

Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Poder Administrativo na Economia
A Fiscalização e Planificação:
Origem, Extensão e Responsabilidades.

Marco Túlio de Rose

Porto Alegre, 2003.

Poder Administrativo na Economia - A Fiscalização e a Planificação: Origem, Extensão e Responsabilidades

Apresentação

Introdução

I. Dimensão Histórica do Poder Administrativo na Fiscalização e Planificação Económicas

- A. Estado Absolutista;**
- B. Estado Liberal;**
- C. Estado Social e**
- D. Estado Pós-Moderno**

II. Poderes Político e Administrativo

- A. Conceito e Extensão do Poder Político;**
- B. O Conflito Direito e Política e sua Dimensão Atual;**
- C. Conceito de Poder Administrativo;**
- D. Espécies de Poder Administrativo;**

III. A Fiscalização da Economia

- A. Visão Inicial da Relação entre Direito e Economia;**
- B. Conceito de Fiscalização Económica;**
- C. Objetivos da Fiscalização Económica;**
- D. Formas da Fiscalização Económica**
- E. As Agências Reguladoras**
- F. Limites e Dimensão Pós-moderna;**

IV. Planificação Económica

- A. Conceito e Diferenciações;**
- B. Objetivos;**
- C. Formas e Evolução Legislativa;**
- D. Limites e Dimensão Pós-Moderna.**

V. Responsabilidade Administrativa no Exercício dos Poderes de Fiscalização e Planificação Económicas

- A. Introdução ao Tema e Perspectiva Comparada;**
- B. Evolução Histórica;**
- C. Pressupostos;**
- D. Hipóteses de Inexistência do Dever de Reparar**

Conclusões

Pressupostos gerais

Pressupostos jurídicos

Conclusões específicas

Sumário:

O exercício dos poderes administrativos de fiscalização e planificação na economia e a responsabilidade patrimonial da Administração Pública constituem os temas deste trabalho.

O estudo jurídico desses poderes começa por um retrospecto histórico, com destaque no contexto brasileiro, que situa sua origem na própria gênese da iniciativa privada na formação do Estado Absolutista, passando pelo Estado Liberal e culminando na visão atual, na sociedade pós-moderna. A preparação ao enfoque jurídico segue por uma visão sociológica e política dos conceitos de Poder, Poder Político, Soberania e Administração.

Todos esses pontos procuram indagar da sobrevivência de tais poderes administrativos, num tempo em que os mesmos são profundamente interrogados pelos fatos.

ABSTRACT

The present paper focuses on the use of the administrative powers of economic oversight and planning and the patrimonial responsibility of the Public Administration.

The legal study of said powers begins with a historical review, highlighting the Brazilian context. They originate at the very genesis of free enterprise in the constitution of the Absolutist State, pass through the Liberal State and culminate in the current vision of post-modern society. The legal focus is followed by a sociological and political view of the concepts of Power, Political Power, Sovereignty and Administration.

All these aspects seek to question the survival of said administrative powers at a time when they are deeply challenged by the events.

Apresentação.

O estudo dos chamados poderes administrativos, em sua projeção no setor econômico da sociedade, é o tema deste trabalho.

A compreensão dos conceitos jurídicos nele estabelecidos pressupõe uma pré-compreensão de conceitos sociológicos e políticos que condicionam a visão do trabalho. Igualmente se torna merecedora de destaque prévio, ainda que breve, a visão de Direito que seu autor esposa, para que seja entendida a valorização que é dada aos diversos itens abordados. Tudo isto é feito na introdução ao trabalho.

Procuramos estabelecer uma evolução histórica do Poder Administrativo na economia, a contar do Estado Absolutista, com as projeções que os estudiosos vislumbram quanto às suas mutações na sociedade pós-moderna. Neste passo, cientes de que a realidade brasileira, de sociedade colonial para economia periférica, tem especificidade indesmentível e indeclinável, sempre é referido o contraponto brasileiro, dentro de uma visão de mundo, própria do autor, de que a transposição automática de conceitos implica no vício, lembrado por Roberto Schwartz em sua justificadamente afamada monografia, "*As Idéias Fora do Lugar*".

A sistemática dedutiva proposta prossegue, nos dois capítulos subseqüentes, pela tentativa de sistematizar os conhecimentos existentes e consensuais sobre o Poder Político e Administrativo, considerado este como sendo um ponto de confluência e tensão entre o Poder Político e o Direito, procurando-se repensar conceitos, muito mais no sentido de extrair deles todo o significado de seu conteúdo, que propriamente inová-los.

A parte técnico-jurídica da monografia pretende trazer esses conceitos sociológicos, políticos e jusfilosóficos para a compreensão das funções administrativas de fiscalização e planificação econômicas.

São elas conceituadas sob os aspectos teleológicos que a ordem jurídica brasileira, notadamente no plano constitucional, atribui-lhes, procurando-se sempre fixar os objetivos a serem alcançados com o seu exercício, sob o ponto de vista do Direito interno.

As formas e os limites dessas funções são enunciadas, ainda que sinteticamente, na medida em que as mesmas evidenciam as tendências ao limite jurídico da Soberania, apontadas na digressão histórica sobre a evolução do Poder Administrativo. Neste passo, tem relevo a análise sobre os lindes da cognição judiciária.

Dialeticamente, é enunciado um prognóstico sobre a visão pós-moderna dessas funções, onde encontra lugar um dos pontos de inovação deste trabalho, qual seja o de entender que a fiscalização econômica e a planificação podem ser objeto de direitos subjetivos públicos, ainda que o estado atual da processualística não consiga ainda evidenciar as ações daí decorrentes.

Por último, é realizado estudo comparativo, na doutrina e jurisprudência francesa e brasileira, visando projetar como seria analisada a responsabilidade administrativa extracontratual no exercício dessas funções, cabendo considerar que empobreceu o trabalho, de forma involuntária, o escasso repertório jurisprudencial da matéria.

O método não apresenta diferenças em relação ao corriqueiro, nos estudos acadêmicos desta natureza, qual seja a pesquisa doutrinária, como fonte principal, a jurisprudencial e de Direito positivo enquanto subsidiárias. Neste aspecto, registre-se uma petição de princípios.

As fontes estrangeiras somente foram acionadas numa das seguintes hipóteses: desconhecimento de estudos nacionais sobre a matéria, ou controvérsia nos estudiosos brasileiros a merecer o esclarecimento de uma segunda ou terceira opinião. Do contrário, quando o ponto parecia suficientemente abordado na referência nacional, prestigiou-se a mesma, não no sentido de qualquer valorização patriótica, por suposto aqui incabível, mas para efeitos de valorizar uma visão capaz de transpor conhecimentos para a inderrogável especificidade brasileira.

INTRODUÇÃO

Filosoficamente, Poder significa "*capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos*"¹, não se diferenciando da Força, na ordem natural, conquanto esta se define, em Física, como "*impulso capaz de alterar o estado de repouso ou de movimento de um corpo*"².

Na ordem social, pode-se distinguir o Poder da Força, visto que o primeiro conceito aponta para a capacidade, ou seja a potencialidade que têm os homens de determinar o comportamento de outros homens, enquanto o último expressa "*intervenção física voluntária de um homem ou grupo contra um outro homem ou grupo, objetivando dominá-lo*"³. O Poder é, portanto, a capacidade potencial do exercício da Força, enquanto a Força é a concretização, ou seja o exercício do Poder.

A distinção, que apenas guarda similitude com a diferença existente, na ordem física, entre energia potencial e energia cinética, adquire fundamento essencial quando se fala em Política. Antes de mais nada pela circunstância de ser a Política o campo preferencial de ocorrência do fenômeno do Poder. Mesmo que as relações de Poder não sejam monopólio das manifestações políticas, pois existe dominação em todas as relações sociais⁴, é neste campo que a sua ocorrência governa todo fenômeno de averiguação do que se chama, grosso modo, Ciência Política.

¹ Norberto Bobbio, (org. e aut.) Dicionário de Política, trad. de Ferreira, João Varriale, Carmem e outros. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.p.933.

² J. O. Urmsom, Enciclopedia Concisa de Filosofia y Filósofos, Cátedra, Madrid, 2ª edição, 1982, tradução por Ana Sánchez da "The Concise Encyclopedia of Western Philosophy and Philosophers, 2ª edição, 1975, p. 164.

³ Norberto Bobbio(org. e aut.) Dicionário de Política, p. 503.

⁴ "*Há várias formas de poder do homem sobre o homem: o poder político é apenas uma delas.*

(...) Para sabermos o elemento específico do poder político, parece mais apropriado o critério de classificação das várias formas de poder que se baseia nos meios de que se serve o sujeito ativo da relação para determinar o comportamento do sujeito passivo. Com base neste critério podemos distinguir três grandes classes no âmbito de um conceito ampliadíssimo de Poder: o poder econômico, o ideológico e o político." Norberto Bobbio, op. cit., verbete "Política", autoria do próprio, p. 955.

A mais célebre definição de Política do século XX é a de Max Weber, quando a delimita como relação social de "*comando e obediência*", relação, em outros termos, de dominação, ou seja, de Poder⁵.

