilíbrio entre as diversas forças econômicas operantes no contexto social (57).

Evidencia-se, a cada dia que passa, a importância do sistema normativo como fator institucional da vida econômica, de tal forma a se tornar quase impossível a consumação dos processos de intervenção, exigidos pela conjuntura econômica, sem a disponibilidade dos mais diversos mecanismos legais que os instrumentem. E daí a inadiável necessidade de legislar profusamente em matéria econômica.

Ainda que a generalidade dos economistas relutem em admiti-lo, ressalta *Eros Grau*, as iniciativas econômicas e a ordenação do processo econômico, praticadas pelo setor público, apenas se tornam eficazes quando consubstanciadas em atos ou em normas jurídicas. É através de

(56) Eduardo White, *El Derecho Economico en America Latina*, Caracas , 1977, p. 17.

(57) Pietro Barcellona, *Intervento Statale e Autonomia Privata nella Disciplina dei Rapporti Economici*, Milano, 1969, pp. 3 - 4; cf. Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 31.

leis, que assim ganham um "um caráter de ferramenta", que se processa o intervencionismo, definindo-se neste regime, de maneira incisiva, uma relação de condicionamento recíproco entre Direito e Economia. Destaca ainda, que da política de intervencionismo econômico brota a capacidade normativa-de conjuntura, como resultante da necessidade de o Estado orientar e dar correção a desvios ocorridos no rumo do processo econômico (58).

Na esteira das transformações que alcançaram o Direito, proporcionadas pelo intervencionismo econômico, encontram-se os germes que marcam o surgimento do Direito Econômico, abrangente das normas jurídicas que regulam e instrumentam a política de intervenção do Estado no domínio econômico, antes circunscrita às preocupações financeiras.

As novas funções do Direito, introduzidas pelo intervencionismo estatal, no âmbito econômico, podem ser constatadas no ordenamento constitucional brasileiro.

Como já se teve oportunidade de referir, o Estatuto constitucional brasileiro em vigor, a denominada Emenda Constitucional n.º 1/69, no caput do art. 160, inscreve o desenvolvimento nacional e a justiça social como os fins de sua ordem econômica e social.

Vislumbra-se, então, com a elevação do desenvolvimento a princípio constitucional, um duplo sentido: o direcionamento da política econômica para a meta desenvolvimentista e a nova postura do Direito, que se converte em instrumento conformador da ordem social e econômica. Tendo sido já objeto de apreciação o primeiro aspecto, volta-se para o exame do último.

Desta forma, com o desenvolvimento alçando-se à condição de princípio constitucional, sobressai para estudo o interesse pelas novas funções que vai desempenhar o Direito, conferindo-lhe uma dimensão mais dinâmica, ao contrário do caráter estático que se lhe atribuía no passado.

Na lição oportuna e elucidativa de *Eros Grau*, a partir da consagração do ideal social do desenvolvimento — inscrito na vigente Constituição Federal, no seu art. 160, como princípio dominante da ordem econômica e social — pode e deve, necessariamente, ser o Direito con-

(58) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 68 - 69.

cebido como instrumento propulsor de mobilidade social (59).

O Direito, inspirando-se no ideal do desenvolvimento, torna-se uma força viva e atuante dirigida à realização de semelhante objetivo da ordem econômica constitucional.

Na verdade, a ação estatal, sujeitando-se ao princípio de legalidade, leva a entender-se o Direito como instrumental para a realização do desenvolvimento. Move-se todo o Direito, nos dias que correm, em perseguição ao Desenvolvimento. Não se trata, contudo, da adoção de uma postura tópica, que suponha a existência de um novo ramo do Direito, a que se denominaria Direito do Desenvolvimento, mas da verificação de que normas contidas em todos os ramos do Direito, em especial as do Direito Econômico, estão voltadas à consecução daquele ideal, abandonando-se posições que apenas divisavam no Direito o objetivo de preservação da ordem (60).

A adoção do ideal do desenvolvimento como programa constitucional, portanto, permite a efetiva constatação de que o primado do Direito não significa mais um princípio estático da manutenção do "*statu quo*", mas sim a mola propulsora do bem-estar social, de caráter eminentemente dinâmico, visando estabelecer condições econômicas, sociais e culturais, que permitam ao indivíduo e ao Estado a realização de suas mais legítimas aspirações e assegurem o respeito à dignidade humana (61).

O Direito, em toda essa transfiguração, assume um caráter dinâmico e instrumental e passa a se orientar no sentido de definir e regular a política social e econômica. Trata-se, por certo, de uma função nova do Direito do Estado Social. E, nessa perspectiva, importante missão caberá ao Direito Político, como ponto de confluência da ciência jurídica e da Política, cuidando não apenas dos processos interventivos, mas da programação e regulação do bem-estar social em todas as raias do Direito.

4. AS REALIDADES JURÍDICAS EMERGENTES

As transformações econômicas e políticas que se processaram com a decadência do regime liberal modificaram grandemente a consciência jurídica dos povos cultos, despertando idéias de valor diferente e, de certa forma, em oposição às que vieram a se traduzir nos Códigos elaborados sob a influência da política econômica intervencionista que se

(59) Eros Roberto Grau, Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento, Revista dos Tribunais, n.º. 519, janeiro, 1979, p. 19.

(60) Eros Roberto Grau, op. cit., p. 19.

(61) Arnold Wald, O Direito do Desenvolvimento, Revista dos Tribunais, n.º. 383, setembro, 1967, p. 10.

propagou pelo mundo ocidental no começo deste século.

Repercutiram intensamente as novas idéias na ordem jurídica, principalmente no âmbito do Direito Privado, onde o impacto chegou a abalar os seus próprios fundamentos, que, como consequência de uma orientação social e ética vigorosa, sentiu a erosão de seus princípios básicos, de tal modo a impor a reformulação de muitos conceitos e diverso tratamento a variadas relações jurídicas.

Na verdade, as transformações foram favorecidas pelo clima desenvolvimentista de que estavam imbuídos os povos, após o término da Primeira Guerra Mundial e, por isso mesmo, ganharam ressonância e foram se alastrando por todo o território do Direito.

Para *Orlando Gomes*, um povo que está se desenvolvendo passa a adotar novos valores como fins da ação social e busca, para a sua consecução, normas que estimulem o processo do desenvolvimento. No entender do notável jurista baiano, as transformações tendem a se institucionalizar. O processo social procura sua disciplina em um novo sistema de normas. O ordenamento jurídico, porque regula a conduta dos homens na sociedade, constitui, sob o ponto de vista institucional, o principal fator de influência no processo de desenvolvimento, visto que o sistema legal pode favorecê-lo ou dificultá-lo.

Observa que, no curso do desenvolvimento, as transformações tendem à institucionalização, e no setor do ordenamento jurídico velhos institutos remodelam-se ao lado de novos, que acabam por se impor. Desta forma, desencadeia-se um movimento reformista que visa a substituir ou adaptar as instituições vigentes às novas condições, tornando-as compatíveis com o esforço desenvolvimentista (62). O ordenamento jurídico brasileiro, aliás, não ficou imune a essa atmosfera reformista.

As novas estruturas que surgiram correspondem a um sistema econômico antagônico ao do modelo liberal. Os traços fundamentais dessa estrutura são, em síntese, o enfraquecimento da distinção do Direito Público e do Direito Privado e a formação de um Direito da organização da economia que enquadra e disciplina, em novas fórmulas, as relações patrimoniais individuais (63).

(62) Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, pp. 45 - e 48.

(63) Orlando Gomes e Antunes Varela, *op. cit.*, p. 188.

Ressalta *Eduardo White* que a resistência dos velhos princípios do Direito que serviram como baluarte do *statu quo* liberal começou a ceder. O formalismo e a segurança jurídica, a preeminência dos direitos naturais, a autonomia da vontade, a independência das pessoas morais, a igualdade de tratamento, a dicotomia, de Direito Público-Direito Privado, e outras pautas normativas clássicas, perderam a significação como regras de jogo da vida econômica (64).

Alguns autores chegam a constatar que a crise do sistema global do jurídico normativo que se vai impondo nas últimas décadas obedece à grande corrente de transformação e conflitos emergentes da realidade mundial e que tem por protagonista essencial o despertar da consciência dos povos que enxergam precisamente no modelo de crescimento vigente, o principal obstáculo para alcançar níveis adequados de vida e progresso (65).

Mas, o que importa destacar é que a participação do Estado no processo econômico, quer como o norteador do seu desenvolvimento, quer como um de seus mais expressivos agentes, pôs em risco a tradicional divisão do Direito em público e privado, face à interpenetração destes setores, com a perda pelo Estado e indivíduo de seus velhos monopólios sobre as atividades públicas e privadas.

Vital Moreira considera que a distinção Direito Público-Direito Privado é tipicamente uma formação oitocentista; resulta de a sociedade e ao Estado se terem atribuído dois domínios distintos com objetivos diversos. As relações sociais, as relações entre os indivíduos, estão fora da preocupação do Estado, são o mundo das relações de coordenação entre indivíduos, colocados em posição de igualdade.

Aduz o mestre lusitano que ao Estado, titular do poder de manutenção da ordem pública e do interesse geral, compete-lhe fazer vingar contra os indivíduos as pretensões derivadas daquela competência. Neste esquema a distinção aparece clara e nítida. Contudo, produto da economia "*laissez-faire*", compreende-se que a distinção começasse a sentir-se em dificuldades quando a distinção dos domínios de atuação do Estado e da sociedade se foi tornando menos nítida, nomeadamente, quando o Estado vai estender a sua atividade no e sobre o domínio econômico e social, e, ainda mais, quando o vai fazer sem recorrer ao arsenal de meios de "império" de que se dotara para realizar as suas

(64) Eduardo White, *El Derecho Economico en America Latina*, Caracas, 1977, p. 104.

(65) Jorge Witker, *O Direito na América Latina*, Coimbra, 1975, p. 12.

anteriores funções. Se não se pode afirmar que a distinção Direito Público-Direito Privado tem apenas interesse histórico — até porque nada exige que instituições ou categorias jurídicas percam validade só porque se alteraram as condições econômicas e sociais em que surgiram — não restam dúvidas de que essa distinção pelo menos perdeu muito da sua certeza inicial (66).

É de toda evidência, assim, com o Poder Público, marcando presença decisiva na condução da atividade econômica, e com a adoção de formas mais flexíveis do Direito Privado, que a distinção clássica entre Direito Público e Direito Privado, perde-se a cada dia em significação.

Não há como deixar de admitir que, independentemente de ideologias políticas, os fins da ação social do Estado mudaram, alterando-se também os meios, de sorte que foram atingidos os princípios nos quais se apoiava a sociedade organizada segundo o Direito, substituídas algumas estruturas jurídicas, introduzidas várias técnicas novas, e modificada a função de velhos e tradicionais institutos e formas jurídicas (67).

O intervencionismo econômico, desta forma, contribuiu para grandes modificações na ordem jurídica, propiciando o surgimento de novas situações, fora dos modelos e instituições ortodoxas, e, ademais, tornou-se o responsável pelo nascimento de outros tantos ramos do Direito, antes ignorados e que hoje ganham espaço e existência própria sob os reclamos de uma realidade social e econômica cada vez mais complexa.

As repercussões da ação estatal nas relações econômicas se fizeram sentir nos diversos ramos do Direito. Constata-se no Direito Constitucional contemporâneo, sobressaindo o fenômeno de concentração do poder, que se institucionaliza num reforço crescente do Poder Executivo em prejuízo de uma participação mais efetiva do Poder Legislativo. Semelhante tendência se reflete na amplitude e ênfase aos conceitos de direitos humanos e em temas controvertidos como a relação entre planificação e liberdade. Acrescente-se ainda a ampliação do conceito de soberania, como resultante dos processos de integração econômica e do surgimento de diversas associações ou comunidades, em razão da necessidade de se adaptarem os Estados, nas suas relações internacionais, às

(66) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 93 - 95.

(67) Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 19.

circunstâncias econômico-políticas.

No Direito Privado, particularmente no Direito Civil, onde se fez mais sentir, a influência do intervencionismo econômico, cumpre destacar as modificações substanciais a partir da própria Teoria Geral do Direito e pronunciando-se nos institutos civilistas a começar do direito de propriedade, do abuso de direito, da teoria da imprevisão e a extensão cada vez maior dos contratos de adesão, permitindo até a estruturação de uma teoria institucional do contrato. Surgem outras figuras negociais, como os contratos coletivos, os contratos normativos, os contratos coativos, os contratos-tipo, os contratos necessários, etc.

Para o desempenho de sua política interventiva e sua participação mais ativa na vida econômica e social, o Estado se vale do Direito como uma técnica propulsora do desenvolvimento econômico. Adaptam-se importantes institutos jurídicos à política econômica estatal, destacando-se a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que, com a substituição de princípios ultrapassados, são inseridos no sistema jurídico novas técnicas e outras figuras mais compatíveis com o ambiente social e econômico.

Tais modificações, no entanto, não foram produto do acaso e nem um capricho da imaginação criadora dos homens do Direito. Ao contrário, são uma consequência normal do próprio desenvolvimento experimentado pela sociedade, no aspecto político, econômico e cultural. Mediante uma detida análise das "normas interventivas" chega-se à convicção de que as velhas estruturas e formas não se prestam ao enquadramento dos novos tipos de interesse, resultando desse desajustamento a superação ou o esvaziamento de clássicos instrumentos do Direito Privado (68).

Em espaço tão reduzido não se poderia apreciar todas as alterações e evoluções que se produziram nas lindes do Direito, razão pela qual, numa visão particular, sem a pretensão de abrangência ou exaustão da matéria, far-se-á um exame aligeirado de algumas das realidades jurídicas emergentes. E realidades que vicejaram à sombra do intervencionismo econômico.

Há de se observar, inicialmente, que a mudança de comportamento do Estado, ao abandonar o modelo liberal, conduziu a três consequências na ordem jurídica: 1) a utilização da lei como instrumento de programação econômica; 2) a substituição de princípios e estrutu-

(68) Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 23.

ras jurídicas; 3) a introdução de novas técnicas ou a mudança de função de institutos tradicionais (69).