Em sentido amplo, abrangendo muitas relações humanas, Poder e Política encerram uma tautologia, tanto mais constatável se observarmos que o Poder Político baseia-se, **fundamentalmente**, na posse dos instrumentos pelos quais é exercida a força física.

Como poder cujo meio específico é a força, o Poder Político é o mais eficaz condicionador de comportamentos sociais, podendo-se dizer que é, em todo o tipo de sociedade, o poder supremo, único dotado das características de exclusividade(exclui do uso da força os grupos sociais que não participem do comando político); universalidade(atinge todos os setores da sociedade, sem exclusão) e inclusividade(procura abarcar, sob seu comando, a totalidade das atividades humanas)⁶.

A preponderância da Política, nas relações sociais, não implica que a mesma, na sua equação de comando e obediência, determine todas as relações sociais existentes. Há outras, como as espirituais(religiosas); de trocas(econômicas); pessoais(indivíduos e familiares); de conhecimento(científicas) e de expressão(artísticas) que compõem o campo que se chama de privado, em contraposição ao público, que é o império da Política. Como a política não é fim em si mesmo, nem é o homem "*exclusivamente um animal político*", esses domínios têm regramento próprio que refogem ao comando político, sendo o Poder Político quem confere os limites da autonomia com que são desenvolvidas essas relações, tendo, por possuir a maior força, "*a última palavra*"⁷.

⁵ Sobre a relação comando-obediência como um dos princípios básicos da Política, aprofundando a noção de Max Weber, leia-se Jules Freund, *L'Essence du Politique*, especialmente, Éditions Sirey, 1986, Paris, p. 108 a 114.

⁶ Sobre as características essenciais do Poder Político, vide, por todos, Bobbio, op. sup. cit., p. 955 e seguintes.

⁷ As expressões grifadas são de Jules Freund, op. sup. cit., p. 731 e 19, respectivamente.

De outra feita, sobre a Política conceituar-se, contemporaneamente, como relação social de comando e obediência, baseada no monopólio do Poder para uso da Força, sua concretização, ao longo da História, tem se dado principalmente através do Estado.

Escapa aos objetivos desta Introdução fornecer um conceito jurídico de Estado, atendendo às suas finalidades o minimalismo conceitual de Max Weber quando, em termos de Sociologia, conceitua-o como sendo "*uma empresa institucional de caráter político onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física*"⁸.

As características destacadas do conceito, de "*empresa institucional*", constituída por um "*aparelho administrativo*", que leva adiante, "*em certa medida com êxito*", o "*monopólio da legítima coerção*", apontam para as noções de Soberania, Administração, Legitimidade e Legalidade.

Conceitos que nascem da diferença, em termos de Política, entre Poder e Força, que vai muito além daquela que os físicos fazem entre energia potencial e cinética, pois enquanto no campo dos fenômenos exatos as duas formas apenas diferenciam um instante de repouso e outro de ação, na sociedade essas duas idéias travam uma relação bem mais complexa.

No mundo da natureza, a comutação da energia potencial em energia cinética dá-se exclusivamente a partir de uma ação ou reação do portador da carga energética, sendo, em linhas gerais, anódina a ação ou reação do que suporta a transformação do Poder em Força.

⁸ Max Weber, Economia e Sociedade, volume I, p. 34. Weber, Max. Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva, tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1991, dois volumes, tradução da quinta edição, adotada e revista por Johannes Winckelmann.

Na sociedade, muito mais que o emprego da força, a relação de comando e obediência pressupõe um comportamento, de quem obedece, a mais das vezes de tolerância, quando não de anuência em relação àquele que determina⁹.

Esta tolerância, ou a anuência, daquele que obedece, em relação às determinações, daquele que comanda, pressupõe, muito mais que o temor, o reconhecimento da necessidade da Política e da existência nela de uma finalidade essencial, ainda que mínima: **a ordem ou unidade pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações entre um Estado e os demais**¹⁰.

O consentimento para a dominação, sem o qual a atividade política seria meramente descritiva do uso da Força, praticamente transformando-se em uma História militar, foi construído através de uma série de conceitos que dão resposta ao lento, mas contínuo e sempiterno processo de legitimação do comando político.

Este processo de legitimação (visando simplificar conceitos aqui levamos em conta a aceção mais pura de legitimidade, que é precisamente o consentimento para o uso do Poder), no caso do Poder Político por excelência, que é o poder estatal, deu-se através do nascimento, evolução e estágio atual do conceito de Soberania.

⁹ "Isto permite distinguir entre exercício do Poder coercitivo e o emprego direto da força ou violência. Nas relações sociais e políticas, se recorre à Força quando não se consegue exercer o Poder." Mário Stopino, in Bobbio, Dicionário de Política, sup. cit., verbete Poder, p. 935.

¹⁰ Norberto Bobbio, ainda que adotando a lição de Max Weber ("só se pode definir o caráter político de um grupo social pelo meio: o uso da força"), para afirmar que "a política não tem fins determinados, perpetuamente estabelecidos", culmina por afirmar a existência de um fim mínimo: "a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações com outros Estados" (Dicionário, op. cit., verbete Política, p.958. Por sua vez, Freund é bem mais explícito, afirmando que a finalidade da Política é a organização social e a desorganização do inimigo, o que mais adiante explicita ao afirmar que "uma comunidade política constitui ela mesma uma força destinada a assegurar a conservação dos indivíduos que nela se agrupam. O papel da força, sob este aspecto, não é o de subjugar, mas conservar. Quando a dominação se faz opressão, degenera em abuso e deixa de responder a sua vocação, retornando a força por si mesma, não um meio a serviço da coletividade e aos valores pelos quais os indivíduos aspiram uma unidade política" (op. sup. cit., p. 747-748).

Na acepção lata, o conceito de Soberania indica Poder Político em sua última instância de comando, o que, em última análise, é redundância igual àquela que, em sentido formal é apontado na expressão Direitos do Homem. No entanto, a construção dos conceitos de Soberania e Direitos do Homem aponta muito mais para o caminho histórico percorrido até a atualidade, que para um conceito lógico.

A necessidade de conceituar Soberania data da passagem da organização medieval para o Estado Moderno, possibilitando ao Rei antepor-se, de forma absolutista, aos poderes da Idade Média(Papado e Império). Nasceu a idéia intimamente relacionada com a faculdade de declarar a paz e fazer a guerra.

Seu maior teórico foi Jean Bodin, que, em meados do século XVI, a ela atribuía cinco características essenciais: a) nomeação dos magistrados e definição de suas tarefas; b) promulgação e revogação de leis; c) declaração da guerra e conclusão da paz; d) julgamento dos magistrados e e) reserva do direito de vida ou morte além dos limites legais¹¹.

Serviu a noção primeira de Soberania para legitimar a conquista do Poder pelo Rei e a fixação dos alicerces do Estado Moderno, com o que contou com o apoio da burguesia emergente e, por extensão, de camadas da população que tinham, na aristocracia, empecilhos ao seu crescimento e afirmação como classe.

O crescimento da burguesia reordenou os conflitos: de um lado, o Rei, com seu poder absoluto; de outro a burguesia, liderando setores populares, procurando limitar as prerrogativas do soberano. Nascem daí todas as noções modernas de Soberania como presa ao ordenamento jurídico que tem como fonte a lei, expressão da vontade popular.

¹¹ Jean-Jacques Chevalier, As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias, Livraria Editora Agir, São Paulo, 1971, p. 53.

Nas teorias jurídicas a partir do século XVIII, o povo, o território e a Soberania fazem parte do Estado, que por sua vez é constituído através de um ordenamento jurídico. À semelhança do Totem da concepção freudiana de sociedade, chega-se mesmo, como aponta com humor Nicola Matteuci¹², a perder a noção de Soberania, circunstância que acarretou mesmo sua negação, como fez Kelsen, ou a crítica, baseada em Carl Schmitt, da errônea redução ao jurídico de um fenômeno que remanesce, na sua base, político¹³.

O conceito de Soberania, entretanto, inegavelmente desempenhou um papel fundamental para a construção do Estado, tal como ainda hoje o concebemos, permitindo, por conseguinte, a legitimidade dos detentores do comando estatal. De outra feita, e para este trabalho é importante remarcar esse fator, a Soberania iniciou com sua afirmação bifronte, externa e interna, sendo que o fluxo do debate a respeito de sua sobrevivência conceitual muito mais se radicou no aspecto interno, que no externo. Entretanto, demonstra ela vitalidade jurídica, a ponto de constituir um dos princípios básicos da organização do Estado brasileiro, conforme a Constituição de 1988, não podendo, sob este aspecto, ser desprezada¹⁴, máxime em tempos nos quais a mundialização¹⁵ coloca em pauta a necessidade de resguardar o mínimo de autonomia às populações locais e aos cidadãos dos países que compõem a comunidade internacional.