Importa assinalar que o campo do Direito ampliou-se a domínios econômicos antes inexistentes ou a que o Direito era alheio ou seja, domínios juridicamente irrelevantes ou indiferentes.

A empresa e o mercado constituem os exemplos mais destacados do alargamento espacial do Direito. Na lição de Vital Moreira, para o modelo da ordem jurídica liberal, o Direito pára às portas da fábrica: o que lá dentro se passa lhe está vedado. Do mesmo modo, é-lhe estranha a empresa e as relações que nela se estabelecem. Hoje, o processo e as condições de trabalho, bem como a organização da empresa, constituem um dos campos mais densos da ordem econômica. A ordenação jurídica das condições de trabalho constituiu a guarda avançada do Direito do Trabalho. No domínio da empresa, as suas múltiplas formas organizatórias, o seu funcionamento administrativo, os seus processos de direção estão hoje sob o domínio do Direito. À sua vez, o mercado era desconhecido como tal à ordem jurídica clássica; por maioria de razão lhe estava vedado o seu processo, ordenado, aliás, pela "mão invisível" da concorrência. O direito de concorrência é hoje, porém, parte integrante da generalidade das ordens econômicas. Basta dizer, em resumo, que a ordem econômica é hoje, em grande parte, uma ordem jurídica (70).

O Direito Administrativo ampliou consideravelmente os seus horizontes, buscando a sua sistematização e suporta também expressivas transformações em virtude das novas responsabilidades estatais.

O intervencionismo estatal, para *Rafael Entrena Cuesta*, foi a causa determinante do nascimento do Direito Administrativo. Sustenta o administrativista espanhol que enquanto a Administração foi abstencionista não podia cumprir o postulado de reconhecimento dos direitos públicos dos cidadãos através das normas de direito comum. A passagem do Estado liberal de direito à Administração intervencionista veio demonstrar a impossibilidade desta cumprir os fins que se lhe atribuíam movendo-se dentro dos limites que o Direito Privado lhe indicava. Tornou-se necessário, então, o aparecimento de um ramo do Direito no qual se conjugassem as prerrogativas da Administração com as garantias dos particulares, e este ramo do Direito foi o Direito Administrativo. O Estado moderno tinha que escolher entre atuar à margem do

(69) Cf. Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 31.

(70) Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 88

Direito, indo de encontro às razões determinantes do seu nascimento, ou criar uma nova forma de Direito em que se harmonizassem as exigências do Estado de Direito com as necessidades de uma Administração intervencionista (71).

Com o passar do tempo e em razão do crescente intervencionismo econômico, as instituições tradicionais de Direito Administrativo foram se ampliando e modificando (responsabilidade, controle jurisdicional) e outras vezes se fendendo (serviço público, concessão administrativa, expropriação, etc.) à luz das novas técnicas de colaboração, de coordenação e de gestão econômicas.

Verifica-se a extensão e significado dos conceitos de ordem pública e polícia, direito subjetivo, personalidade jurídica, legitimação, sociedade anônima, concessão, serviço público, etc. No entender de *Joseph Kaiser*, a tese iniciada por *Forsthoff* e continuada ao longo de monografias e trabalhos de professores de toda a Europa, suscitando questões concretas, é que os conceitos do Direito Administrativo clássico, elaborados para uma Administração meramente limitadora e minimamente intervencionista, devem ser reexaminados sob a existência de uma Administração prestadora de serviços e maximamente intervencionista. Ademais, a incorporação plena do fenômeno planificador das tarefas governamentais e administrativas, com especialidade a partir da década de 70, em todos os Estados ocidentais, causou um impacto direto sobre os conceitos e técnicas administrativas, acentuando a necessidade de uma reflexão crítica sobre os conceitos e as técnicas tradicionais (72).

As duas grandes crises mundiais que abalaram a Humanidade no século XX, contribuíram para que o campo do Direito, que aos poucos foi se estendendo por todos os âmbitos da vida social, fosse acrescido de novas disciplinas jurídicas, além de sofrer profundas modificações nas já existentes, o que ensejou uma transformação no território do Direito.

Os conceitos jurídicos tradicionais, que pareciam firmes como rochas se partiram sob a pressão dos problemas que envolveram a atormentada vida social.

(71) Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1976, p. 40.

(72) Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte, Presentacion y Estudio Introdutorio à obra Planificación - I, de Joseph Kaiser, Madrid, 1974, p. XLVII.

Refere *Castan Tobeñas* que, com a socialização do Direito, ocorre o surgimento de novos ramos jurídicos, mais ou menos formados, que parecem ficar fora da clássica diferenciação do Direito Público e Direito Privado ou revestir uma natureza mista, como são, por exemplo, o Direito Econômico, o Direito Social, e o já vastíssimo Direito do Trabalho e da Segurança Social, o Direito Agrário, etc., que agasalham instituições que antes se desenvolviam especialmente no campo do Direito Privado. O Direito do trabalho, particularmente, é um dos mais frisantes exemplos de socialização, que vai apagando mais e mais as fronteiras do Público e do Privado dentro do Direito (73).

Contudo, o que se deve registrar é que as novas formas de vida social e as incipientes expressões legislativas dos dias atuais, reclamam um terceiro termo ("*tertium genus*") a essa divisão bipartida, e daí a necessidade de considerar, como uma outra realidade jurídica emergente, o Direito do Estado Social (denominação que se prefere em lugar da ambígua e criticada expressão "*Direito Social*"), diverso do Direito Público e do Direito Privado. O Direito do Estado Social será o terceiro termo capaz de abrigar normas de teor social, fruto do intervencionismo econômico, que já não mais podem se enquadrar na clássica divisão Direito Público-Direito Privado (74).

A reivindicação de um Direito Social, consoante *Arnaldo Vasconcelos*, não é coisa dos dias de hoje, pois todas as correntes que combateram o individualismo jurídico, o historicismo, como o sociologismo, o empirismo, como o marxismo, contribuíram, em maior ou menor intensidade, para a cristalização da idéia. E adianta: se ainda se pode questionar a respeito da autonomia do Direito Social, o mesmo não ocorrerá quanto à sua realidade mesma, posto que o Estado a cria e a garante através de diferentes formas de publicização. À medida que o constrói, exercita sua função jurídica retificadora dos desníveis sociais (75).

O sociólogo do Direito, *Georges Gurvitch*, na sua teoria das formas sociais, alude às relações de sociabilidade por interdependência e às relações de sociabilidade por interpenetração. As primeiras são produzidas entre sujeitos independentes entre si e se baseiam na desconfiança:

(73) José Castan Tobeñas, *La Socializacion del Derecho y su Actual Panoramica*, Madrid, 1965, p. 32.

(74) Cf. José Nabatino Ramos, *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, São Paulo, 1977, p. 103.

(75) Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, 1978, pp. 303 e 308.

pressupõem partes separadas, cujos direitos se chocam e se limitam mutuamente, razão pela qual exigem regras jurídicas de delimitação e de solução de conflitos. Em oposição, as segundas se produzem entre os membros da sociedade vinculados entre si e se baseiam na confiança, na ajuda mútua e na cooperação, pressupondo seres humanos próximos entre si, dispostos a uma tarefa comum, cujos direitos e obrigações se interpenetram e formam um todo, exigindo regras jurídicas baseadas na solidariedade.

Ao Direito que rege às relações de sociabilidade por interdependência denomina-o *Gurvitch* de Direito Individual, e ao que rege às relações de sociabilidade por interpenetração, intitula-o de Direito Social (76).

O Direito Social, para *Gurvitch*, é um Direito de integração objetiva no "nós", na totalidade. No ensinamento de *Legaz y Lacambra* o Direito Social é o Direito dos grupos de estrutura comunitária, incluindo também o Direito legislado, regulador das relações que se ocupam da estrutura comunitária do grupo, compreendendo, portanto, relações de integração (77).

À parte as críticas que se lhe oponham, o Direito do Estado Social é uma realidade palpável, e se apresenta com um conteúdo que está em consonância com os avanços da civilização contemporânea, fundando-se numa concepção solidária da vida e nos princípios de justiça social.

O que se apresenta como inegável, porque está à vista de todos, é que o legislador de muitos países vem ditando leis que não cabem na classificação Direito Público-Direito Privado, porque correspondem ao que já se delineou como um Direito do Estado Social.

As normas de Direito Sindical, por exemplo, podem ser incluídas no Direito Privado, ao se levar em conta que o sindicato tem atribuições que lhe permitem impor aos seus membros uma greve ou uma convenção coletiva? E o que dizer do Direito do Trabalho, do Direito Previdenciário, do Direito Agrário, do Direito Econômico? Nenhum argumento justificará tê-los como incluídos no âmbito do Direito Privado, nem tampouco do Direito Público.

(76) Luis Legaz y Lacambra, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1975, p. 501.

(77) Luis Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 509.

A ausência de um "*tertium genus*" no Direito tem levado a erros e vacilações na classificação deste ou daquele ramo jurídico, ora fazendo sua inclusão no Direito Público ora no Direito Privado.

Algumas soluções apresentadas, objetivando superar as divergências em torno da divisão clássica do Direito, não parecem ter alcançado a necessária aceitação, como a de proceder àquela classificação não verticalmente, considerando a característica das normas, mas, diversamente, procurando fundar-se no objeto das relações jurídicas, com o reagrupamento de todas as normas concernentes a um objeto (78).

O problema, porém, encaminha-se para a busca de outros caminhos, em razão da própria vocação social dos dias atuais.

Considera, então, *Eduardo Novoa Monreal*, que o Direito Social pressupõe uma mais profunda socialização da pessoa e da realização de valores morais mais fundos, mediante a inserção de todos os homens na comunidade organizada sob a marca da solidariedade humana. E destaca que o conceito de Direito Social, embora impugnado pelos que se apegam aos velhos conceitos individualistas, começa a conquistar grande acolhida nos meios jurídicos de critério mais inovador (79).

Semelhante acolhida vem ocorrendo em algumas Universidades, como a Universidade Autônoma do México, que na sua Divisão de Estudos Superiores tem um curso de especialização em "*Direito Social*", compreendendo o Direito Agrário, o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário e o Direito Sindical, entre outros (80).

O Direito do Estado Social, por isso mesmo, desponta como uma fórmula inovadora e, numa posição de vanguarda, mas de conciliação, poderá ser a melhor solução para as divergências que se constataam no plano da classificação do Direito, pondo fim até mesmo aos fundados receios de *Roberto Lyra*: "*O que hoje chamamos Direito ou será Público ou não será Direito*" (81).

O Direito Econômico, um dos mais jovens e tecnicamente o menos maduro dos ramos do Direito moderno, nascido no bojo dos problemas sociais e econômicos que resultaram do conflito bélico de 1914 - 1918, adquire a cada dia importância e proporções impressionantes. Inscreve-se no campo do Direito do Estado Social e constitui uma outra realida-

(78) Cf. Álvaro Melo Filho, *Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais*, Rio de Janeiro, 1976, p. 64.

(79) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 127.

(80) Cf. Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, p. 127.

(81) Roberto Lyra, *Visão Social do Direito*, Rio de Janeiro, 1976, p. 11.

de que se afirma no mundo do Direito, cujo advento não se pode deixar de creditar ao intervencionismo econômico.

A princípio considerado como um "*Direito de Guerra*", um Direito de emergência, produto de necessidades transitórias, o Direito Econômico se firmou no tempo, afastando os maus presságios dos que lhe vaticinavam uma existência efêmera e limitada.

E o segundo conflito mundial, 20 anos depois, longe de reduzir-lhe a importância, veio demonstrar a necessidade de sua existência, em virtude da presença cada vez maior do Estado no domínio econômico.

São abonadoras, nesse sentido, as palavras de Hedemann: "*Sería falso e imperdonable, científicamente hablando, apartar como "manifestación de guerra" toda esa enorme masa de Derecho Económico que ha venido a cristalizar en miles de leyes y decretos en toda Europa. Lo que la guerra y la revolución han provocado es sólo una elevación en cantidad del material jurídico-económico. El Derecho Económico, como disciplina autónoma del Derecho, subsistirá terminada la guerra, por cuanto la existencia de ésta es accidental y contingente*" (82).

Alguns, todavia, contestam não apenas a sua autonomia, mas questionam a sua própria existência, considerando-o apenas um método ou uma simples técnica (83). E há, ainda, os que o vêem como um novo modo de considerar e estudar o Direito (84).

Porém, superando todas as críticas e o ceticismo dos que negam ou duvidam da sua existência, o Direito Econômico emerge como uma realidade concreta, que, se ainda não revela a sua autonomia científica, permite a sua constatação como um ramo autônomo do Direito, pelo menos do ponto de vista didático. A sua inserção como disciplina nos currículos dos cursos de Direito, como ocorre em muitas Universidades brasileiras e de outros países, demonstra que esse Direito, embora ainda não acabado e carente de sistematização, subsiste como uma conquista irreversível do intervencionismo econômico.

Partilhando da posição entusiástica assumida por *Eros Grau*, já se pode dizer que o Direito Econômico, mesmo a contragosto de seus opositores, consolidar-se-á como sistema normativo, contribuindo para

(82) Justus Wilhem Hedemann, apud Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago do Chile, 1962, pp. 22 - 23.

(83) Cf. Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Econômico*, São Paulo, 1977, pp. 26 e 70.

(84) Cf. Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1978, pp. 96 - 97.

implantar na sociedade aquilo que *Ripert* denominou com rara precisão a "ordem pública econômica". Em termos conceituais, se apresenta como "o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina econômica destinada a possibilitar a efetivação da política econômica estatal" (85).

Tem esse Direito elevados objetivos de cunho social, ao ordenar a ação econômica estatal, buscando resguardar os interesses dos membros mais fracos da sociedade sob o ponto de vista econômico, como são os consumidores, além de sua propensão a estabelecer uma melhor distribuição da riqueza. É um aspecto inovador, que o coloca como um valioso instrumento a serviço do Estado moderno, na sua preocupação fundamental com o desenvolvimento e com o bem-estar econômico do povo.