¹² "Nas teorias jurídicas mais modernas e formais, o povo, com o território e a soberania, fazem parte do Estado, que por sua vez é um ordenamento jurídico. Pretende-se ver no Estado, Parlamento e Governo meros instrumentos do povo soberano: porém, se a soberania a ele pertence, mas dele não emana, o povo a exercerá somente nas formas e limites da constituição do Estado - ordenamento, enquanto o Estado aparelho representa o povo no mundo do direito: mas de quem é mesmo o poder soberano, do povo ou da sua representação?" (Nicola Matteuci, verbete Soberania, Dicionário de Política, op. sup. cit., p. 1.184).

¹³ Para Carl Schmitt, é soberano quem decide a exceção. Se a exceção escapa à norma, o Direito não compreende toda a noção. Há uma esfera da soberania que é política, irreductível ao direito. (Freund, Jules, op. sup. cit., p. 125).

¹⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania(...)."

¹⁵ Emprega-se o neologismo tomado de empréstimo de diferenciação, feita em entrevistas de jornal, pelo sociólogo e cientista político francês Alain Touraine, que distingue o fenômeno social da mundialização, decorrente da universalidade dos meios de comunicação e informáticos, do domínio das economias nacionais por um capital financeiro transnacional e os organismos a ele ligados, ao qual chama globalização.

Antes de descermos a essas minúcias, que serão objeto do corpo do trabalho, cumpre destacar que o processo de legitimação do Poder Político, na ordem do Estado Moderno e sucedâneos, muito deveu às organizações administrativas que acompanharam o evoluir da forma jurídica estatal.

A construção do conceito de Soberania significou, desde seus primórdios, um dos pontos fundamentais a garantir o consenso dos dominados, diante da nova forma de dominação criada a partir do Monarca absoluto. Este consenso deslocou a antiga forma de exercício do Poder para outra, construída desde o Estado Moderno. Organização que, por um lado, melhor amparava os direitos da burguesia e da plebe, diante dos abusos personalistas da aristocracia, e pelo outro gerava uma lacuna criada pela ausência dos estamentos intermediários que se situavam entre o Rei e o povo, nas monarquias feudais, representados por instituições, como tribunais do burgo; corporações de ofício; direitos do clero, freguesias etc¹⁶.

Esse hiato foi preenchido pela Administração, que, como aparelho, abstraído o ramo militar, pela primeira vez aparece na cena política da sociedade. Quiçá haja começado pelos mesmos fundamentos através dos quais a Antigüidade conheceu o aparato estatal, qual seja a necessidade de defesa externa¹⁷.

Seja quais forem os motivos exatos, a Administração Pública, que tal como a conhecemos é fenômeno que inicia ao final do século XVI, com a evolução das concepções sobre a Soberania e o fortalecimento do aparelho estatal, culmina por transmutar a natureza do próprio Poder Político, de uma forma que, superando a todos, é explicada por Max Weber.

¹⁶ Mário Stopino, in op. sup. cit., mesmo verbete.

¹⁷ Hobsbawn aponta esta causa na seguinte passagem: "*É verdade que a simples necessidade de coesão e eficiência estatais em uma era de aguçada rivalidade internacional tinha de há muito obrigado os monarcas a por freio às tendências anárquicas de seus nobres e outros interesses estabelecidos e a preencher seu aparelho estatal tanto quanto possível com pessoal civil não aristocrata.*". A Era das Revoluções, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 38

Conforme o grande sociólogo alemão, existem três tipos de Poder puro: o tradicional, o carismático e o legal, sendo este último o característico das sociedades modernas e contemporâneas, na medida em que fundado na crença da legitimidade dos ordenamentos que expressamente definem a função do detentor do Poder, cujo desenvolvimento processa-se, normalmente, através da burocracia.

Entende-se por burocracia toda uma estrutura funcional devidamente hierarquizada, desenvolvida por um aparelho administrativo, ao contrário da organização baseada no poder tradicional, cujo fundamento repousa no sagrado e seu desenvolvimento no poder patriarcal, ou ainda aquela de origem carismática, com princípio na dedicação ao chefe e desenvolvimento pressupondo a existência de figuras exemplares.

O desenvolvimento da Administração favorece, a longo prazo, inevitavelmente, a continuidade dos seus quadros, que nela vão se especializando, havendo uma altíssima probabilidade que venham os mesmos a constituir uma formação social especial e perene, em virtude das funções que exercem¹⁸.

Sobretudo, de modo relevante, a dominação pela Administração supõe racionalidade de comando que pressupõe existência de ordem normativa impessoal e igualdade jurídica entre administrados¹⁹.

A estrutura burocrática administrativa traz, por sua vez, uma concentração de meios materiais que pouco a pouco vão sendo colocado à disposição do detentor da Soberania, que a passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo deslocou do Monarca para o Povo.

¹⁸ Max Weber, op. sup. cit., p. 196, vol. I.

¹⁹ Uma vez mais Max Weber põe e esgota o assunto: "*Através de todo ato de uma autêntica administração burocrática encontra-se um sistema de razões racionalmente discutíveis, isto é, a subsunção a normas ou a ponderação de fins e meios. A igualdade jurídica e a exigência de garantias jurídicas contra a arbitrariedade requerem objetividade racional formal da administração*" (op. sup. cit., vol. I, p. 216).

Como na origem do próprio aparelho administrativo reside a idéia da igualdade, o evoluir histórico das classes populares (agricultores e trabalhadores urbanos) culmina por colocar, o próprio Estado, a serviço da satisfação de necessidades básicas que vão sendo consideradas fundamentais, na proporção em que os direitos do homem vão se deduzindo, da extração individual para a ordem coletiva²⁰.

Em face da Administração e do desenvolvimento de suas prerrogativas, fruto de evoluir histórico a partir do Século XVI, torna-se possível a autor contemporâneo, como Freund, afirmar que, por ela "o comando deixa de ser prerrogativa de um indivíduo, se refratando através do aparelho governamental e se integrando, com vantagem, no tecido social"²¹.

Esta transformação, seguramente não encerrada, tanto quanto não se encerrou a História do Poder Político, naturalmente se deve ao jogo de forças das classes e estamentos sociais. No entanto, se a burocratização do Estado de certa forma correu paralela com uma ordem jurídica objetiva capaz de dotar os cidadãos e a coletividade de direitos subjetivos, algo que se tornou possível através da despersonalização do exercício dos cargos administrativos e da sistematização racional do sistema normativo, tudo isto somente ocorreu por causa das construções que o Direito, notadamente o Direito Público, permitiu, como escoadouro perene das concepções filosóficas e ideológicas existentes ao longo desta marcha.

Toda a lenta, mas progressiva evolução institucional, que através dos conceitos de Soberania e mediante a modelagem de uma Administração pública funcional, baseada em critérios normativos, forneceu a legitimidade à noção de Poder teve no Direito seu instrumento mais eficaz.

²⁰ A propósito da evolução histórica dos Direitos Humanos, consulte-se Norberto Bobbio, "A Era dos Direitos", especialmente o artigo "Presente e Futuro dos Direitos do Homem". Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, tradução da edição italiana de 1990, por Carlos Nelson Coutinho.

²¹ Op. sup. cit., p. 257.

Certamente as concepções não são originárias de uma visão jurídica do mundo, mas a visão dos juristas permitiu a sobrevivência das idéias enquanto práxis social, possibilitando o Direito, nos dizeres adequados de Julien Freund, o estabelecimento de uma relação dialética, fruto de constante interação, entre a Política, a Moral, a Economia e a Religião²².

Ao início do Século XXI, se é discutível que o fenômeno jurídico esteja completamente subsumido no Estado, não padece de dúvidas que este sobrevive enquanto envolvido pelo Direito. A concepção mais crítica de um e outro, que é precisamente a marxista, não deixa de reconhecer isto, no momento em que identifica ambos os fenômenos como componentes da super-estrutura.

Neste início de centúria, seguramente o Estado passa por uma crise conceitual, havendo quem aposte em sua extinção, o que naturalmente não significará o fim das relações de comando e obediência nele desenvolvidas, mas a mera substituição instrumental, quiçá com a troca de comandantes. Cogitações à parte, é uma vez mais o Direito quem provavelmente estabelecerá a legitimidade à nova forma de exercício do Poder Político que possa derivar desta revisão.

Esta legitimação, como no passado - quando as concepções dos direitos do homem e do constitucionalismo carregaram noções que eram resgatáveis, em benefício das maiorias sociais da velha ordem medieval - procurará, ainda que adaptada a forma, conservar as idéias de Soberania e Administração do Estado de Direito. Concepções que, para usar a terminologia cara a Ortega y Gasset, seguem sendo idéias, não se havendo cristalizado como crenças.

²² Op. sup. cit., p. 732.

Inscrevem-se as etapas subseqüentes deste trabalho neste conjunto de reflexões sociológicas e políticas.

I. Dimensão Histórica do Poder Administrativo na Fiscalização e Planificação Econômicas

Os conceitos de Soberania, Administração Pública e Ordem Econômica nascem na História, com ela se solidificam e através dela assumem a dimensão hoje reconhecida. Tudo isto acontece ao longo de cinco séculos e três eras históricas, demarcadas pela feição que nelas assume o Estado: o Estado Absolutista, o Estado Liberal e o Estado das sociedades pós-modernas. A condição periférica do Brasil reflete, de forma peculiar, essa evolução.