Ao procurar assegurar a proteção aos setores sociais mais desfavorecidos e, ao impor restrições para que o interesse do lucro privado e a liberdade econômica não acentuem as diferenças e contradições econômicas na sociedade, o Direito Econômico, dependendo das idéias políticas de cada país, pode ser o caminho para uma linha simplesmente reformista ou o ponto de partida para uma socialização econômica.

O Direito Econômico, por tais razões, exerce notável influência no Direito Privado, máxime no Direito Civil, no campo da propriedade, dos contratos, sucessões, etc., no propósito de conciliar a ordem jurídico-econômica capitalista.

Como exigência da complexidade da vida moderna, em particular no setor da economia, em que o desenvolvimento industrial e tecnológico, sem embargo de contribuir para a satisfação material, ensejou um grave ônus social — a criminalidade — surge o Direito Penal Econômico, cujas normas objetivam sancionar os comportamentos contrários à ordem econômica, ou que ponham em risco o seu equilíbrio (86).

O Direito Penal Econômico, como tantas expressões que surgiram na esteira do intervencionismo econômico, não é autônomo. Trata-se, na opinião de *Manoel Pedro Pimentel*, de um ramo do Direito Penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata, segundo ele, de um conjunto de leis

(85) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, pp. 72 - 73.

(86) Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1973, pp. 10 - 11.

especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado (87).

As transformações impostas pelo Estado Social ou intervencionista, além de várias consequências que se vem apreciando, levou a que os órgãos públicos passassem a perseguir novos fins propostos para a ação estatal, mediante novas técnicas de controle social. Em consequência, de uma postura estatal abstencionista, negativa, passou-se a uma outra inteiramente oposta, ou seja, afirmativa, positiva, expondo-se a comprometer-se em diferentes condutas e desempenhos.

No terreno do Direito, como não poderia deixar de ser, os reflexos se fizeram sentir, no que tange às funções tradicionalmente desempenhadas, sob a inspiração do individualismo, fazendo despontar o chamado Direito Premial, o qual, como adianta *Álvaro Melo Filho*, pode provocar uma alteração nas diretrizes da Teoria Geral do Direito, através de sua adequação aos fatos sociais emergentes da sociedade hodierna. Considera que o Direito Premial, afastando as concepções tradicionalistas do Direito como imperativo, e eliminando a coerção e coação como elementos essenciais e inarredáveis do Direito, volta-se para a realidade da sociedade contemporânea, tecnológica, passando a regulamentar a vida social e econômica como um todo uniforme, respondendo às novas e prementes solicitações dentro da realidade em que está inserido, através da substituição da "*vis coativa*" e compulsiva pela "*vis diretiva*" e estimulativa (88).

O intitulado Direito Premial, conquanto não dotado de autonomia é uma realidade que não pode ser ignorada, pois revela a função promocional do Direito, e tende a demonstrar que este, em sua essência, não é apenas repressão ou castigo, mas, também, prêmio ou recompensa.

Ainda entre as mudanças no cenário jurídico passa a ocupar posição destacada a atividade de planejamento, como um método qualificador do intervencionismo estatal, de forma a permitir a sistematização das decisões no domínio econômico, alargando a sua importância e despertando o interesse dos estudiosos para o seu melhor conhecimento, principalmente sobre as implicações no Direito.

(87) Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1973, pp. 10 - 11.

(88) Álvaro Melo Filho, *Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais*, Rio de Janeiro, 1976, pp. 26 e 205 - 206.

Diga-se de passagem, que o planejamento ganhou importância dentro da política econômica não apenas nos países capitalistas, mas, também, naqueles de economia socialista, embora tendo papéis diferentes. Na primeira economia, o planejamento se efetiva sem o sacrifício do mercado, ao contrário, se volta para a sua preservação. Na segunda, isto é, nos países de orientação socialista, o planejamento se coloca em posição contrária ao mercado, excluindo-o.

O relevo obtido pelas técnicas de planejamento, como seria natural, passaram a interessar aos juristas, pelos reflexos em relação ao Direito, em face de todo um conjunto de normas jurídicas encaminhado para o exercício e disciplina da atividade planificadora, a evidenciar uma espécie de "*ordenamento jurídico do planejamento*".

Destacam com propriedade *Ramon Mateo e Sosa Wagner*, que o manejo do instrumental planificador e o impacto que supõe sua inserção no ordenamento tradicional desencadearam uma série de problemas para o jurista, cujo conhecimento e sistematização surgem como iniludíveis: frente ao fenômeno da planificação o jurista fica obrigado a compulsar a validade dos esquemas tradicionais, revalidando-os ou retificando-os em seu caso, já que se produziu um abalo de instituições jurídicas solidamente generalizadas e de princípios constitucionais tidos por imbatíveis. Assinalam os autores, que não somente na esfera do Direito Público em seus mais solitários ramos, como o Direito Constitucional, o Administrativo e o Financeiro incidiu a planificação; também em boa parte das normas jurídico-privadas, tradicionalmente protegidas por um halo de permanência, viram-se matizadas pela nova situação, como ocorreu com o Direito das Obrigações e contratos, que exteriorizaram sua sensibilidade ante este fenômeno (89).

A partir desse fato, começa-se a divisar a existência de um Direito do Planejamento, como uma disciplina autônoma, incluída na área do Direito Público. A esse respeito, *Farjat* dedica uma ligeira referência a um Direito do Planejamento ou da Planificação (90), enquanto o jurista brasileiro *Geraldo Vidigal* admite um Direito do Planejamento, fora da realidade do Direito Econômico, com tendência a afirmar-se como disciplina autônoma (91). No entender do mestre brasileiro, a defini-

(89) Ramon Martin Mateo e Francisco Sosa Wagner, *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1974, p. 56.

(90) Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, 1971, p. 114; cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, 1977, pp. 327 - 328.

(91) Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, 1973, pp. 33 e 37.

ção jurídica dos fins subordinados e dos meios para obtenção do desenvolvimento e do bem-estar, cabem ao Direito do Planejamento.

Diversa é a orientação de *Eros Grau*, que vislumbra no ordenamento jurídico do planejamento apenas um capítulo do Direito Econômico (92). Em trabalho posterior, contudo, avançando em sua posição anterior, admite assumir "plena coerência, como hipótese a discutir, a tese da existência de um Direito do Planejamento". No domínio territorial do Direito do Planejamento se incluiria um tipo específico de norma jurídica, a que denomina de "norma-objetivo", enquanto as normas de conduta e de organização se inseririam no que restasse do Direito Econômico (93).

A verdade é que, conquanto ainda de reduzido conteúdo normativo, ganha consistência a idéia de um Direito do Planejamento, especialmente pela relevância da atividade no Estado intervencionista, e mesmo transpondo suas lindes, servindo de esteio junto ao sistema capitalista, como igualmente junto ao socialista.

Algo semelhante vem se verificando com o Direito do Desenvolvimento, que, a cada dia, afirma-se como um novo ramo do Direito, inclusive já é assim considerado por algumas Universidades brasileiras, onde é estudado em Cursos de Pós-Graduação ou através de abordagens interdisciplinares. É inegável que, a partir da inclusão do desenvolvimento como princípio constitucional, e com as normas jurídicas, em todos os ramos do Direito, orientadas para a realização desse ideal, os juristas e estudiosos tem sido atraídos para o estudo e discussão em torno desse possível novo ramo do Direito.

Como a tônica desenvolvimentista envolve a todos os países do mundo, tanto os desenvolvidos como os em vias de alcançarem esse nível, o interesse pela matéria tende a se ampliar e conquista, aqui e alhures, ardorosos e respeitáveis defensores da concretização da idéia (94).

(92) Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978, p. 222.

(93) Eros Roberto Grau, *Notas a respeito do Direito do Planejamento: uma Hipótese a discutir*, in *RDP*, vol. 41/42, jan./junho, 1977, p. 283.

(94) Eros Roberto Grau, *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 519, janeiro/1979, nota N.º 25, p. 19.

O desenvolvimento científico e tecnológico alcançado neste século, não raro tem criado dificuldades para os ordenamentos jurídicos, proque geram situações e comportamentos não previstos legalmente, ensejando autênticas lacunas nos textos legais.

Por outro lado, as mudanças impostas pela tecnologia, determinando muitas vezes uma transformação geral da vida humana, são sempre mais rápidas e intensas, de forma que se tornam frequentes os hiatos e os desajustamentos nos ordenamentos jurídicos.

A consequência da utilização de técnicas novas é facilmente perceptível: a criação de uma lacuna legal, ou, pelo menos, a inadequação dos antigos esquemas normativos diante de situações inteiramente novas.

Um assunto indiscutivelmente delicado e complexo, a tal ponto que *Luis Diez Picazo* já se refere a um Direito Tecnológico, manifestando a sua preocupação, além de outros aspectos, com as dificuldades com que se defrontam os juízes quando tem de fundar suas decisões numa dessas perícias que envolvem conhecimentos técnicos especializados.

Para o mestre espanhol, *"la cosa es tanto más grave, cuanto que, en virtud de lo que he llamado el paso de la pericia al dictamen, los peritos no se limitan a suministrar datos o introducir hechos en el debate forense, sin que formulan apreciaciones o valoraciones y dan opiniones. Este especial carácter de la prueba de peritos estaba ya presente en nuestros textos tradicionales, porque así como los demás medios de prueba tienden a fijar unos hechos y sólo unos hechos, la prueba de peritos tiende a establecer sobre ellos una apreciación. Esta apreciación era una idea auxiliar facilitada al juez. Y así seguirá siendo, siempre que el juez se encuentre en condiciones de superponer a esa idea u opinión la suya propia. En los demás — no nos engañemos — la realidad es que le habrá sustituido. Por esta vía indirecta resulta que el "juez del Derecho tecnológico" es no un juez jurídico, sino un especialista no en el arte de juzgar sino en la ciencia o técnica sobre la que versan los hechos que se pueden considerar básicos"* (95).

Ainda com relação ao avanço tecnológico, cabe referir-se ao progresso obtido pelos modernos meios de comunicação de massa, que se vem revelando fundamentais e penetrantes em seus efeitos sobre a sociedade humana e, por isso mesmo, de particular interesse para o Direito.

(95) Luis Diez Picazo, *Derecho y Masificación Social-Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 100 - 101.

Os meios de comunicação de massa representam importante instrumento do desenvolvimento, de vez que introduzem padrões de comportamento, desenvolvem motivações e criam expectativas de atuação e modos de vida.

Com efeito, na sociedade de massas do século XX, o prestígio, a influência e o poder de tais meios chegou, acredita-se, ao seu ponto máximo.

A comunicação representa hoje uma necessidade da própria sociedade, e os meios de comunicação de massa "passaram a representar uma exigência psíquica do homem moderno, uma verdadeira força vital que abastece e condiciona a sua existência" (96).

Não se pode, assim, minimizar a importância da comunicação de massas, mas, antes, manter-se advertido de que se vive numa época em que a utilização e o controle desses meios talvez constitua a mais importante fonte de poder do universo social.

Torna-se indispensável, por isso, criar um eficiente sistema legal de defesa contra as pressões irracionais dos meios de comunicação de massa, de tal modo que possam se ajustar às necessidades e padrões sociais, e contribuir eficazmente no processo de desenvolvimento e na promoção dos valores humanos. E, nessa perspectiva, talvez já se possa alimentar a idéia de um Direito da Comunicação, que, de forma sistemática, ordenada, venha responder a mais esta exigência da tecnologia e levar à dilatação da ordem jurídica.

Impõe-se observar que se poderiam indicar muitos outros possíveis ramos do Direito, como produtos típicos do intervencionismo econômico, mas, ainda assim, as referências não esgotariam toda a gama de criações normativas.

Não importa que não tenham atingido autonomia científica e legislativa, pois alguns já conquistaram autonomia em termos didáticos e se firmaram como disciplinas dos currículos jurídicos, como é o caso do Direito Econômico.

As evidências parecem encaminhar para novas reflexões. E tem-se de admitir a procedência das considerações de *Fábio Konder Comparato*, em tom incisivo: "*Até agora a doutrina jurídica tem se preocupado quase que exclusivamente com o direito formal, suscitando querelas especiosas e insolúveis a respeito da autonomia dos diferentes ramos do Direito. Não seria tempo de admitir modestamente o que outras ciências sociais já admitiram desde a primeira hora: que, ao lado de uma*

(96) Fávila Ribeiro, *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, 1976, p. 291.

análise de conceitos e de categorias, existe um estudo de técnicas? Que ao lado de um direito formal deve haver um lugar para um direito aplicado? ” (97).

Mas, o que se identifica como realidades emergentes, com a decadência do abstencionismo e a conseqüente ascensão do intervencionismo ou dirigismo econômico, não se restringe à busca de novos ramos do Direito, alcançando, igualmente, as transformações sofridas pelo Direito Privado, principalmente no Direito Civil, onde algumas instituições se renovaram, enquanto novas modalidades contratuais foram geradas. Advirta-se que a análise será breve, não sendo possível aprofundar a matéria e algumas situações merecerão apenas uma referência.

As repercussões da penetração econômica no Direito Civil são manifestas e, de modo particular no Direito das Obrigações, amplamente dominado pelos novos conteúdos sócio-econômicos. Há uma razão para isso: todos os fenômenos jurídicos que procuram o curso da economia, como o fundamento das obrigações contratuais e a aquisição dos direitos reais, mais ou menos, remontam-se ao contrato, visto como este é o instituto característico do Direito Privado em matéria econômica (98).

Explica-se, então, porque o Direito contratual foi um dos setores jurídicos mais atingidos em conseqüência da substituição dos ideais do liberalismo pelos princípios do intervencionismo.

A liberdade de contratação foi a base fundamental do sistema jurídico do século XIX, fundada na autonomia privada, que encontra suas raízes no individualismo jurídico e na economia clássica.

Contudo, as profundas modificações econômicas verificadas com o intervencionismo, procurando assegurar ao equilíbrio social um sentido mais humano e moralizador, estabeleceu uma política de vigorosa limitação da autonomia privada. Aduz *Orlando Gomes* que, em conseqüência da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita da autorização ou da aprovação da autoridade administrativa, e

(97) Fábio Konder Comparato, O Indispensável Direito Econômico, in Revista dos Tribunais, n.º 353, março de 1965, p. 25.

(98) J. Santos Briz, Derecho Económico y Derecho Civil, Madrid, 1963, p. 97.

assim por diante. Surgiram, como resultado, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico do contrato, lhe alteram a configuração e impõem a necessidade de rever o seu próprio conceito (99).

No Estado liberal a regulação da matéria contratual se reduzia a um conjunto de normas de caráter acentuadamente dispositivo, ao passo que, na era do dirigismo econômico, passa a ser realizada mediante a dinamização de comandos cogentes.

O princípio da autonomia da vontade, desta forma, sofreu sérios embates, perdendo grande parte de seu prestígio, em razão de aspirações e preocupações novas trazidas no bojo do intervencionismo.

A verdade é que o pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, sendo livres para aceitar ou recusar os termos do contrato, nem sempre é verdadeiro. E se constata, no mais das vezes, que a igualdade que reina no contrato é puramente teórica. O contratante mais forte invariavelmente leva vantagem no negócio, pois é ele quem impõe ao mais fraco as condições do ajuste.

Um exemplo disso está no contrato de trabalho, em consequência da efetiva falta de igualdade entre ambas partes contratantes. Por isso, salienta *Garrido Falla*, é incontestável que, nestes casos, se o Estado se decidiu a intervir e a substituir por conteúdos previamente regulados os contratos livremente pactuados entre as partes, foi precisamente por entender que as vontades que se combinaram não eram suficientemente livres. Para ele, não é que a intervenção estatal haja acabado com a autonomia da vontade, mas que a falta de autonomia determinou cabalmente a intervenção (100).

O legislador, em tais circunstâncias, foi conduzido a intervir no contrato, para contornar as desigualdades existentes. Daí o surgimento, para limitar a autonomia da vontade, de novas restrições, resultantes de normas de ordem pública, contra as quais não se pode opor a liberdade de estipular.

(99) Orlando Gomes, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, 1980, p. 6.

(100) Fernando Garrido Falla, *Las Transformaciones del Regimen Administrativo*, Madrid, 1962, p. 134.

Não faltam, porém, os que, como *Nelson Hungria*, manifestam a sua reprovação à limitação da autonomia da vontade, ao destacar, com veemência, que o intervencionismo do Estado arregaçou as mangas até as axilas e já atinge a própria liberdade dos contratos, comprimindo a iniciativa particular, impondo cláusulas, padronizando fórmulas, fixando preços, decretando moratórias sucessivas, reduzindo os titulares de direitos individuais a meros fantoches (101).

Está à vista de todos os fenômenos da limitação da liberdade contratual, como um traço marcante do dirigismo econômico, de tal modo que, com frequência, surgem hipóteses várias em que o princípio é negado por ausência de espontaneidade na vinculação entre as partes.

As exceções à liberdade contratual, na análise de *Karl Larenz*, se manifestam em relação à liberdade de conclusão e à liberdade de configuração interna do contrato. As limitações à liberdade de conclusão dos contratos, envolvendo a chamada "*contratação coativa*", são classificadas em três grupos:

- a) obrigação de contratar dos concessionários de serviços públicos;
- b) obrigação de contratar quando a recusa contraria os bons costumes;
- c) obrigação de contratar derivada da economia dirigida, resultante das normas coativas de ordenação do mercado.

Quanto às limitações que afetam à liberdade de configuração interna do contrato, *Larenz* distingue as que decorrem de normas legais coativas, as que resultam da observância aos bons costumes e, ainda, aquelas restrições concernentes aos contratos proibidos pela lei e de conteúdo regulamentado (102).

Cabe lembrar que as limitações à liberdade de contratar não derivam apenas do Direito Público. Elas provêm ainda de novas formas de atividade econômica, como a negociação em massa, impondo novos usos, métodos e técnicas quanto à configuração dos instrumentos contratuais.

(101) Nelson Hungria, no Prefácio ao livro *Reflexões sobre a Crise do Direito*, de C.J. Assis Ribeiro, Rio de Janeiro, 1951, pp. 6 - 7.

(102) Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid, 1958, pp. 66 - 80.

Desta forma, os limites à livre configuração interna do negócio derivam, também, de certos modelos de contratos, que se difundiram nos últimos tempos (103).

Não é possível ignorar, aponta *Karl Larenz*, que as exigências da moderna negociação em massa e das grandes empresas, a necessidade econômica de racionalização, a necessidade dos habitantes das grandes cidades com respeito às prestações de caráter técnico, com a sua possibilidade de obtenção a qualquer momento sob condições uniformes, tudo isto trouxe consigo uma ampla tipificação e "standardização" das relações contratuais ou de caráter contratual em massa que estas manifestações estabelecem deixando, assim, pouco espaço aos pactos individuais e limitando consideravelmente o âmbito da autêntica liberdade de contratação (104).

A evolução econômica e social alcançada nos tempos atuais, de fato, viu-se condicionada, à vista da própria dinâmica interna do capitalismo, pelo fenômeno da produção em massa e, em consequência, viu-se forçada a uma ampliação da massa dos consumidores, como, igualmente, um alargamento do número de pessoas que desejam adquirir ou desfrutar dos bens e serviços que as grandes empresas proporcionam.

Esse fato, como é natural, determinou um tráfico econômico cada vez mais acelerado, tornando necessária a uniformização das condições contratuais, de sorte a permitir a simplificação e presteza na realização dos negócios jurídicos.

Começa a dominar o sistema do formulário, em que as normas reguladoras das relações contratuais são previamente redigidas, pois, como disse *Hedemann*, o negócio se veria paralizado se nas centenas de casos que tem lugar diariamente se houvesse de reconsiderar em cada situação a redação de um parágrafo e este houvesse de ser formulado de novo (105).

O volume e a extensão dos negócios já não torna possível que a grande empresa estabeleça contratos peculiares com cada um de seus eventuais clientes. Um mínimo critério de racionalização e de organização explica a necessidade do contrato único ou contrato-tipo, estabelecido por meio de formulários e impressos.

(103) Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1979, p. 195.

(104) Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid, 1958, p. 81.

(105) Citado por J. Santos Briz, *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963, p. 170.

As grandes empresas comerciais ou industriais, mediante esses contratos em massa impõem a seus clientes um tipo de contrato antecipadamente redigido. Estes contratos se referem muitas vezes à utilização e defesa de bens e serviços imprescindíveis à vida cotidiana ou de uso necessário, bem como relativos a bens cuja aquisição é imposta pelo nível de vida.

De fato, observa *Diez Picazo*, o esquema do contrato em massa e a estandardização da matéria contratual rompem o paradigma do contrato, que tinha em mente a doutrina tradicional. O pressuposto ideológico da igualdade dos contratantes não passa de ser uma quimera. O contrato não é mais uma regra de conduta, obra comum de ambas as partes. É algo que uma delas tem que limitar-se a admitir, em virtude de uma situação de necessidade e, portanto, algo que lhe vem previamente imposto (106).

A tendência para a estandardização se manifesta ainda pela utilização de condições gerais de vinculação contratual pelas empresas que se dedicam ao mesmo ramo de atividade, como os bancos, as companhias de seguro, de distribuição de gás e eletricidade, de transporte, de fornecimento, etc.

Com a penetração nas relações econômicas e sociais dos contratos em massa, surgem as figuras dos contratos normativos, dos contratos coativos, dos contratos necessários, dos contratos-tipo e dos contratos de adesão.

Os contratos normativos caracterizam-se pela definição imperativa de uma disciplina uniforme, geral e abstrata, a que deve submeter-se a contratação individual celebrada no seu âmbito. Não se destinam, ensina *Almeida Costa*, a uma direta regulamentação de relações concretas entre os contratantes, mas antes a servir de paradigma cogente para futuros acordos que venham a realizar-se (107).

Os contratos coativos, também intitulados de contratos ditados, impostos, forçados, constituem negócios jurídicos que se realizam sem

(106) Luis Diez Picazo, *Derecho y Masificación Social-Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 43 - 44.

(107) Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1979, pp. 207 - 208.

o pressuposto do livre consentimento das partes (108). São contratos em que a autoridade pública intervém não só para forçar a sua celebração, mas também modela o respectivo conteúdo. No Direito positivo brasileiro, podem ser exemplificados como contratos coativos, a prorrogação compulsória das locações, o empréstimo compulsório (art. 21, § 20., inciso II, da Constituição Federal) e os contratos de seguro obrigatório no transporte de pessoas (Dec. — lei n.º 73/66).

Nos contratos necessários subsiste a vontade negocial e, embora as pessoas tenham necessidade de contratar, no sentido em que o serviço oferecido é básico para as condições de vida, não estão juridicamente obrigadas a fazê-lo. Ademais, existem contratos necessários nos quais se admite a faculdade de escolha da outra parte contratante, como no seguro de mercadorias warrantadas e de transporte de pessoas ou de mercadorias. Podem ser indicados como contratos necessários, o depósito das bagagens dos viajantes, o penhor legal dos hospedeiros, e, ainda, as contratações com as companhias de transporte, de eletricidade, de telefones, etc. (109).

Os contratos-tipo, são celebrados entre particulares, submetidos a disposições de ordem pública e elevado número de normas obrigatórias, impondo uma fórmula idêntica para numerosos casos. É normalmente consignado em modelos ou formulários impressos, com as suas disposições previamente redigidas, dispensando-se as negociações preliminares. Servem de exemplos, os contratos com as companhias de transporte, de seguros, bancos, etc.

Os contratos de adesão se caracterizam pelo fato das suas cláusulas serem de antemão unilateralmente estipuladas por um dos contraentes. Este oferece ao público um modelo uniforme, de sorte que as pessoas que com ele pretendam contratar ficam sujeitas a uma aceitação ou rejeição pura e simples em bloco, sem alternativa de debater as condições. Estão neste caso, os contratos com as empresas concessionárias de serviços públicos (água, gás, eletricidade, etc.), de transporte de pessoas ou mercadorias, seguros, entre outros (110).

O desenvolvimento econômico, a complexidade dos negócios jurídicos e o avanço tecnológico, se tornaram responsáveis pelo nascimento

(108) Orlando Gomes, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, 1980, p. 17.

(109) Orlando Gomes, *op. cit.*, pp. 20 - 21.

(110) Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 3, São Paulo, 1978, pp. 45 - 46.

de outras figuras contratuais, irredutíveis aos esquemas clássicos.

Trata-se de criações originais, resultando, por certo, das novas exigências econômicas, da expansão das atividades mercantis e industriais. Merecem ser mencionadas, entre essas novas figuras contratuais: a alienação fiduciária em garantia, o *leasing* (arrendamento mercantil), o *Know-how*, o *franchising*, o *engineering*, o *factoring* e o seguro de crédito.

Entre os contratos referidos, até agora, apenas mereceram inclusão no sistema legal brasileiro a alienação fiduciária em garantia (Lei n.º 4.728, de 14.07.65), o *leasing*, que a lei (Lei n.º 6.099, de 12.09.74) o denominou de arrendamento mercantil, o *engineering* (Decreto n.º 66.864, de 10.07.70) e o seguro de crédito (Lei n.º 4.678, de 16.06.65). Os demais contratos, conquanto não tenham tido consagração legal no país, já tem larga aplicação em outros lugares, como o *Know-how*, que consiste na transmissão de conhecimentos técnicos, cuja importância ganha terreno face ao desenvolvimento da tecnologia nos últimos anos.

De outro lado, além da limitação da autonomia da vontade, acentua-se a cada dia o abrandamento da intangibilidade contratual, com as restrições impostas ao princípio da obrigatoriedade das convenções.

A doutrina vem manifestando uma tendência no sentido de reviver a velha cláusula "*rebus sic stantibus*", idealizada pelos pós-glosadores, com a solução dos problemas através da moderna teoria da imprevisão.

Assim, para a liberação do devedor não é necessário que a prestação se torne impossível, bastando que em razão de fatos extraordinários e imprevisíveis ela se torne excessivamente onerosa para uma das partes. Como um sinal dos novos tempos, a teoria da imprevisão vem alcançando vitoriosa acolhida na doutrina e na jurisprudência.

Uma alteração igualmente importante vem ocorrendo nos domínios da responsabilidade civil, sempre lembrada como uma pequena herança da velha Lei Aquília.

A mutação se processa no fundamento da responsabilidade civil e do papel da indenização dos danos, que de uma responsabilidade fundada na culpa (responsabilidade subjetiva), passou da chamada teoria do risco até uma responsabilidade cada vez mais objetiva. Por tudo isso, depara-se com uma verdadeira socialização da responsabilidade e, conseqüentemente, dos danos.

É uma tendência da nova realidade social e que já chegou ao Direito brasileiro, consagrando a Constituição Federal, no "caput" do art. 107, a responsabilidade objetiva, quando os danos forem causados por servidores públicos em relação a terceiros.

Cabe acentuar, por fim, que apesar de todas as transformações, o Direito Privado continua sendo o campo de fundamentação conceitual dos contratos e das obrigações, mesmo aqueles que se forjaram sob o influxo das relações econômicas.

A penetração do Direito Público na esfera individual não deve ser entendida como uma supressão do Direito Privado, mas uma tentativa de emprestar uma nova vitalidade às normas deste último, ajustando-as ao momento social.

Deve-se ter presente que a contratação e a propriedade, pelo fato de estarem submetidas a normas de ordem pública, impregnadas de profundo teor social, não desnaturalizam o seu indiscutível fundo de Direito Privado. Não há como confundir a orientação social do Direito Privado, em grande medida resultante da nova ordem social e econômica, com o Direito Público.