A. Estado Absolutista

Tal como hoje a concebemos, a tensão entre economia como atividade privada e administração estatal, como atividade pública, somente é compreensível em um contexto que nasce com a Revolução Comercial e que leva à formação dos próprios Estados Nacionais, a partir do século XV até o final do século XVI. Embora possa parecer, aos olhos pós-modernos paradoxal, a idéia de iniciativa privada surge como bipolaridade através de implicação recíproca com a própria idéia de Estado Nacional. Em outras palavras, somente se pode falar de atividade privada no momento em que concebemos a atividade estatal, tendo nascido esses conceitos conjuntamente, numa verdadeira relação dialética.

Isto não significa que, antes disso, levando em conta a Idade Média, toda a atividade econômica fosse uma atividade pública. Demonstra a inexistência de atividade econômica, como hoje concebida. A noção do fato econômico, nos tempos anteriores à Idade Moderna, circunscrevia-se basicamente nas relações de domínio e estas eram basicamente imobiliárias, aderindo a tal tipo de propriedade, quase como acessão, os demais bens e seres humanos, como os servos da gleba.

Em virtude de uma estrutura econômica estática, na qual a circulação da riqueza, em tempos de paz, dava-se através da herança e em tempos de guerra pela conquista, fenômenos por sua natureza lentos e descontínuos, os bens de consumo eram relativamente escassos e concentrados.

A teoria econômica predominante era a da Igreja, inicialmente radical, a ponto de Santo Ambrósio considerar a propriedade privada como "*usurpação execrável*", depois temperada pelas doutrinas aristotélicas do termo médio, do justo preço e da condenação da usura²³.

Ainda que moderada, em relação à ideologia inicial do Catolicismo, as doutrinas aristotélicas, vertidas para a Teologia por Tomás de Aquino, dão a noção da forma acanhada de concepção da economia:

"É contra a Justiça vender uma coisa mais cara ou comprá-la mais barata do que vale. Ora, quem, negociando, vende uma coisa mais cara do que comprou, necessariamente ou a comprou mais barata ou a vende mais cara do que vale. Logo, tal não se pode dar sem pecado. É próprio dos negociantes, praticar a troca das coisas. Mas, como diz o Filósofo[Aristóteles], há duas espécies de troca. Uma, como que natural e necessária, pela qual se troca uma coisa por outra; ou uma coisa por dinheiro, conforme as necessidades da vida. E essa não pertence propriamente aos negociantes, mas antes aos ecônomos ou políticos, que devem prover a casa ou a cidade, das coisas necessárias à vida. Outra espécie de troca é a de dinheiro, por dinheiro, ou de quaisquer coisas por dinheiro, não pelas necessidades da vida, mas para auferir lucro. E isto é o negócio próprio dos negociantes.(.....) Ora, segundo o Filósofo, a primeira espécie de troca é louvável porque vem satisfazer a uma necessidade natural. A segunda porém é justamente condenada,

²³ Edward Burns, História da Civilização Ocidental, Globo, Porto Alegre, 2ª edição, 1970, traduzido da 4ª edição norte-americana por Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro, dois vols, p. 349.

por que, pela sua natureza, serve à cobiça do lucro, que não conhece limite e tende ao infinito. Por onde, a negociação, em si mesma considerada, não visando nenhum fim honesto ou necessário, implica uma certa vileza. Quanto ao lucro, que é o fim do negócio, embora não implique por natureza nada de honesto ou necessário, também nada implica de vicioso, ou de contrário a um fim necessário ou mesmo honesto. E desse modo a negociação se torna lícita. Assim, quando buscamos num negócio um lucro moderado, empregando-o no sustento ou mesmo nos socorros aos necessitados. Ou ainda quando fazemos um negócio visando a utilidade pública, para não faltarem à pátria as coisas necessárias à vida, buscamos o lucro, não como fim, mas como paga do trabalho.(...)O negócio enreda demasiado o espírito nos negócios seculares, retraindo por consequência das coisas espirituais. Donde o dizer o Apóstolo [João] ninguém que militar para Deus se embaraça com negócios do século²⁴."

Dentro desse modo de produção e do imaginário ideológico por ele projetado, fica fácil constatar que as noções de iniciativa privada na economia, fiscalização e intervenção estatais não guardavam qualquer correspondência com a realidade. Todavia, o comércio internacional, que jamais se reduziu aos conceitos da Igreja, a partir das associações de mercadores, das quais a famosa Liga Hanseática seria o maior exemplo, culminou por modificar essas concepções²⁵

Primeiramente as Cruzadas, posteriormente a Exploração Ultramarina desencadearam profundas alterações econômicas. Nasce uma classe média consumidora dos bens circuláveis a partir das importações das mercadorias extraídas e saqueadas das colônias conquistadas.

²⁴ Suma Teológica, volume XVIII, Sedes Sapientiae, São Paulo, 1956, volume XVIII, tradução portuguesa do latim por Alexandre Correia, questões 47-49, p. 707 a 711.

²⁵ Sobre a importância do comércio internacional e das associações de mercadores, completa e bem apanhada síntese pode ser lida em Burns, op. sup. cit., volume I, p. 352 e seguintes.

O aumento do comércio, pela variedade dos artigos de consumo, fez com que produtos, como o café, o açúcar, o arroz e o algodão, antes considerados mercadorias de luxo, depois passassem à situação de bens regularmente fungíveis.

Das colônias igualmente veio a expansão do suprimento de metais preciosos. Calculam os historiadores que ao tempo do descobrimento da América, no final do século XV, o ouro e a prata que circulavam na Europa não valessem mais que duzentos mil dólares. Cem anos depois, o volume dos mesmos metais montava um bilhão de dólares²⁶.

Essa nova riqueza podia ser armazenada, acumulada e permitir investimentos futuros. A noção medieval de troca por bens equivalentes começa praticamente a ser substituída pelo negócio com finalidade lucrativa. Desenvolve-se, inicialmente para proteção dos mercadores, o sistema bancário e com ele são criados os instrumentos cambiários clássicos. O trabalho artesanal passa a ser feito para fins de comércio. As velhas corporações de mercadores transmutam-se em sociedades por ações. Criam-se sistemas monetários uniformes.

Os comerciantes, na sua mais ampla gama, são membros de uma classe social em ascensão. Contudo, sendo politicamente fracos, também necessitavam de proteção militar que lhes garantisse a regularidade do fluxo de remessa e recebimento de mercadorias e uma estabilidade de regras fiscais e financeiras que desse segurança ao investimento realizado. No intuito de suprir essas necessidades, apóiam e apóiam-se politicamente no Rei, até então um senhor feudal dependente e portanto vulnerável aos humores dos seus vassallos, senhores, muitas vezes mais fortes do que ele²⁷.

²⁶ Edward Burns, . op. sup. cit., Vol. I, p. 490.

²⁷ Narra Vitor Hugo, em seu célebre romance Nossa Senhora de Paris, que o Rei da França, ao final do século XV, não contava com polícia que lhe protegesse em Paris, devendo, para tanto, socorrer-se do senhor feudal da cidade.

A contrapartida, no campo das idéias, desses movimentos sócio-econômicos, é o desenvolvimento da doutrina mercantilista, com suas variantes do Metalismo.

Mercantilismo é o conjunto de doutrinas econômicas e políticas que legitimam o interesse no lucro capitalista pela Política²⁸. A partir dele, o Estado procede em franco benefício de empresários capitalistas. A política econômica para o exterior tem por princípio comprar o mais barato possível e vender o mais caro que se puder. A finalidade mais elevada consiste em fortalecer o Estado, interna e externamente, mediante incremento do erário público e da capacidade tributária da população.

A condição prévia da política mercantilista foi o aproveitamento do maior número possível de fontes com possibilidade lucrativa no próprio país, objetivo alcançável mediante incremento da população e da capacidade tributária do cidadão. Em decorrência, aumentavam as possibilidades de vendas para o exterior, realizadas, no do possível, por comerciantes nacionais. Cunha-se a teoria da balança comercial favorável. Nasce, indo do Reino Unido para toda a Europa, a noção de política econômica estatal contínua e planificada, visto que, antes disso, o Estado unicamente cuidava da política fiscal e, em pequena proporção, repartida com a Igreja, da política assistencial²⁹

Indo mais além, é no período em que floresceram as idéias mercantilistas(século XV e XVI) que são erigidos os estados nacionais, tais como nós hoje os conhecemos, com os seus monopólios de sistema monetário, protecionismo fiscal e medidas econômicas de intervenção estatal na economia, através da fiscalização e do planejamento³⁰. Neste processo,

²⁸ A definição é de Weber, Max. História Geral da Economia, Editora Mestra Jou, São Paulo, 1968, tradução Calógeras da edição alemã de 1958, p. 304.

²⁹ Esta diferenciação de políticas igualmente é um conceito weberiano, encontrável em História Geral da Economia, p. 301.

³⁰ O apoio a esta afirmativa encontra-se em Roll, Eric. História das Doutrinas Econômicas. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1972, 3ª edição, tradução da edição inglesa de 1956, por Lia Silveira. p. 46.

não se pode dizer quem tem relação de primazia, sendo mais prudente afirmar a existência de uma interação entre organização econômica e instituições políticas, através de idéias políticas que contemplavam, de forma igual, os interesses do Estado e dos comerciantes.