5. A VISÃO DINÂMICA E PROSPECTIVA DO DIREITO

A estrutura do ordenamento jurídico, concebida em termos dinâmicos, não é realmente coisa nova.

Nos primeiros momentos da filosofia clássica já aparece a idéia do Direito como uma especial harmonia entre o bem da totalidade e o bem de cada um dos cidadãos, de maneira que o equilíbrio social — o cosmos grego — somente pode manter-se pela harmonia que deve existir entre as atividades dos indivíduos a respeito da atuação estatal, concebida como um todo independente, e do atomismo de cada cidadão. O sentimento primitivo de "*aequum*"; ensina Villar Palasi, faz menção ao interesse singular (Direito Privado) que deve ceder flexivelmente ante o interesse geral— "*bonum*".

Acrescenta o juspublicista espanhol, que o Direito assim concebido somente se torna alcançável globalmente por força de um ritmo de interesses múltiplos que entram em jogo. E o ritmo, como é sabido, se refere ao movimento medido, à disposição mutacional, e numa ordem regular, ao equilíbrio dinamicamente conseguido. Estas velhas idéias são, a

seu ver, como tantas da filosofia antiga, pinceladas duradouras. Assim, o Direito mesmo é definido por *Josserand* como "uma matéria em ebulição", isto é, como uma função e não um parâmetro, na sinfonia incompleta e inacabada do Direito positivo (111).

Mas, a despeito disso, ainda hoje o assunto é objeto de discussão, não faltando os que defendem a idéia de que o Direito tem um caráter estático e, vão mais além, ao considerá-lo como um estorvo às mudanças sociais.

Por sua vez, atribui-se ao jurista uma disposição fundamentalmente conservadora, como o reconhecem, sem circunlóquios, *Bodenheimer, Vinogradof e Ripert* (112). A constatação desse conservadorismo nos juristas já se constitui mesmo um lugar comum entre os que se dedicam ao estudo e análise do trabalho dos homens do Direito do ponto de vista da personalidade, ou seja, à luz da Psicologia.

As razões do sentido de estaticidade que se confere ao Direito, num estudo crítico idôneo, isento, vão confluir para os princípios liberal-individualistas, onde se devem buscar as raízes do problema e a e a sua melhor compreensão.

A legislação do século passado e de começos do presente, considerada básica e que conforma a parte tradicional do Direito vigente, aponta *Eduardo Novoa Monreal*, procurou incluir dentro de si mesma todas aquelas disposições concebidas como permanentes para a vida e organização de sociedades estruturadas conforme os princípios liberal-individualistas, e não acostumadas a se defrontar com variações importantes em seu meio político, social, técnico e econômico. O Estado gen-darme, no desempenho de sua missão, ocupava-se somente de assegurar a independência externa da nação, sua ordem interna e de manter relações internacionais apropriadas aos interesses do país. Os cidadãos tinham garantida sua livre atividade no plano político sob o amparo das garantias individuais e dos direitos políticos, e no campo econômico, com a proteção da propriedade privada, gozavam de uma ampla liberda-

(111) José Luis Villar Palasi, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1974, p. 19.

(112) Cf. *Eduardo Novoa Monreal, El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 30.

de de contratação e liberdade de indústria e comércio (113).

Os códigos fundamentais se propunham a abranger todo o âmbito dos conflitos possíveis entre os indivíduos, olhando a proteção dos direitos de cada um e procurando velar para que os direitos e liberdades de uns não interferissem nos dos outros. A riqueza de detalhes na legislação, além de cobrir todas as necessidades legais, tinha o propósito de evitar mais frequentes modificações, para uma vida sem grandes inquietações sociais e numa sociedade, por isso mesmo, com tendência ao imobilismo.

O individualismo liberal conduz ao egoísmo dos indivíduos. Os direitos subjetivos são redutos privados não franqueados aos demais, nos quais os indivíduos se encerram. O Direito se limita a evitar os choques e invasões de um âmbito com o outro. É um Direito "estático", que só entra em ação nos casos de conflitos.

Há uma razão de ser, no entanto, para o imobilismo da sociedade liberal e, conseqüentemente, do Direito inspirado em seus princípios.

A ausência de um maior dinamismo da sociedade obedece a um propósito deliberado da burguesia liberal de não deixar que escapem de suas mãos as vantagens econômicas conquistadas. O conservadorismo da burguesia liberal, traduz o indisfarçável interesse de manutenção do *status quo*, e daí o seu empenho na subsistência de um regime jurídico que não coloque em risco a cômoda posição econômica alcançada, socialmente privilegiada.

O Direito, como consequência, teria de sentir os influxos de semelhante realidade social, pois, no final das contas, como diz *Legaz y Lacambra*, "todo direito é a cristalização de uma ideologia" (114). E os princípios da ideologia liberal, que passaram a informar a ordem jurídica, conduziram a que esta viesse a se transformar num anteparo de defesa contra quaisquer idéias renovadoras que pusessem em discussão os valores aceitos e estabelecidos pela sociedade naquele momento histórico.

Uma das desvantagens do Direito, observa *Edgar Bodenheimer*, reside no fato de que, ao estabelecer a política social de uma determinada época, através dos preceitos legais, tende ele a perpetuar o *status quo*. Além disso, rápidas transformações sociais que atendam a novas necessidades e exigências sociais nem sempre são possíveis após ter-se forma-

(113) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 46.

(114) Luis Legaz y Lacambra, apud Eros Roberto Grau, *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*, in *Revista dos Tribunais*, n.º. 519, janeiro/79, p. 14.

lizado ou assentado uma norma jurídica; e ainda mais, tais mudanças nem sempre as desejam aqueles que tem interesse na manutenção das coisas como estão (115).

Não há como ignorar que o Direito, em plena sociedade liberal-individualista, tivesse de se amoldar à orientação social e política vigente, e muitas vezes surgindo como um obstáculo às mudanças esboçadas, que esbarravam na perenidade das regras jurídicas editadas.

Nenhuma novidade há no fato, e nem resulta contradição aos pontos de vista sustentados no que tange ao papel do Direito como conformador da ordenação social e econômica e ainda como veículo de transformação da sociedade, pois ele pode ser agente e reflexo deste mesmo processo. O Direito, queira-se ou não, é um reflexo da realidade política, da qual recebe as diretrizes e os lineamentos sobre o governo, estrutura e disposição interna da sociedade (116). E continuará sendo, porque, na palavra de *Friedmann*, ele é hoje um agente muito mais ativo da evolução social do que nos tempos passados, todavia é um instrumento de classe, que leva o vestígio das forças que dão forma à sociedade (117). Não se pode negar, contudo, que o Direito imprime sobre a ordem política os indispensáveis padrões de responsabilidades nos desempenhos políticos.

O liberalismo procurou alicerçar as suas idéias de permanência e imutabilidade do Direito, sem embargo de outras contribuições, na doutrina do Direito Natural, desenvolvendo a tese da segurança jurídica para justificar a inalterabilidade da ordem jurídica.

Defende-se a existência de um "a priori" normativo, que seria pauta inexcusável para o legislador humano, que nele teria de se fundar, se pretendesse ditar preceitos que correspondessem ao que seria um

(115) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 296.

(116) Cf. Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 67.

(117) W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, México, 1966, p. 497; cf. Jorge Sanchez Azcona, *Normatividad Social*, México, 1975, p. 145, e Andrés Ollero Tassara, *Derecho y Sociedad*, Madrid, 1973, pp. 105 - 106.

"*verdadeiro Direito*". Cuida-se de preservar os princípios tradicionais desse Direito, de modo a manter de pé a intocável e delicada construção, buscando-se implícita ou explicitamente desalentar qualquer pretensão de transformação jurídica.

A doutrina do Direito Natural, como seria inevitável, desempenhou um efeito conservador no Direito, contribuindo para a preservação da legislação tradicional. Afirma-se que se a legislação tradicional se cinge em grande parte às exigências desse Direito Natural, todas as suas instituições básicas, elevadas ao grau de "*princípios naturais*", (entre as quais se menciona a propriedade privada, a liberdade de contratação, etc.), devem ser tão eternas e imutáveis como se acredita que o seja aquele Direito.

Tem-se de convir que a idéia de um Direito Natural permanente e inalterável não pode resistir à experiência histórica e de progresso jurídico.

O Direito e a vida do homem tem sempre um fator móvel de evolução. Os conhecidos "*tria juris precepta*" ("*honestum vivere*", "*alterum non laedere*", "*suum cuique tribuere*"), não se conservaram fixos, ao contrário, há uma relatividade histórica no seu significado, visto como mudaram as idéias e critérios do que é "*honesto*", do que é "*lesionar*" e o sobre o que é "*seu*" e deve ser dado a cada um.

A questão toda, pondera Lévy-Bruhl, está em saber como entende este ou aquele grupo social a honestidade, quando esse grupo considera que cada um recebeu o que lhe era devido, e quando as soluções são as mais variadas e contraditórias (118).

Talvez a solução, para não se chegar aos extremos, esteja no "*Direito Natural de conteúdo variável*", de Stammler, esquecendo as diatribes do mestre francês a semelhante noção, a que se refere como "*concha vazia*".

O recurso à idéia de segurança jurídica, também serviu para exercer uma influência conservadora no Direito, buscando-se nela o fundamento de permanência das normas legais. A segurança jurídica — segundo a concepção liberal — ficaria gravemente prejudicada, se as mudanças jurídicas se produzissem com frequência ou de forma incontrolada. O jurista se transformava assim, num elemento tradicionalista, defensor de uma ordem de coisas superadas, convertendo-se o Direito num obstáculo à evolução social.

(118) Henri Lévy-Bruhl, Sociologia do Direito, São Paulo, 1964, p. 34.

Esse entendimento de segurança jurídica, com o passar do tempo, revelou-se equivocado, de vez que o Direito não é, como se pensava, apenas um instrumento de segurança, mas, também, de edificação da liberdade.

A segurança jurídica, no Estado intervencionista, tem um conceito dinâmico, de modo a dar uma resposta que se ajuste às mudanças sociais e econômicas da sociedade moderna. Pensar de modo diferente será, numa posição de imobilismo, colocar a segurança jurídica a serviço dos mais poderosos, criando óbices às modificações e reformas de caráter social de interesse da coletividade.

Como se pode depreender, a doutrina do Direito Natural e a noção de segurança jurídica foram utilizadas pelo liberalismo para atender aos interesses da burguesia, que, a todo custo se opunha às mudanças ou inovações que trouxessem riscos aos privilégios obtidos.

O Direito, por sua natureza, não pode ser estático, tanto assim que o seu caráter dinâmico foi admitido pelos pensadores gregos. O individualismo liberal não mudou a natureza do Direito, mas encontrou argumentos e doutrinas que, emprestando-lhe uma nova roupagem, permitiram transformá-lo em fator de inércia durante largo tempo.

Helmut Coing, no seu magistério, assevera que o Direito é um fenômeno histórico. Está vinculado a um determinado momento histórico pelo qual faz a sua origem, a uma determinada fase histórica pela qual faz a sua duração, e a um determinado grupo individual (Estado, povo, contratantes) para os quais é vigente. Não é imutável, senão mutável como tudo o que pertence à história; não é eterno, senão que dura algum tempo, como toda criação histórica do homem (119).

Uma das versões mais simples do Direito é a de considerá-lo como o reflexo das relações sociais de cada grupo em cada momento histórico. Isto oferece uma visão dinâmica que se opõe a qualquer fossilização ou cristalização própria dos Códigos supostamente racionalistas, que aspiram projeções de eternidade ou de largo alcance. O Direito objetivo para *Rodriguez-Aguillera*, há de ter pretensões de estabilidade, não de imutabilidade. Quando a sociedade se encaminhar até um propósito

(119) Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1976, p. 233; cf. também Rudolf von Ihering, *A Luta pelo Direito*, São Paulo, 1978, p. 46.

comum, o Direito deve favorecer esse propósito. Se o Direito é parte da realidade social, e a realidade social é dinâmica e evolutiva, o Direito há de acompanhá-la nessa evolução e transformação (120).

Cabe, todavia, ponderar que estabilidade não significa imutabilidade. O Direito pode mudar, como aliás é de sua índole o evolver, acompanhando a própria dinâmica da sociedade, mas sem quebra da necessária estabilidade, que se opõe às alterações frequentes, abusivas, e que levam à instabilidade.

As palavras de *Roscoe Pound* continuam sendo uma verdade duradoura e incontestável: "O Direito deve ser estável, mas não pode permanecer imutável". A instabilidade do ordenamento jurídico conduziria à incerteza e, no máximo, as alterações inesperadas e repetidas com frequência, estariam fadadas a atender as exigências passageiras do momento. Condições de excessiva fluidez e instabilidade crônica, com modificações diárias da lei, são, portanto, incompatíveis com a idéia mesma do Direito (121). A não ser assim, o resultado não será a ordem, mas o caos, a anarquia.

O Direito, portanto, jamais foi estático. Não é possível ignorar, no entanto, que até o começo do presente século, o homem tinha uma visão deformada com relação à realidade, que se lhe afigurava como estática, porque ainda lhe era estranha a noção de mobilidade social. Se o homem visualizava os fatos sociais sob um prisma estático, ao Direito não poderia corresponder uma visão que também não fosse a estática (122). Essa defeituosa imagem da realidade alimentou os valores da sociedade liberal, porque consentânea com os ideais da burguesia conservadora.

Ressalta, *Eros Grau*, no entanto, que o evolver da realidade findou por encaminhar a uma necessária correção de tais posições. A interpretação criadora de novos sentidos normativos, desenvolvida pela jurisprudência, por um lado, o florescimento das análises de Direito Compa-

(120) Cesáreo Rodríguez-Aguillera, *La Realidad y el Derecho*, Barcelona, 1974, p. 112.

(121) Cf. Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 246.