Os doutrinadores religiosos, homens práticos e os próprios teóricos do Mercantilismo, derrubando a base feudal do valor de uso dos bens, como exposta por Tomás de Aquino, "*supra*", defendem o valor de troca da moeda e das mercadorias e a acumulação de metais preciosos. Conhece-se a expressão de Cristóvão Colombo: citada enfaticamente por Karl Marx: "*o ouro é uma maravilha ! Quem o possui é dono de tudo o que desejar. Com ele, ainda se pode levar as almas ao paraíso*³¹". Igualmente é bem divulgada a impreciação de Lutero, aos príncipes alemães: "*mandando para nações estrangeiras o ouro e a prata que possuem estão os alemães se empobrecendo e enriquecendo o mundo inteiro. Frankfurt, com suas feiras, é a peneira pela qual a Alemanha vai perdendo seu tesouro*³²".

A iniciativa privada, nome que passa a fazer sentido na época, necessitava, como os animais vivos do ar, do Estado para concretização desta tarefa, sendo dele o papel de depositário do ouro que afluísse à Nação em virtude dos negócios por ela realizados, negócios que dependiam essencialmente do papel estatal de incentivador e fiscalizador.

O enlace entre iniciativa privada e administração pública, de forma dialética e jamais excludente, é retratado por dois grandes teóricos deste tempo. Um deles, hoje menos conhecido, é Antonio Serra, que escrevendo em 1613 afirmava ser "*a política do soberano capaz de ajudar ou dificultar boa parte da riqueza*³³". O outro, Thomas Hobbes, era explícito em sua renomada obra-prima:

³¹ Manuscritos Economia y Filosofia, Madrid, Alianza Editorial, 1972, 4ª edição, tradução de Francisco Rubio Llorente, p. 54.

³² Citado por Eric Roll, op. sup. cit., p. 49.

³³ Eric Roll, op. cit., p. 60.

"A quinta doutrina, que tende para a dissolução do Estado é que todo indivíduo particular tem propriedade absoluta de seus bens, a ponto de excluir o direito do soberano. Todo homem tem, na verdade, uma propriedade que exclui o direito de qualquer outro súdito, e tem-na apenas devido ao poder soberano, sem cuja proteção qualquer outro homem teria igual direito á mesma coisa. Mas, se o direito do soberano for também excluído, ele não poderá desempenhar o cargo em que o colocar, o qual consiste em defendê-la quer dos inimigos externos, quer dos ataques uns dos outros, e conseqüentemente deixará de haver Estado³⁴."

Exemplo acabado do período mercantilista é o monopólio do comércio colonial e o empreendimento colonial, como o conhecemos, no período lusitano, no Brasil. Através deles, a burguesia mercantil metropolitana reservava-se a exclusividade da aquisição dos produtos brasileiros, o que lhe dava condições de forçar o preço de compra ao valor mais baixo, possibilitando sua revenda na metrópole ou alhures pelo preço de mercado. Igualmente, a mesma classe comprava a preço de mercado, na Europa, bens de consumo, que vendia, na colônia, com exclusividade, pelo valor que desejasse. Por sua vez, a Coroa fixava os tributos e ficava com o monopólio dos metais preciosos³⁵.

Estas idéias, que ainda hoje permanecem como verdades e, de tempos em tempos, sob distintas roupagens retornam, criaram a iniciativa privada e a interferência estatal na economia, concepções contemporâneas, não opostas. No campo jurídico, como salienta Max Weber, tal momento histórico correspondeu ao reavivar das fontes do Direito Romano, dada a sua característica formal, apta a garantir ao Capitalismo, pela previsibilidade, segurança e possibilidade de crescimento³⁶.

³⁴ Leviaã, p. 246.

³⁵ Fernando Novais,. O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial, ensaio em Brasil em Perspectiva, organização Carlos Guilherme Mota, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1968, p. 55-56.

³⁶ História Geral da Economia, p. 200.

B. Estado Liberal

O nascimento, após a Idade Média, da iniciativa privada e dos poderes de fiscalização e planificação, deu-se por consenso de praticamente todas as classes ou estamentos sociais, na configuração do Estado Nacional.

Concorreram ao recrutamento para as tarefas do Estado, aristocratas sem bens de raiz para manter-se (como os que não detinham direitos de primogenitura); burgueses comerciantes necessitados da proteção e do fomento estatal para incentivo de seus negócios e a população dos burgos, cansada de ser explorada na infundável seqüência de velhos direitos feudais. Nestes tempos, o Rei era visto como o desaguadouro natural de todas as pretensões para uma sociedade melhor e mais justa.

Este consenso foi, com o correr dos séculos, pouco a pouco corroído, pelo despontar de conflitos incapazes de serem resolvidos pela Coroa. Confirmando velha lei histórica, de que as transformações não começam nos pontos mais adiantados de uma sociedade, mas no seu lado mais atrasado, precisamente o campo, que fora excluído dos benefícios do Estado absolutista, gerou um dinamismo que acabou levando, em pouco tempo, à dissolução do Absolutismo e ao advento do Estado Liberal.

Isto começou no Reino Unido, onde a utilização da área agrícola com propósitos mercantis, ultrapassando a noção do produto da terra como fonte de subsistência para os que nela trabalhavam, gerou um incremento de produção e de produtividade que culminou por permitir três características até então socialmente inéditas, quais fossem:

a) a alimentação sustentada da população não agrícola, mesmo com esta em rápido crescimento;

b) excedente de mão-de-obra em boa quantidade para atividades artesanais e industriais;

- c) acumulação de capitais decorrentes da exploração da terra e
- d) criação de um excedente exportável³⁷.

A partir da revolução agrícola, a acumulação dos capitais e a liberação da mão de obra decorrente encontrou um catalizador nas invenções científicas aliadas à técnica produtiva, como exemplifica a máquina a vapor utilizada na produção têxtil (tear a vapor) e no transporte (locomotiva). Tudo isto, acumulado com a política mercantil favorável às exportações e ao comércio marítimo dotou, o Reino Unido, de um crescimento econômico inimaginável nos tempos anteriores.

Cresce o poder da burguesia e a tendência a uma emancipação dos grilhões, a partir daí pesados, da burocracia e do controle estatal. Reativamente, a enorme concentração de riqueza tem a contrapartida no surgimento da massa de miseráveis urbanos, conhecidos por ter uma grande prole (proletários) que, juntamente com a pequena burguesia, formariam, no futuro, os movimentos de massa radicais, socialistas e cartistas. Não era, entretanto, o final do século XIX, a hora de entrada em cena destes atores. Faltavam as falas principais da burguesia, na construção do Estado liberal e superação do Estado absolutista.

Embora as condições sócio-econômicas apontassem para o Reino Unido, como o local de maior maturidade para esta transição, foi no Continente, mais especificamente na França, que o ideário burguês encontrou sua plena feição política e sua legitimidade social. Uma vez mais, a História evoluía a partir da linha do maior atraso, ou seja, do local onde maior resistência havia em transformar o poder do dinheiro em poder político.

³⁷ "A certa altura da década de 1780, pela primeira vez na história da humanidade foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Eric J. Hobsbawm, A Era das Revoluções, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 44.

Foi a França quem forneceu o vocabulário e os termos da política liberal e radical democrática para a maior parte do mundo. Foi ela quem deu primeiro grande exemplo, assim como os conceitos e o vocabulário do nacionalismo, um curioso mas bem configurado produto do Estado liberal.

O ideário burguês não era estranho aos Luízes, que desde o Rei Sol propugnavam pelo estabelecimento das "luzes". No entanto, era a velocidade das mudanças e a densidade delas desejada os fatores que fariam a diferença entre os conservadores e os revolucionários. Neste sentido, os reis franceses, não obstante não rejeitassem o credo liberal, não prestigiavam as tentativas reformistas de ministros como Necker e Turgot, desprestigiando o reformismo e alimentando o desejo de revolução.

Nascia daí a decepção burguesa e popular, especialmente voltada contra a aristocracia, considerada espoliadora no campo e retrógrada nos cargos administrativos³⁸. Tão só isto foi o suficiente para desencadear a maior revolução jamais realizada ao longo da História, com suas etapas, seus personagens, suas passagens fundamentais que ainda levam, grande parte da Humanidade, a experimentar singular emoção ao ouvir tocar a Marselhesa.

No entanto, no seu ideário e realizações, a Revolução Francesa consagrou a ideologia burguesa do liberalismo clássico. Bem analisada a Declaração dos Direitos, estas características nela se estampam, na medida em que o texto é um poderoso manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não se constitui em manifestação a favor de uma sociedade democrática e igualitária.

³⁸ "A nobreza não só exasperava a classe média, mas também o campesinato." Eric J. Hobsbawn, A Era das Revoluções, p. 75.