(122) Cf. Eros Roberto Grau, *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*, in: *Revista dos Tribunais*, n.º. 519, janeiro de 1979, p. 15.

rado — que permitiu a verificação de que a adoção de diversas formas de tratamento normativo, para situações idênticas, resultava em distintas formas de comportamento social — de outro, induziram à compreensão não apenas de que o Direito está também, tal qual a realidade, em contínua evolução, mas também, de que pode ele ser dinamizado como instrumento de edificação da vida social. Semelhante compreensão foi favorecida com o advento do intervencionismo econômico e social e, como resultado, surgiu a adoção de uma nova maneira de conceber a realidade, sob uma visão não mais estática, mas dinâmica (123).

É mister destacar que a busca pelo desenvolvimento, nos mais diversos países capitalistas do mundo, abriu caminho para que se divisasse uma nova realidade, em contínua mobilidade e que, por sua vez, vem impondo horizontes mais amplos para o Direito.

Depara-se, efetivamente, mudanças substanciais. A visão acentuadamente retrospectiva da realidade social e do Direito foi substituída por uma visão dinâmica e prospectiva. Com a utilização das técnicas de planejamento, de natureza prospectiva, romperam-se as formas ortodoxas de elaboração do Direito. As normas legais passaram a ter um sentido prospectivo, objetivando não a formulação das experiências vividas — como entendia Ripert — mas uma definição dos modelos futuros. As normas de planejamento revestem essa dupla condição: são dinâmicas e prospectivas.

Sem desprezar a experiência do passado, na construção do Direito do futuro, *“impõe-se reconsiderar a visão retrospectiva e estática do Direito — que o passado consagrou — mediante a sua substituição por outra, dinâmica e prospectiva, indispensável à correta compreensão do enlace entre Direito e realidade. Isso implica não apenas a prática contínua de esforços de reflexão interpretativa, mas também de exercícios de criatividade, suficientes para gerar novos instrumentos e formas jurídicas que permitirão acompanhar, atualizadamente, o ritmo das transformações na vida social...”* (124).

O Direito Econômico aí está como um exemplo do Direito dinâmico, renovador, encarando o presente, sem desviar-se das projeções do futuro. As suas regras se caracterizam por seu caráter fluido e móvel, de acordo com as circunstâncias de tempo e espaço; por sua plas-

(123) Eros Roberto Grau, Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento, in Revista dos Tribunais, n.º. 519, janeiro/79, p. 16.

(124) Eros Roberto Grau, Planejamento Econômico e Regra Jurídica, São Paulo, 1978, p. 252.

tidade conceitual, alheia ao rigor das normas clássicas, e pelo caráter flexível de seus procedimentos (125).

As transformações jurídicas que vem ocorrendo, levando ao abandono de concepções obsoletas, superadas no tempo, não parecem corroborar as repisadas afirmações de conservadorismo dos juristas. Em todas as épocas sempre houve alguém com idéias retrógradas, como sempre existiram — e continuarão a existir — vozes renovadoras, progressistas, em sintonia com o processo de evolução da sociedade.

O pendor ao imobilismo ou a tendência à conservação não parece também ser uma característica dos juristas. Sendo o Direito essencialmente dinâmico, o seu estudo não transmite o vírus do tradicionalismo. Ao que tudo indica, trata-se de um problema do homem em geral. É possível que a Medicina, a Psicologia e a Sociologia possam diagnosticar que tais manifestações não constituem herança adquirida da ciência objeto de estudo por esta ou aquela pessoa.

Não é razoável olvidar que as mudanças jurídicas dependem de outras forças sociais, que alimentam o Direito, e embora os juristas se mantenham de olhos abertos e manifestem o seu pensamento, nem sempre encontram ressonância e aceitação para as suas idéias.

Se essas forças não o impuserem, o jurista autêntico, jamais consagrará um sistema jurídico em descompasso com as exigências do momento histórico, perenizando idéias e concepções efêmeras de uma época passada, e ainda poderá aplicar inovações vivificadoras no processo exegético, antepondo-se às mudanças nos quadros normativos.

6. DESAFIO AOS JURISTAS: A RENOVAÇÃO E ADEQUAÇÃO DO DIREITO ÀS EXIGÊNCIAS DA SOCIEDADE MODERNA

Poucos podem discordar que a vida social ainda se encontra no presente insegura e vacilante, trazendo, envolvente, a corrente dos problemas desencadeados pela existência, sem que os caminhos a percorrer — os quais não podem ser construídos senão por via de uma técnica fundamentada cientificamente — conduzam ao melhor destino.

(125) Cf. Eduardo White, *El Derecho Económico en America Latina*, Caracas, 1977, p. 11.

A sociedade torna-se cada vez mais complexa, os seus problemas se multiplicam, agitados pelas lutas e aspirações de seus membros, que buscam a rota mais segura para a realização de seus objetivos.

Mas, para encaminhar as energias criadoras do homem no sentido dos seus mais elevados propósitos, faz-se indispensável a construção de uma obra de base, evitando-se o risco da ruptura dos alicerces.

É preciso compreender que os objetivos de indivíduos e grupos, à base de um esforço cooperativo, não se tornarão realizáveis senão dentro de uma esfera de segurança que preserve as condições fundamentais de existência.

O Direito será, então, a base de tudo isso, fornecendo as instituições que irão possibilitar os meios e as circunstâncias adequadas à concretização das inúmeras tarefas políticas, econômicas e culturais exigidas pelos integrantes do organismo social.

Não se deve esquecer, no entanto, que o Direito também está sujeito ao progresso. Um sistema jurídico desentrosado com as exigências e necessidades do momento presente, que perpetue as idéias transitórias de uma época passada, tem pouco por que recomendar-se. Num mundo em transformação, o Direito não pode cumprir eficazmente a sua missão sendo concebido apenas como um instrumento inalterável. É preciso conciliar de algum modo as forças contraditórias da mobilidade e do repouso, da conservação e da inovação, da permanência e da mudança (126).

Tem-se de admitir que essa tarefa que se cobra do Direito é grandemente dificultada pela mobilidade da vida social. Com efeito, a sociedade está sujeita a mudanças da mais variada natureza, sendo algumas externas, enquanto que outras surgem dentro de seu próprio seio. Semelhante mobilidade cria um hiato, fazendo com que os esquemas legais baseados em normas rígidas vão se desprendendo cada vez mais das realidades sociais em que tais normas deveriam ser aplicadas.

O distanciamento crescente entre a realidade social e o Direito tornou-se mais visível a partir do término da Primeira Guerra Mundial, quando, a quase totalidade dos países, viram-se tomados por um ritmo muito acelerado em sua mobilidade. Um sem número de inventos, descobrimentos, avanços técnicos, modificações culturais, acontecimentos políticos, lutas sociais, conflitos bélicos e novos fenômenos de organiza-

(126) Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 246.

ção social vieram colocar em ebulição a maior parte das antigas "sociedades em repouso".

A desconexão entre a lei e a realidade social torna-se um problema palpável, que a ninguém é dado ignorar e, por isso, nem os sociólogos e nem os juristas podem passar por cima, encarando-o com indiferença.

Não se trata apenas do desequilíbrio entre a lei e as circunstâncias novas que o sentido fatalista da história vai gerando, mas da impetuosa invasão na vida social de outras condições de vida individual e social, em razão de novos fatos, forças e idéias que modificam sobremaneira os caminhos dessa mesma vida.

Convém, para tanto, não apenas imprimir maior dinamismo ao Direito, mas evitar a rigidez da norma legal, de modo que esta não se oponha à mobilidade da realidade social.

Ademais, parece muito difícil que o desajustamento possa ser superado mediante a agilidade do legislador, pois, na prática, chegar-se-á à conclusão de que inexistente esse legislador atento e aprestado e muito menos se inquietam os juristas por lhe oferecer o estímulo e a colaboração técnica. A vertiginosa marcha dos acontecimentos, contudo, não aconselha que perdue a insensibilidade.

Por outro lado, as rápidas e intensas transformações sociais, de par com o despreparo e a morosidade do aparelhamento legislativo, levam a que a norma, ao entrar em vigência já esteja ultrapassada no tempo. As novas circunstâncias sociais, por si mesmas, traçam-lhe o caminho da obsolência.

Na opinião de *Eduardo Novoa Monreal*, isto demonstra que o legislador somente pode caminhar a saltos, no momento dado em que põe em movimento seu aparato de produção legislativa, por muito que se inquiete por manter sempre em dia a legislação. Em troca, a vida social evolui fluida e constantemente, em seu permanente distanciamento de suas formas pretéritas (127).

Com o progresso alcançado no mundo da ciência e da técnica descortina-se uma nova realidade, uma verdadeira "civilização tecnológica", definida por *García-Pelayo* como "uma nova estrutura ou realidade histórica surgida, de um lado, da unidade entre a investigação teórica e a técnica, na qual a investigação exata e o domínio do objeto são dimensões inseparáveis, e, de outro, da exploração de suas possibilidades

(127) *Eduardo Novoa Monreal*, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 37.

pelos interesses econômicos e pelo poder político" (128).

Necessário se faz, assim, que juristas e legisladores alarguem a sua visão, reformulando métodos e concepções, a fim de que possam bem compreender e assimilar essa nova realidade, que transforma as circunstancialidades da vida humana e dá origem a uma específica legalidade, ou seja, a um conjunto de relações necessárias, a que *Schelsky* denomina de "*legalidade coisificada*" (129).

Aí estão, diante de todos, novas forças e meios a serviço do homem, novas formas de organização, diferentes manifestações culturais e das idéias, fenômenos sociais de toda ordem, tudo a revelar o avanço da humanidade.

É de se destacar que muitas destas mudanças tem menos de três décadas que começaram a se produzir e, como a sua influência no terreno jurídico é por demais manifesta, seria de imaginar a presença de um Direito mais atuante, apto a responder às novas e complexas exigências sociais.

Contudo, apesar de substanciais alterações verificadas, sob o influxo do intervencionismo econômico, ainda subsistem desatualizados esquemas jurídicos, princípios ultrapassados, instituições obsoletas e a mesma forma de expressar e aplicar o Direito.

Os juristas, em razão de sua inoperância e de sua letargia, perdem muito de sua decisiva influência no curso da vida social e essa circunstancial retração, embora com certa dose de exagero, faz com que sejam olhados como espécimes de uma fauna em vias de extinção.

Para superar o descrédito, há uma necessidade inafastável de que os homens do Direito ampliem os seus horizontes e de alguma forma se preparem para enfrentar as mudanças e os novos tempos, com o oferecimento de soluções traduzidas em regulações normativas que correspondam às solicitações do mundo de hoje.

Refere *Eduardo White*, que a configuração do marco jurídico-institucional como variável estratégica do processo de desenvolvimento, aprofunda e agrava a situação de desajuste e desintegração normativa que vem avançando desde o início do intervencionismo estatal. De fato, o processo de criação legislativa na área econômica continua sendo eminentemente casuístico, disperso e desordenado. A necessidade de operar mudanças rápidas obriga a recorrer com maior frequência ainda à legislação irregular gerada pelo Poder Executivo através de decretos,

(128) Manuel García-Pelayo, *Burocracia y Tecnocracia*, Madrid, 1974, pp. 34 - 35.

(129) Cf. Manuel García-Pelayo, *op. cit.*, p. 35.

regulamentos, circulares e orientações. Tudo isto, segundo ele, produz uma distância ainda maior entre os Códigos tradicionais e o novo Direito Econômico, que se superpõe e se contradiz com as normas de fundo preexistentes (130).

As deficiências e as imperfeições em matéria legislativa, por motivo das flutuações da conjuntura econômica, disseminam-se por todos os ramos do Direito e parecem desafiar a capacidade dos juristas, aumentando-lhe as preocupações, num quadro que se desenha fora do seu controle. Pondera *Fávila Ribeiro*, no entanto, que o intervencionismo, estatal não se podia cumprir às expensas da legislação tradicional, em sua rigorosa aceção material e formal, dado que essas normas circunstanciais mergulham na concreção, ficando com o seu campo de polarização circunscrito a uma fase quase sempre de breve transcurso. No seu entender, resulta tudo isso do reconhecimento da inadaptabilidade da norma legislativa para resolver essas situações, havendo necessidade de contar-se com uma legislação de conjuntura, na expressão afortunadamente cunhada por *Eros Grau*. Considera o mestre cearense que esse tipo de norma que deve dispor de viabilidade técnica e agilidade manufatureira não vem sendo moldada nas oficinas legislativas (131). A "legislação de conjuntura", contudo, permanece sujeita a questionamentos, no que tange à sua qualidade.

O fato é sobremaneira agravado com a súbita aceleração do progresso tecnológico, a tal ponto que o professor americano *Alvin Tofler* chega a sugerir que os homens aprendam a moderar o ritmo da mudança, porque, de outra forma, a humanidade poderá se ver condenada a um fracasso de adaptação, pela impossibilidade das instituições normais da sociedade acompanharem aquele ritmo. A súbita desorientação, a que ele chama de "futur shock", poderá converter-se em uma verdadeira anomia social (132).

Como nada parece indicar que se consiga reduzir ou mesmo refrear o ritmo das transformações sociais, é indispensável que os juristas se mantenham atentos, de olhos abertos, visão renovada, senso crítico apurado, para, através da criatividade, produzirem as formulações de que o Direito necessita como conformador da ordenação social e econômica.

(130) Eduardo White, *El Derecho Económico en America Latina*, Caracas, 1977, p. 51.

(131) Fávila Ribeiro, *O Legislativo e a Problemática da Responsabilidade na Organização Constitucional Contemporânea*, Brasília, 1980, p. 41.

(132) Cf. Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 44.

A verdade é que as mudanças sociais, processando-se num movimento acelerado, ensejando o nascimento de novos valores e novas necessidades, começam a reclamar dos estudiosos do Direito uma retomada de posição, de forma a vencer o descompasso entre o Direito e a realidade social, de modo a garantir um equilíbrio nas formas de convivência social, que deve se beneficiar dos avanços técnico-científicos, jamais os encarando como um perigo à estabilidade dos próprios componentes da sociedade.