Neste sentido, tanto quanto proclama a isonomia, a Declaração prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente justificadas no "*terreno da utilidade comum*". A propriedade privada passa a ser direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. A participação na elaboração das leis é direito de todos, exercido "*através de seus representantes*", escolhidos pelos proprietários, através do voto censitário³⁹.

Esta modelagem tipicamente burguesa, malgrado a retórica contundente e o enfrentamento feroz, transparece nas realizações revolucionárias, na reconstrução do Estado francês, em suas diversas fases, principalmente após o 9 de Termidor⁴⁰.

A massa assalariada, malgrado certa majoração de salários, viu suas condições agravarem-se pela persistência do desemprego e desorganização das instituições de assistência, sem embargo da inferioridade gerada pelo sistema eleitoral censitário e a Lei Le Chapelier⁴¹.

As noções de iniciativa privada e de interferência estatal na Economia não sofreram modificação essencial nos conceitos que o Mercantilismo estabelecera. Apenas ficaram melhor delimitadas as posições, com a inversão da primazia, que deixa de ser do Poder, para passar aos proprietários, na medida em que aquele ficava sob controle destes.

O papel reitor do Estado na Economia não sofreu mutações substanciais, que negassem a validade desta intervenção. Modificou-se apenas o enfoque, substituindo-se a fidelidade ao Rei, pelo amor à Nação.

³⁹ "*O burguês liberal clássico(1789-1848) não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.*" Hobsbawn, Eric J. A Era das Revoluções, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 77.

⁴⁰ 27 de julho de 1794, deposição e condenação de Robespierre e Saint-Just.

⁴¹ Lei que dissolveu as corporações de ofício, proscrevendo, indiretamente, qualquer tentativa de defesa profissional corporativa dos trabalhadores.

Curiosamente, o movimento revolucionário francês, dirigido à toda Humanidade, foi o porta-voz das emancipações nacionais e do fortalecimento da idéia de Estado, através do orgulho nacional⁴².

A partir de 1789, a palavra nação carrega um significado novo: a Nação é o organismo inteiro, a massa de cidadãos fundidos em um só bloco. O amálgama desta unidade era fortalecido por laços econômicos comuns: sistema uniforme de pesos e medidas; unificação de um mercado nacional, defendido da concorrência estrangeira por uma tarifa protecionista; sistema decimal e a constituição de um exército no qual as promoções eram dadas por mérito. Em síntese: pelo incremento racional da participação do Estado na economia, com estabelecimento de regras uniformes e pela fiscalização do seu cumprimento.

Na França, a contar de 1789, com o reforço conferido pelo Estado autoritário instituído a partir do Consulado, até o Império napoleônico, tudo quanto limitava o poder estatal pouco a pouco desaparecia. O reforço do poder de Estado marchava a par com a instauração e a estabilização do governo revolucionário. Curiosamente, tudo isto se fazia em nome do racionalismo e do individualismo⁴³.

Tudo isto se dava pari passo com o fortalecimento da propriedade privada e do poder econômico individual. Isto porque a burguesia termidoriana rejeitara não somente a idéia de democracia social, mas até mesmo qualquer sistema de absoluta igualdade política. Todavia, o caráter revolucionário e popular da mudança opera contrapontos nacionais.

⁴² "Quando em Valny o canhoneio inimigo ameaçava desbaratar as linhas francesas, Kellermann lançou diante dos prussianos atônitos: Viva a Nação ! A palavra de ordem repercutiu de fileira em fileira, entre os voluntários, o inimigo hesitou. A partir de hoje e deste lugar - segundo Goethe - data uma nova era na história do mundo.". Albert Soboul, História da Revolução Francesa, Zahar Editores, 3ª edição, tradução de Hélio Pólvora, Rio de Janeiro, 1981, traduzido da edição francesa "Précis d'Histoire de la Revolution Française, Éditions Sociales", Paris, 1962, p. 528.

⁴³ "Em nome do racionalismo, as instituições foram submetidas a um pensamento rigorosamente lógico; o Estado é o instrumento da razão, ante cuja existência os homens e os fatos devem ceder. Em nome do individualismo, os órgãos intermediários, os grupos e as comunidades foram suprimidas; o Estado novo não conhece senão indivíduos, e têm sobre eles poder direto"(Albert Soboul, op. sup. cit., p. 519).

É o caso, na França, da reorganização agrícola, onde os camponeses proprietários lucram com a abolição do dízimo e dos direitos feudais reais e, ao contrário do Reino Unido, foram mantidos, em várias comunidades, os usos coletivos, entregues agora à deliberação autônoma municipal⁴⁴. A igualdade política, ainda que incipientemente, fincava os primeiros alicerces de uma maior igualdade social.

Por sua vez, a valorização da dimensão privada do econômico não inibe, em nome da própria idéia nacional, a interferência estatal em algumas áreas de intersecção entre o econômico e o social, como o ensino e a previdência. Neste sentido, a Constituição francesa de 1791 previa a criação de um estabelecimento geral de assistência pública, para educar crianças abandonadas, ajudar aos enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não possam encontrá-lo⁴⁵, dizendo, uma declaração administrativa, de 24 de junho de 1793, que a sociedade deve favorecer, no que lhe for possível, os progressos da razão pública e por a instrução ao alcance de todos os cidadãos⁴⁶.

A lição da "Grande Revolução", irradiada a toda Humanidade, muito mais que a fraternidade universal, foi a da coletividade das nações. Sob esta bandeira, o Nacionalismo, ao longo do mundo agruparam-se os proprietários menores, os pequenos aristocratas interioranos e uma classe média que, através dos mais variados movimentos, como é o caso dos garibaldinos, teria influência ideológica significativa, nas décadas subseqüentes do século XIX. E o Nacionalismo, naturalmente, levava a um acréscimo do controle estatal.

⁴⁴ Albert Soboul, op. sup. cit., p. 500-502.

⁴⁵ Decreto de 19.3.1793: "*Art. 1º Todo homem tem direito à subsistência pelo trabalho, se válido; pela assistência gratuita, se não está em condições de trabalhar. Art. 2º O cuidado de prover a assistência do pobre é uma dívida nacional.*"

⁴⁶ Albert Soboul, op. sup. cit., p. 541

Tais desdobramentos históricos foram condicionados por forte influência doutrinária e filosófica. O individualismo econômico sendo limitado pela atividade estatal e esta sendo exercida com base no princípio da legalidade, além de influenciada por valores essenciais, ou mínimos de solidariedade, tais idéias começam com o próprio Adam Smith, não recebem negação em John Locke e são reforçadas pela doutrina de Rousseau, três dos mais influentes doutrinadores do período iluminista. Vejamos pelas próprias palavras de tais pensadores.

Adam Smith é a influência maiúscula em termos econômicos, ele mesmo compendiando idéias em voga no seu tempo, além da própria criatividade do economista. Neste trecho de "Uma Investigação..." através do que é conhecido como sendo o conceito do "homem econômico", tem-se a síntese do que os séculos porvindouros conheceriam e o Direito reconheceria como sendo a **iniciativa privada**:

"Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para todo o capital de que dispõe. Na verdade, aquilo que se tem em vista, é o seu próprio benefício e não o da sociedade, mas, os cuidados que toma com vista à sua própria vantagem levam-no, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade.(...) Na realidade, ele não pretende, normalmente, servir o bem público, nem sabe até que ponto está a ser útil à sociedade(....). Só está a pensar no seu próprio ganho; neste, como em muitos outros casos, está a ser conduzido por uma mão invisível a atingir um fim que de algum modo faz parte de suas intenções. Ao tentar satisfazer apenas o seu interesse pessoal ele promove freqüentemente o interesse da sociedade, com mais eficácia do que se realmente o pretendesse fazer⁴⁷."

⁴⁷ Adam Smith, Uma Investigação sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações, Hemus, 2001, Curitiba, tradução da edição inglesa de 1789 por Norberto de Paula Lima, Livro V, Capítulo 7, parte III, p. 313.

Repara-se que nesta passagem não está eliminado o interesse público ou social, apenas que sua eficaz realização é condicionada à perfeita satisfação do interesse público. A própria interferência estatal, em setores sociais que não sejam aptos a garantir lucratividade, é pelo patrono da Economia Clássica expressamente preconizada:

"No sistema de liberdade natural o soberano tem somente três deveres a desempenhar: (...) o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte de outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer uma rigorosa administração da justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas⁴⁸."

O próprio poder discricionário estatal não deixa de ser previsto, pelos ideólogos do Liberalismo, de uma forma bem mais ampla do que a hoje por nós concebida. Assim, John Locke, corretamente considerado por Norberto Bobbio como fundador da doutrina dos direitos humanos, considerava absolutamente normal a utilização do poder discricionário, na existência de lacunas legislativas, desde que a favor do bem público, não obstante deixasse claro que o abuso deste poder não comportava outro recurso que senão o apelo... a Deus:

"Muitos assuntos há a que a lei não pode prover por meio algum; e estes necessariamente devem ser entregues á discricção daquele que tem nas mãos o poder executivo, para que as regule conforme o exigirem o bem público e vantagem geral. Este poder de agir de acordo com a discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muita vez mesmo contra ela é o que se chama prerrogativa.(...)"

⁴⁸ Op. sup. cit., Livro IV, Capítulo 9, p. 337-339.

Este poder, enquanto empregado para benefício da comunidade e convenientemente aos encargos e fins do governo, é, sem dúvida, prerrogativa, não sendo nunca discutido.(...)Mas quem será juiz do uso acertado de tal poder ? Responderei: entre um poder executivo permanente possuindo semelhante prerrogativa e um legislativo que depende da vontade dele para reunir-se, não há juiz na terra; como também não pode existir nenhum entre o legislativo e o povo, se o executivo ou legislativo, quando uma vez obtiveram o poder, se proponham a escravizá-lo ou destruí-lo ou passem a fazê-lo. Nisto o povo não tem outro remédio, como em todos os outros casos em que não há juiz na terra, senão apelar para o céu⁴⁹."

Ainda que muitas vezes isto não fique claro, na verdade calava fundo, nos corações e mentes da época, a doutrina de Jean-Jacques Rousseau, a qual, com engenhosidade, dava limites amplos ao poder soberano, defendendo-o do Absolutismo pela ficção ideológica de sua submissão à lei, como fruto da vontade geral da comunidade.

Com extraordinária habilidade argumentativa, Rousseau minimizava os conflitos entre indivíduo e Estado na medida em que este seria objeto de um mandado contratualmente outorgado por aquele, no estrito interesse deste: "*cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece*⁵⁰".

No entanto, com sutileza, sem cair no argumento pueril de Locke, mesmo admitindo a reserva do interesse individual, na seguinte passagem estabelece aquilo que, três séculos depois, no Brasil, seria chamado, por Celso Bandeira de Mello, o primado do interesse público:

⁴⁹ John Locke, Segundo Tratado Sobre o Governo, São Paulo, Abril Cultural, tradução de Arcer Alex e E. Jacy Monteiro, 2^a edição, 1978, edição original inglesa de 1690, Concerning Civil Government, second essay,, 98-99 e 101.

⁵⁰ Jean-Jacques Rousseau, Do Contrato Social, Globo, 1962, Porto Alegre, in Obras de J. J. Rousseau, vol, II, Obras Políticas, tradução de Lourdes Santos Machado, do original, edição C. E. Vaughan, Manchester, 1947, Livro I, Capítulo VI, p. 27-28.

"Relativamente a quanto, pelo pacto social, cada um aliena de seu poder, de seus bens e da própria liberdade, convém-se em que representa tão só aquela parte de tudo isso cujo uso interessa á comunidade. É preciso convir, também, em que só o soberano pode julgar dessa importância⁵¹."

A contrapartida de tal primazia é dada através da personificação jurídica do Estado, criação dos juristas do século XVIII, e que, graças a isto, possibilitava ao particular promover a responsabilidade do ente público pelos abusos cometidos⁵².

Passando ao largo do intenso debate sobre o assunto, poucos sintetizaram a finalidade da construção jurídica e o seu resultado melhor do que Ruy Cirne Lima, em luminoso ensaio, cuja reprodução, do trecho essencial, impõe-se, na medida em que simultaneamente oferece o substrato jurídico, filosófico e ideológico para a personificação do Estado:

"A coletividade como dado social é inextrinsecável dos indivíduos que a compõem e não se pode opor a eles, como distinta de todos eles. Distinção real, no plano social, entre a coletividade e todos os indivíduos componentes, é algo de inconcebível. Essa distinção, inconcebível no plano social, é, não obstante, no plano jurídico, suposta imperativamente pelo desenvolvimento lógico do conceito de justiça: é um 'prius' necessário, uma exigência lógica daquele conceito. O ordenamento jurídico reclama, na verdade, uma entidade a mais, na qual a coletividade, como distinta de todos os seus componentes, encontre expressão. Somente o Estado logra alcançar o indivíduo à dignidade de pessoa, tirá-lo da condição de parte do todo, unidade na coletividade, para atribuir-lhe a independência, ou suficiência, característica da personalidade. Essa enunciação da pessoa opera-se graças á superação da coletividade pelo Estado, enquanto este a exprime como distinta de todos os indivíduos que a compõem.

⁵¹ Do Contrato Social, Livro II, Capítulo IV, p. 39-40.

⁵² A construção do conceito de Estado como pessoa jurídica é um dos temas mais fascinantes do Direito, pouco pesquisado até hoje no País. Por si só, ampararia uma monografia.

Não mais consideradas como partes do todo coletivo, extrinsecados pelo Estado, da coletividade, meramente quantitativa, os indivíduos opõem-se, já então, àquele, como bastantes em si mesmos, como independentes em si mesmos, ou seja, como pessoas (...) suscetíveis de se oporem a ele, pelo critério da personalidade⁵³. "

O período em que essas idéias foram desenvolvidas corresponde ao declínio da empresa colonial ibérica, cuja natureza essencialmente mercantil não se renovou para acompanhar as transmutações do sistema econômico que a amparava para o Liberalismo. Esta circunstância histórica teve seus reflexos no Império Brasileiro.

Inobstante o processo de emancipação da grande colônia lusitana ecoasse os rumores liberais e patrióticos oriundos da Revolução Francesa, o Brasil, que era um estabelecimento da empresa colonial mercantil exploradora, sem ser um Estado, recepciona o liberalismo nos seus aspectos políticos, sem que tivesse uma economia correspondente ao estágio nacional em que se desenvolveram as idéias de Adam Smith, Locke, Montesquieu e Rousseau. Em outras palavras, passa a ser um Estado sem empresa ou iniciativa privada digna de destaque.

Sintomática, a esse propósito, a doutrina jurídica e mercantil de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu. Em sua obra "*Princípios de Direito Mercantil*", mesmo confessando sua intensa admiração por Adam Smith, no último capítulo, uma espécie de introdução à Economia Política, traduz um trecho do Espírito das Leis, intitulando-o "*Das Doutrinas Sobre o Comércio do Celebrado Autor do Espírito das Leis*".

Explica-se o paradoxo: publicando em Lisboa, para a economia lusitana seria exótico o ideário de livre comércio do celebrado

⁵³ Preparação à Dogmática Jurídica, Porto Alegre, Sulina, 1958, p. 11 e 17.

escocês. Assim, o futuro Visconde limitava-se a uma genérica recomendação em prol do primado dos interesses comerciais, sem especificações⁵⁴.

Sem dúvida alguma a ideologia dos pensadores brasileiros pioneiros era liberal, não mercantil. No entanto, o terreno do seu proselitismo, qual fosse uma economia essencialmente agrária tocada pelo braço escravo, limitava extraordinariamente a visão econômica. Isto transparece nítido em alguns dos ensaios de José Bonifácio de Andrada e Silva, nos quais o mesmo começa por fazer profissão de fé na propriedade individual, afirmando, quase que em contestação à célebre afirmativa de Thomas Hobbes, que o "*governo deriva da propriedade e, não, vice e versa*", para culminar com a afirmativa de que um dos objetos precípuos da administração é a agricultura e um dos objetivos secundários o comércio⁵⁵.

No mesmo ensaio, José Bonifácio já concebe o que seria a característica essencial do Estado brasileiro, desde sua formação. Ao contrário do que ocorrera na Europa e na grande colônia inglesa da América do Norte, no qual o poder da iniciativa privada, ou seja, o poder econômico, preexistiu ou coexistiu com a formação do Estado, o Estado Brasileiro antecedeu à sua contrapartida social e necessitou formá-la. Como reconhecia, com lucidez e adequação, o Patriarca, em passagem suficientemente identificativa do reconhecimento do problema, ao dizer que "*A autoridade régia deve organizar suas molas de modo que semelhante à ação da eletricidade, a impulsão do poder soberano se comunique com rapidez e força do primeiro grau até o último, passando por todas as classes*"⁵⁶.

Esta inversão, que ainda hoje responde pelas dificuldades na transposição, para o Brasil, de idéias político-econômicas de Estados que principiaram sua construção desde o fortalecimento do poder

⁵⁴ Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha, fac-símile da Edição Original, Lisboa, 185, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1976, Cap. XIX.

⁵⁵ Projetos para o Brasil, São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 139-140.

⁵⁶ Op. sup. cit., p. 142.

econômico para depois forjar a Soberania Nacional⁵⁷, é observada por José de Alencar, provavelmente na década de 30 do Século XIX, como extrema dependência ao Governo, de qualquer atividade privada⁵⁸.

Acresça-se a extraordinária dependência do trabalho escravo, que somente começou a alterar-se em 1850, quando a Lei Eusébio de Queiroz proibiu o tráfico. Como salienta Nabuco, "*até então o espírito comercial e industrial do país parecia resumir-se na importação e venda de africanos. Com a extinção deu-se uma transformação maravilhosa*"⁵⁹.

Neste panorama, inobstante haja quem classifique a Constituição de 1824 como texto liberal, a absoluta omissão de qualquer regra sobre a Economia permite que se fale de Carta omissa sobre atividade econômica⁶⁰. Suas únicas menções sobre o assunto resumem-se no estabelecimento de uma absoluta liberdade de indústria e comércio e na proibição das corporações de ofício⁶¹, circunstâncias de pouca aplicabilidade na incipiente vida econômica nacional. Pode-se dizer que o Liberalismo estava no coração e na mente de nossa elite intelectual, inobstante não estivesse na vida social. Por sua vez, o poder administrativo na economia era naturalmente amplo, abarcando a atividade econômica como um todo.