Uma simples observação mostra que inúmeros institutos jurídicos estão divorciados da realidade social. Aduz *Orlando Gomes*, que no setor do Direito Privado, menos exposto a mutações, o desencontro sucede nas instituições básicas: a família, a propriedade, o contrato. A seu ver não é mais possível contestar honestamente a disparidade entre a configuração legal desses institutos e sua fisionomia real. Evidente, em outros termos, o descompasso entre as estruturas formais e materiais. O atraso do Direito, arremata, se bem que menos chocante, é também indisfarçável, pois se continua a operar com os conceitos do século passado, usando a mesma sistemática e o mesmo vocabulário, insensíveis à obsolescência desse equipamento (133).

Acentua ainda *Orlando Gomes* que o descompasso entre a lei e os fatos observa-se também no domínio tradicional do Direito Privado, quer na conceituação dos institutos jurídicos, quer na estruturação dos Códigos. Estes ainda se estruturam como se não existissem os dados da nova realidade social, moldados em formas obsoletas, trabalhadas sobre textos romanos, abarrotados de regras inúteis, a se deterem na disciplina de anacronismos como o dote, a comunhão universal de bens, o bem de família, o direito real de uso, o de habitação, as rendas constituídas sobre imóveis, a enfiteuse, a anticrese, o fideicomisso, o direito de crescer e outros (134).

Revela a constatação que os técnicos do Direito, com poucas exceções, não por serem conservadores, tem sido incapazes de entender o sentido do novo quadro social.

(133) *Orlando Gomes e Antunes Varela, Direito Econômico, São Paulo, 1977, p. 179.*

(134) *Orlando Gomes e Antunes Varela, op. cit., p. 181.*

Em outros domínios do Direito Privado, como no Direito Comercial, a situação é idêntica, verificando-se a desatualização da matéria legal relativa às sociedades comerciais — com ressalva para as sociedades por ações — e de inúmeros institutos já em desuso, face às novas condições sociais e econômicas. O ordenamento jurídico brasileiro registra essas e outras situações, sem grande esforço de pesquisa.

Com essa crítica construtiva, ao por de relevo algumas fendas que se vem aumentando no ordenamento jurídico, tem-se em mira renovar o interesse na extirpação de todo o Direito anacrônico ou contrário à realidade em que é aplicável.

De outro lado, impõe-se evitar que a edição de leis novas, em coexistência com a legislação tradicional básica, representada especialmente pelos Códigos, venha a produzir uma dissociação interna dentro do sistema jurídico nacional. O que se verifica, na prática, é que de uma parte se conserva como um sistema básico toda a legislação tradicional, de que é mais frisante exemplo a codificada; e, por outra parte, incorpora-se um número expressivo de leis de inspiração moderna, mas que, por seu sentido social, divergem em sentido e finalidade daquela. E não raro estas leis modernas, desordenadas, improvisadas, imprecisas, obscuras, carentes de organicidade, se chocam com a qualidade jurídica da legislação tradicional, de excelente condição em técnica e sistematização.

A renovação e adequação do Direito, para responder às exigências da sociedade moderna, deve ser muito mais ampla e transcende a simples medidas corretivas e adaptadoras por via de uma legislação paralela, de qualidade duvidosa, numa flagrante quebra da unidade do conjunto.

Com a transfiguração imposta pelo intervencionismo econômico, o Direito tem de assimilar o significado revolucionário das novas estruturas sociais.

E deve ser um compromisso indeclinável dos juristas essa tarefa de renovação e adequação do Direito neste atual estágio da civilização pois, como afirma *Arturo Alessandri*, "*si no se tiene el tino de efectuar las reformas jurídicas que las circunstancias reclaman, serán los hechos los que más fuertes que la voluntad de los hombres, harán cambiar las instituciones, y se producirá lo que un autor ha calificado muy acertadamente: la revuelta de los hechos contra el Derecho*" (135).

O caminho não pode ser outro. Sendo as instituições, como disse *Perroux*, essencialmente transitórias, resulta de toda lógica que estejam expostas a um permanente processo de revisão e adaptação (136).

(135) Citado por Daniel Moore Merino, *Derecho Económico*, Santiago, 1962, p. 11.

(136) Daniel Moore Merino, *op. cit.*, p. 13.

O amadurecimento do espírito humano, na civilização atual, sobrepairando os limites do planeta em que se vive, na busca de novas conquistas e outras civilizações, já não permite ao jurista permanecer com as janelas cerradas, abstraindo-se da realidade exterior, indiferente às mutações de um mundo em constante e contínua renovação.

Há razões de sobra para acreditar que uma atmosfera de mobilidade e mudança impulsionam, muito além de qualquer vontade conservadora, a um processo de criação cultural que procura expressar-se em variações e revisões das formas de vida social. Semelhante espírito há de prevalecer ainda quando se tenha de desbordar os marcos contingenciais nos quais se insere.

Não parece utópico pretender, com *Eduardo Novoa Monreal*, que um moderno sistema normativo, concebido com audácia e imaginação, venha a se orientar no sentido de alcançar como metas:

- 1 — sistema legal novo, que expresse adequadamente as necessidades sociais do momento;
- 2 — integração de todos os seus preceitos em um ordenamento sistemático único, bem articulado e coerente;
- 3 — flexibilidade de seus preceitos para que possam ir se colocando em consonância com as novas necessidades sociais e tão logo estas vão surgindo;
- 4 — ser composto por um número reduzido de preceitos claros, ordenados e precisos, preferentemente, não constituído por extensos códigos, mas de módulos reduzidos, destinados a cada um dos aspectos que devem ser regulados, sistematizados e harmonizados entre si e substituíveis com facilidade e isoladamente, sem deterioração do conjunto (137).

O trabalho de renovação e ajustamento do Direito à realidade social deve ainda consistir na elaboração de normas jurídicas que se ocupem dos novos problemas que se incorporam à vida social, em razão dos adiantamentos técnicos, como, por exemplo, em matéria de comunicação de massa, proteção ao meio ambiente, fabricação de alimentos, no campo biológico, onde já avultam as situações como os transplantes de

(137) Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, México, 1977, p. 64.

órgãos humanos ou animais em razão de doença, em pessoas de ambos os sexos, a mudança de sexo, mediante intervenção cirúrgica (operações transexuais), a inseminação artificial, a fecundação "*in vitro*", além de outros casos de interesse para o Direito.

Um empreendimento desse porte, evidentemente, não poderá contar com o trabalho exclusivo dos juristas, ao contrário, exigirá o concurso de especialistas não apenas da área de Ciências Sociais, mas também daqueles de Ciências Exatas e Naturais, num trabalho, portanto, multidisciplinar. Com isso, tem-se de admitir a necessidade de um conhecimento científico integrado, harmônico, vinculado sempre àquilo que lhe é essencial, como obra do homem, e para a realização do ser humano em suas potencialidades.

As aspirações, os sentimentos, as necessidades, os novos valores sociais que decorrem das condições mutacionais impostas pela ciência e pela tecnologia, poderão assim ser melhor compreendidos e captados pelos homens do Direito, dotando-os do instrumental necessário à elaboração de padrões de conduta que correspondam e se adequem às exigências da sociedade do Estado intervencionista.

Só assim o Direito será o reflexo exato da realidade social e só assim os juristas poderão estabelecer os modelos comportamentais que nela se inspirem, e não se tornem fruto do simples capricho ou da vontade do legislador, vazios, desumanizados, um papel a mais que se descolorirá com a poeira do tempo.

O desafio contemporâneo do jurista não se resume, portanto, no trabalho crítico das instituições jurídicas, mas, sobretudo, na criação de uma normatividade adequada a canalizar as aspirações da moderna sociedade (138).

E parece ser não apenas o grande desafio, mas o compromisso maior dos juristas deste século.

CONCLUSÕES

1. A superação do abstencionismo e a conseqüente ascensão do intervencionismo estatal revestem-se de grande interesse para os juristas, pelas repercussões que ensejaram no plano do Direito, especialmente a partir deste século, com a criação de novos mecanismos legais e a renovação e revitalização da ordem jurídica.

2. O intervencionismo e o poder de polícia são noções inconfundíveis e inteiramente irredutíveis. O poder de polícia ganhou dimensões novas, saindo, de sua conceituação tradicional e se constitui num dos instrumentos de que dispõe o Estado intervencionista para a ordenação do processo econômico e social, despontando no desempenho desse mister a polícia das atividades econômicas.

3. O aumento excessivo da legislação, em conseqüência da expansão intervencionista, torna plenamente inviável o conhecimento e o domínio de toda a matéria legislativa. Impõe-se, por isso, rever e repensar o princípio da segurança jurídica, atribuindo a este um conceito dinâmico, bem como uma revisão do princípio que se consubstancia na máxima latina "*ignorantia legis neminem excusat*". A realidade das coisas está a demonstrar que este último princípio não passa de uma ficção, desprovida atualmente de qualquer significação real, mais falsa do que verdadeira, pois ninguém conhece todo o Direito e, numa sociedade de massa como a de hoje, apenas uma inexpressiva minoria de homens conhece uma parte — e bem reduzida — das leis em vigor, porque, no final das contas, o domínio de todas as normas legais tornou-se impossível.

4. O Direito é um reflexo da realidade social, mas atua, também, como condicionante dessa realidade. Não se pode negar que os fenômenos econômicos contribuem poderosamente na configuração dos conteúdos jurídicos, mas, por sua vez, o Direito também age sobre o econômico, como acontece na ordenação do processo econômico, por via do intervencionismo, que se exercita através de disciplinamentos jurídicos.

5. A adoção do desenvolvimento como princípio constitucional, tal como consagrado na ordem política brasileira, confere ao Direito uma função instrumental, como conformador da ordem econômica e social e impulsionador da mobilidade social. As normas jurídicas buscam orientar a política intervencionista com a preocupação do bem-estar social e do desenvolvimento.

6. A socialização do Direito é uma tendência do século atual, como resultado do declínio do clássico Direito individualista de inspiração liberal. O Direito adquiriu um sentido novo, de forma a ajustar-se às preocupações de conteúdo social, em face das transformações impostas pelo intervencionismo econômico à sociedade moderna. A reação ao individualismo jurídico se orienta no sentido de resguardar e proteger os interesses coletivos, que passam a se sobrepôr, em muitos aspectos, aos individuais. A melhor política, no entanto, deve ser aquela em que se evitem os extremos, cuidando-se de não separar o individual do social, mas antes procurando conciliá-los, impedindo-se uma debilitação dos valores humanos, produzida por uma exacerbação coletivista que ponha em risco a liberdade do homem.

7. No Estado intervencionista a liberdade tem de ser construída sob uma visão social, mas necessário se faz para a sua realização, que se busque compatibilizar a segurança econômica com o máximo possível de garantias de liberdade pessoal. A subsistência e preservação da liberdade humana exigirá que sejam refreados os excessos intoleráveis do intervencionismo estatal. Torna-se imprescindível para tanto, a utilização de técnicas e mecanismos jurídicos eficientes, a fim de que possam ser resguardadas relevantes zonas de liberdade. A grande contribuição do Direito será, assim, harmonizar o princípio da liberdade, indispensável ao desenvolvimento e valorização da pessoa humana, com o da igualdade, procurando reduzir as distâncias sociais e assegurar uma crescente participação de todos.

8. Com a presença atuante e decisiva do Estado na condução da atividade econômica, em perseguição aos seus objetivos desenvolvimentistas, a tradicional divisão Direito Público-Direito Privado reduziu a sua significação, pela interpenetração que se dá entre estes dois setores, em razão da perda pelo Estado e indivíduo de seus monopólios sobre as atividades públicas e privadas. Importa considerar, então, como um "*tertium genus*", o Direito do Estado Social, destinado a acolher as normas de teor social, que não mais encontram adequado enquadramento naquela clássica divisão.

9. O intervencionismo econômico, por suas repercussões em todos os quadrantes do universo social, impôs grandes modificações na ordem jurídica, ensejando o surgimento de novas situações, introduzindo técnicas novas e produzindo a remodelação de velhos e tradicionais institutos e formas jurídicas, afastando-se dos modelos e instituições ortodoxos. Os novos ramos do Direito e outros que começam a vicejar, resultantes de todas as modificações experimentadas ao longo do tempo, revelam em traços vigorosos o quadro representativo das realidades jurídicas emergentes.

10. As restrições impostas à propriedade e à contratação no Estado intervencionista, em face da submissão às normas de interesse público e do conteúdo social de que se acham impregnadas certas instituições, não desnatura o seu caráter e fundamento de Direito Privado. A orientação social do Direito Privado, produto da nova vocação social, não deve ser confundida com o Direito Público. As transformações tem se feito sentir de um e de outro lado, de modo que se tornam cada vez mais imprecisas as fronteiras que separam os tradicionais territórios do Direito. As limitações à liberdade contratual não provêm apenas do Direito Público, mas resultam, também, das novas formas de atividade econômica, como a negociação em massa, que deu causa a novos usos, métodos e técnicas no que se refere à configuração dos instrumentos contratuais. O dinamismo da atividade econômica tornou necessária a uniformização das condições contratuais, de forma a propiciar a simplificação e maior celeridade na celebração dos negócios jurídicos.

11. Sendo a realidade social dinâmica, sujeita a constante evolução, o Direito, como parte dela, não poderá ser compreendido senão em termos igualmente dinâmicos. A visão estática e retrospectiva do Direito, construída no século passado, para atender aos interesses da burguesia no Estado liberal, deve ser substituída por uma visão dinâmica e prospectiva, de sorte que o Direito, inteiramente ajustado à realidade social do Estado contemporâneo, possa superar os descompassos, atuando, ativamente, como veículo de edificação da vida social e econômica. Sob esse prisma, há de se pretender que a ordem jurídica seja estável, mas não imutável.

12. O progresso alcançado no mundo da ciência e da técnica, trazendo o impacto de uma verdadeira "civilização tecnológica", impõe aos homens do Direito não uma postura de conservadorismo, mas de vanguarda diante das transformações sociais. Neste século, o grande desafio que se apresenta à imaginação criadora dos juristas será, mediante um trabalho de renovação do Direito, a construção de um sistema normativo capaz de responder às aspirações e exigências da sociedade moderna. Na realização desse empreendimento, tendo em conta o objetivo social do Direito, a orientação a ser adotada, válida e legítima, não poderá perder de vista os valores imperecíveis do homem, como a liberdade e a dignificação da pessoa, que resumem o sentido maior da existência.

BIBLIOGRAFIA

- AVELÃES NUNES, A. J. *Os Sistemas Econômicos*. Coimbra, 1975. *Separata do Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, XVI, 7 - 265, 1975.
- BAENA DE ALCAZAR, Mariano. *Regimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*. Madrid, Editorial Tecnos, 1966.
- BALANDIER, Georges. *As Dinâmicas Sociais*. Trad. Gisela Stock de Sousa e Hélio de Sousa. São Paulo, Difel, 1976.
- BARCELONA, Pietro. *Intervento Statale e Autonomia Privata nella Disciplina dei Rapporti Economici*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- *Diritto Privato e Processo Economico*, Seconda Edizione. Napoli, Jovene Editore, 1977.
- BEZNOS, Clovis. *Poder de Polícia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- *Democracia e Liberdade no Contrato Social de Rousseau*. in: *Estudos em Homenagem a J. J. Rousseau*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Direito Público e Ciência Política, 1962, p. 147 - 174.
- BURDEAU, Georges. *Les Libertés Publiques*, Quatrième Édition. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972.
- *A Democracia*, 3ª. ed. Trad. Paulo Antônio dos Anjos. *Mira-Sintra-Mem Martins* (Port.), Publicações Europa-América, 1975.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas*. Trad. Maria Luzia Guerreiro. Coimbra, Centelha Promoção do Livro, SARL, 1977.
- CARVALHOSA, Modesto Sousa Barros. *Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1952, 4 v., v.III.
- *Tratado de Direito Administrativo*, 5ª. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, 5 v., vol. III.

- COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*. Cinquième Édition. Paris, Dalloz, 1975.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 353, 14 - 26, 1965.
- CONESA, Fernando. *Libertad de Empresa y Estado de Derecho*. Madrid, Ediciones RIALP, 1978.
- COSTA, Joaquín. *La Ignorancia del Derecho*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Obrigações*, 3ª. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1979.
- COUTO, Hugo Rangel. *La Teoría Económica y el Derecho*, 2ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1979.
- CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª. ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1976.
- DAHRENDORF, Ralf. *Sociedad y Libertad*. Trad. José Jiménez Blanco Madrid, Editorial Tecnos, 1971.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. São Paulo, José Bushatsky, 1976.
- DELGADO, Hugo Caldera. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- DELGADO, Luiz. *Compêndio Elementar do Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª. ed. Recife, Imprensa Universitária da Universidade Federal de Pernambuco, 1975.
- DENIS, Henri. *História do Pensamento Econômico*. Trad. Antônio Borges Coelho. Lisboa, Livros Horizontes, 1978.
- DIAZ, Carlos Otero. *Una Investigación sobre la Influencia de la Economía en el Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- DIAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 6ª. ed. Madrid, Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1975.
- DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977, Tomo I.
- DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y Libertades en el Mundo Actual*. Trad. Octavio Monserrat Zapater. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- DUQUE DOMINGUEZ, Justino F. *Iniciativa Privada y Empresa*. In: *Constitución y Economía*. Coord. Luis Sanchez Agesta. Org. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 49 - 77.

- DUVERGER, Maurice. *Introdução à Política*. Trad. Mario Delgado. Lisboa, Editorial Estudios Cor, 1964.
- EISENMANN, Charles. *Las Ciencias Sociales en la Enseñanza Superior-Dereito*. Madrid, Unesco, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sucesores de Rivadeneyra, 1958.
- ELKAN, Walter. *Introdução à Economia do Desenvolvimento*. Trad. Octávio Mendes Cajado. São Paulo, Cultrix, 1977.
- ESTEBAN, Jorge de. *Constituciones Españolas y Extranjeras*, 2ª. ed. Madrid, Taurus Ediciones, 1979, 2 v.
- FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1971.
- FEIJOO, J. Varela. *La Protección de los Derechos Humanos*. Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1977, 3v., v.III.
- *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- *Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- FIGUEIREDO JÚNIOR, César Crissúma de. *A Liberdade no Estado Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- FIORINI, Bartolome A. *Derecho Administrativo*, 2ª. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2 Tomos, Tomo II.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, 18ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1978.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *A Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. Revista de Direito Público, São Paulo, 11, 7 - 12, jan./mar., 1970.
- FRIEDMANN, W. *El Derecho en una Sociedad Transformación*. Trad. Florentino M. Torner. México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- FROMM, Erich. *O Medo à Liberdade*. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro, Zahar, 1978.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo, Livraria Pioneira, 1977.
- GARCÍA, Pedro de Miguel. *El Intervencionismo y la Empresa Pública*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Burocracia y Tecocracia*. Madrid, Alianza Editorial, 1974.
- GARDIOL, Ariel Alvarez. *Manual de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, 2 v.
- *Las Transformaciones del Regimen Administrativo*, 2ª. ed. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- GORDILLO, Agustin A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Machi-Lopes, 1979, 3 Tomos.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- *Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 519, 13 - 20, jan., 1979.
- *Notas a Respeito do Direito do Planejamento: uma Hipótese a Discutir*. Revista de Direito Público, São Paulo, 41/42, 281 - 83, jan./jun., 1977.
- *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo, Saraiva, 1980, v.46, p. 52 - 67.
- *Função Social da Propriedade*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 39, p. 17 - 27.
- GURVITCH, Georges. *Problemas de Sociologia do Direito*. In: *Tratado de Sociologia*. Dir. Georges Gurvitch. São Paulo, Martins Fontes, 1977, p. 239 - 284, 2 v., v. II.
- HOLANDA, Antônio Nilson Craveiro. *Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Regional*. Fortaleza, Banco do Nordeste do Brasil, 1975.
- HUNGRIA, Nelson. *Prefácio a Reflexões sobre a Crise do Direito, de C. J. de Assis Ribeiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 5 - 8.
- HUNTINGTON, Samuel P. *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*. Trad. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1975.
- JHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. Vicente Sabino Jr. São Paulo, José Bushatsky, 1978.
- JOUVENEL, Bertrand de. *Los Orígenes del Estado Moderno*. Trad. Gerardo Novás Peleteiro. Madrid, Editorial Magisterio Español, 1977.
- KAISER, Joseph H. *Prefácio a Planificación*. Ed. Joseph H. Kaiser, Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, p. XVII-XX, 2 v., v. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*, 15ª. ed. Trad. Luis Legaz y Lacambra. México, Editora Nacional, 1979.

- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Versão esp. Jaime Santos Briz. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, 2 Tomos, Tomo I.
- LATORRE, Angel *Introdução ao Direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra, Livraria Almedina, 1978.
- LAUBADÈRE, André de. *Droit Public Économique*, Deuxième Édition. Paris, Dalloz, 1976.
- *Manuel de Droit Administratif*, Dixième Édition. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*, Cuarta Edición. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1975.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Trad. Teruka Minamisawa. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964.
- LIPSON, Leslie. *A Civilização Democrática*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1966, 2v., v. II.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- LOJENDIO, Ignacio Maria de. *Derecho Constitucional Económico*. In: *Constitución y Economía*. Coord. Luis Sanchez Agesta. Org. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 79 - 98.
- LYRA, Roberto. *Visão Social do Direito*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, Juriscredi, 1973.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A Herança Liberal e a Tentação Tecnocrática*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, Imprensa Universitária da Universidade Estadual do Ceará, 1980.
- MANNHEIM, Karl. *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*. Trad. Miguel Maillat. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1972.
- MARINHO, Josaphat. *A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras*. Revista de Direito Público, São Paulo, 19, 51 - 9, jan./mar., 1972.
- MARTINEZ, Soares. *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa, Editorial Verbo, 1978.
- MATEO, Ramon Martin; WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid, Ediciones Pirámide, 1974.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre o Poder de Polícia*. Revista de Direito Público, São Paulo, 9, 55 - 68, jul./set., 1969.

- MELO FILHO, Alvaro. *Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1976.
- MENEZES, Djacir. *Tratado de Filosofia do Direito*. São Paulo, Atlas, 1980.
- MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México, Editora Nacional, 1975.
- MERINO, Daniel Moore. *Derecho Económico*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1962.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro, Boffoni, 1947, 4 v., v. IV.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, Segunda Edición. México, Siglo Veintiuno, 1977.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 3a. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 3a. ed. Coimbra, Centelha-Promoção do Livro, SARL, 1978.
- MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na Atividade Econômica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Org. Herbert Marcuse. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar, 1969.
- NEUMARK, Fritz. *Problemas Económicos y Financieros del Estado Intervencionista*. Trad. José María Martín Oviedo. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1963.
- OLIVEIRA, Fernando Albino de. *Limites e Modalidades da Intervenção do Estado no Domínio Económico*. Revista de Direito Público, São Paulo, 37/38, 52 - 64, jan./jun., 1976.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*, 3a. ed. Trad. Herrera Filho. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1971.
- ORTIZ, Gaspar Ariño; ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Presentación y Estudio Introductorio*. In: *Planificación*. Ed. Joseph H. Kaiser, Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, p. XXI-LVII, 2 v., v. I.
- OVIEDO, Carlos García. *Derecho Administrativo*. Madrid, EPESA, 1948.
- OVIEDO, Carlos García; USEROS, Enrique Martínez. *Derecho Administrativo*, 9a. ed. Madrid, E.I.S.A., 1968, 3 v., v. I.

- PEREIRA, Affonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. São Paulo, José Bushatsky, 1974.
- PEREZ MORENO, Alfonso. *Consideraciones sobre el Rango Normativo de la Ley del Plan de Desarrollo*. In: *Planificación*. Ed. Joseph H. Kaiser, Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, p. 183 - 213, 2 v., v. I.
- PICAZO, Luis Diez. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1975.
- *Derecho y Masificación Social, Tecnología y Derecho Privado*. Madrid, Editorial Civitas, 1979.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. São Paulo, Resenha Tributária, 1977.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1963.
- *Lições Preliminares de Direito*, 4ª. ed. São Paulo, Saraiva, 1977.
- RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1965.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- *A Ordem Jurídica e a Transformação Social*. Revista Nomos dos Cursos de Mestrado, Bahia/Ceará/Pernambuco, Fortaleza, 01, 17 - 40, 1978.
- *Intervenção do Estado para Promover o Bem-Estar Social*. Revista de Direito Público, São Paulo, 16, 115 - 16, abr./jun., 1971.
- *O Legislativo e a Problemática da Responsabilidade na Organização Constitucional Contemporânea*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1980.
- RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador, Editora Itapoã, 1964, 2 v., v. II.
- RODRÍGUEZ-AGUILLERA, Cesáreo. *La Realidad y el Derecho*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1974.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1978, 3 v., v. III.
- ROJAS, Andrés Serra. *Derecho Administrativo*, Quinta Edición. México, 1972, 2 tomos, Tomo II.
- SANCHEZ AGESTA, Luis. *Las Antítesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976.

- SANCHEZ AZCONA, Jorge. *Normatividade Social*. México, Editorial Porrúa, 1975.
- SANTOS BRIZ, J. *Derecho Económico y Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Montevideo, Talleres Graficos Barreiros y Ramos, 1974, 2 v., v. I.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Da Ordem Econômica na Nova Constituição*. Revista Forense, Rio de Janeiro, 222, 19 - 30, abr./jun., 1968.
- SERRA, Alfonso Padilla. *El Poder Ejecutivo y la Ordenación Económica*. In: *Constitución y Economía*. Coord. Luis Sanchez Agesta. Org. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 187 - 199.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra, Atlântida Editora, 1969.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. *Iniciação à Teoria do Estado*, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Belo Horizonte, Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977.
- STAMMLER, R. *Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*, 4ª ed. Trad. W. Roces. Madrid, Editorial Reus, 1929.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975.
- TASSARA, Andrés Ollero. *Derecho y Sociedad*. Madrid, Editora Nacional, 1973.
- TELLES, Ignacio da Silva. *A Experiência da Democracia Liberal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- TOBEÑAS, José Castan. *La Socialización del Derecho y su Actual Panorámica*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965.
- . *Humanismo y Derecho*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962.
- TOURINHO, Arx da Costa. *Intervencionismo Estatal e Direito Penal Econômico*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 55, 45 - 54, jul./set., 1977.

- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- VASQUEZ, Ramon F. *Poder de Polícia*, 2ª. ed. Buenos Aires, F. Díaz, Editor, 1957.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado e Liberdade Econômica no Direito Constitucional Brasileiro*. In: *As Tendências Atuais do Direito Público*. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 419 - 449.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Politico*, 2a. ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1976, 3 v., v. I e III.
- *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- VIANA, Cibilis da Rocha. *A Dinâmica do Desenvolvimento Econômico*, 2ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- VIEIRA, R.A. Amaral. *O Intervencionismo Brasileiro: Raízes Históricas e Perspectivas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 42, 295 - 368, abr./jun., 1974.
- VILLAR PALASI, José Luis. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1974, 2 v., v. I.
- VITA, Anna de. *La Proprietà nell' Esperienza Giuridica Contemporanea*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- WALD, Arnold. *O Direito do Desenvolvimento*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 383, 7 - 18 set., 1967.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 2ª. ed. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz e José Ferrater Mora. México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- WHEARE, K.C. *Las Constituciones Modernas*, 2ª. ed. Barcelona, Editorial Labor, 1975.
- WHITE, Eduardo. *El Derecho Económico en America Latina*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977.
- WITKER, Jorge. *O Direito na America Latina, Conteúdo e Ensino*. Trad. Manuela Leandro. Coimbra, Centelha, Promoção do Livro, SARL, 1975.