C. Estado Social

⁵⁷ ninguém melhor teorizou isto no País que o crítico literário Roberto Schwarz, na sua obra "As Idéias Fora do Lugar", com conceitos que transcendem sua área específica e servem como paradigma para a própria compreensão do pensamento intelectual brasileiro.

⁵⁸ "*Os jornais, como tudo neste Império, vivem da benevolência da administração. No instante em que o governo quiser com afinco, a folha diária de maior circulação descerá da posição que adquiriu. Basta trancar-lhe as avenidas oficiais e subvencionar largamente outra empresa com o fim de hostilizá-lo. (...) Empresas industriais, associações mercantis, bancos, obras públicas, operações financeiras, privilégios, fornecimentos, todas essas fontes abundantes de riquezas improvisadas, emanam das alturas do poder. A burocracia os despeja a flux para os prediletos; e estanca para os desvalidos.*"(citado por Raymundo Faoro, Os Donos do Poder, São Paulo, Globo-Publifolha, 10ª edição, 2000, dois vols, p. 441.442).

⁵⁹ Um Estadista no Império, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, 2º vol. p. 239.

⁶⁰ Neste sentido, diverge-se do conceito de Alvacir Alfredo Nicz, em sua obra A Liberdade de Iniciativa na Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 60.

⁶¹ Art. 179, 24 e 25, da Constituição Brasileira de 1824.

A herança da Revolução Francesa dividiu-se, de forma até certo ponto eqüitativa, em três vertentes: liberalismo econômico, democracia representativa e nacionalismo. Essas três vertentes, em sua interação, culminariam por constituir o que chamamos de Estado Social.

O liberalismo econômico foi o regime predominante no Século XIX, até a Primeira Guerra Mundial, somente sendo combatido pelo pensamento marxista, cuja adoção, até à Revolução Russa de 1917, foi praticamente inexistente. Sua essência repousava no ensinamento de Smith, de que o indivíduo é o propulsor do progresso econômico.

Sua contrapartida aparentemente natural, o regime democrático representativo, em franca evolução, no século XIX, do voto censitário para o universal, foi a antítese da economia puramente liberal.

A luta pelo voto gerou governos mais propensos a dar ouvidos a grupos de influência e eleitores organizados, capazes de alcançar até a participação do proletariado no sistema representativo, como é o caso do movimento cartista no Reino Unido. Pouco a pouco, o mundo viu florescer, como forma de relacionamento entre as nações, as tarifas protecionistas que se transformam, em 1890, em tarifas puramente punitivas.

A tensão entre sistema econômico e político seria harmonizada pela entrada em cena, de forma acentuada, do componente nacional-estatal. Até então, conforme Hobsbawn, malgrado o título da obra de Smith, o lugar da Nação não ficava claro na teoria do capitalismo liberal, cujos pilares eram a empresa e o indivíduo⁶².

O protecionismo industrial, pela interferência estatal no jogo do livre mercado, mormente no comércio entre nações, teve como

⁶² A Era dos Impérios, Eric. J. Hobsbawn, A Era dos Impérios, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª edição, 1988, tradução do original em inglês "The Age of Empire, 1875-1914", por Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo, revisão técnica Maria Célia Paoli., p. 63.

mérito a impressionante ampliação da base industrial do mundo, o que foi alcançado através dos incentivos e, por decorrência, da ampliação, dos mercados internos. Acresça-se a isto, em prol do nacionalismo estatal, a universalização de uma cultura baseada na tecnologia, com sua contrapartida de uma educação elementar de massa padronizada.

A exacerbação da competição entre nações, transformadas em impérios pela renovação das formas de exploração colonial, levaria à guerra em escala planetária. A guerra engendraria uma revolução com repercussões, no mínimo, tão profundas e globais quanto as de sua ancestral, a francesa, qual seja a Revolução Soviética de 1917.

Da Revolução Russa pode-se dizer que foi a salvação do capitalismo liberal, embora mitigado, após a 2ª Guerra Mundial, de 1939-1945, na medida em que forneceu o incentivo para o capitalismo das reformas e, graças à imunidade com que a União Soviética atravessou o período da Grande Depressão, o cimento para as convicções de incentivo ao abandono da crença na ortodoxia do livre mercado. Antes disso, entretanto, a economia liberal sofreria o revés, em sua própria casa, do colapso econômico entre as duas grandes guerras, responsável, por algumas das melhores e das piores cenas do Século XX⁶³.

Várias são as teorias econômicas que se confrontam para explicar a Depressão Econômica neste período, não se podendo afirmar que qualquer delas tenha alcançado o primado. Todas, contudo, são convergentes em apontar o excesso de concorrência entre os Estados como causa da 1ª Guerra e do seu corolário de devastação econômica.

Preços e crescimento econômico desmoronaram, desde 1929, levando com eles o poder emergente dos trabalhadores, gerando o

⁶³ "Sem ele,"[o colapso econômico entre guerras] "com certeza não teria havido Hitler. Quase certamente não teria havido Roosevelt. É muito improvável que o sistema soviético tivesse sido encarado como um sério rival econômico e uma alternativa possível ao capitalismo mundial". Eric. J. A Hobsbawn, A Era dos Extremos, O Breve Século XX, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, tradução Marcos Santarrita, p. 91.

fenômeno, até hoje existente, das taxas crônicas de desemprego estabilizadas na órbita de 10% da força de trabalho (inicialmente alcançando 27% nos Estados Unidos e 44% na Alemanha) e outra característica, igualmente recorrente, do consumo das poupanças privadas pela inflação, num tempo em que a previdência pública praticamente não existia. A epidemia grassou em forma universal, dos Estados Unidos à Alemanha, contagiando países periféricos como o Brasil, que necessitaram recorrer a expedientes bárbaros como a queima de parcela da sua produção agrária, para conseguir defender, em um mínimo, os preços no mercado externo.

A primeira e explicável reação nas elites ocidentais foi a de proteção local, não propriamente no sentido de um esforço racionalmente planejado, mas como forma generalizada de um autêntico "salve-se quem puder" econômico, o que destruiu com o Estado liberal econômico da época:

"A Grande Depressão destruiu o liberalismo econômico por meio século. Mais especificamente, a Grande Depressão obrigou os governos ocidentais a dar às considerações sociais prioridades sobre as econômicas em suas políticas de Estado. Os perigos implícitos em não fazer isso, radicalização política, eram demasiados ameaçadores. Assim, os avanços não mais protegeram a agricultura simplesmente com tarifas contra a competição estrangeira. Durante a Depressão passaram a subsidiá-la⁶⁴."

A necessidade fez naturalmente nascer o Estado planificador, fosse comunista, capitalista, social-democrata ou fascista. Planificador e intervencionista, com base e na defesa deste novo conceito, conhecido desde então de renda nacional.

Uma vez mais o nacionalismo voltava a ser solução para os impasses da sociedade. Apenas que o mesmo agora ostentava feições inéditas. Tanto do ponto de vista do papel do Estado, quanto do

⁶⁴ Hobsbawn, A Era dos Extremos, O Breve Século XX, p. 99.

prisma essencialmente social deste pronunciamento intervencionista. Nasce aí, na década de 30 do Século XX, aquilo que, na falta de um nome melhor chamamos de Estado Social, enquanto forma de diferenciá-lo de sua espécie social-democrata, de Estado do Bem-Estar Social.

Findava assim um tipo de Estado confinado a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil; oferecer política, prisões e Forças Armadas. Isto se fazia em nome de uma tendência comum, vencedora nas armas em 1939-45, na luta antifascista, ideologicamente baseada nos valores do Iluminismo, quais fossem o progresso amparado na Razão e na Ciência; a educação pública; o governo popular; a inexistência de desigualdades baseadas juridicamente no nascimento e a crença num futuro mais feliz do que o passado.

Após 1945, praticamente todos os Estados rejeitaram a supremacia do mercado como dogma e acreditaram em administração e planejamento econômico. Defensores da completa liberdade de mercado, como Friedrich von Hayek, com sua obra "*A Estrada da Servidão*", pregavam no deserto. Os governos estavam convictos de que só o intervencionismo impediria catástrofes econômicas e serviria, no 3º Mundo, como meio de tirar as economias do atraso e da dependência.

Como precedente a isto, receberam rápida aceitação, no Reino Unido, nos Estados Unidos e na Europa continental, as idéias de John Maynard Keynes, economista britânico defensor da chamada teoria do pleno emprego. Pode-se dizer que, sob sua influência, naturalmente ao influxo dos acontecimentos históricos, instalaram-se os grandes sistemas previdenciários, como exemplificam os Estados Unidos em 1935.

Conforme explica economista por muito tempo considerado o melhor expoente da chamada Escola Keynesiana, alguns dos elementos essenciais da intervenção econômica, não só foram

sistematizados como preconizados por Keynes, passando a ser universalmente aceitos, como se compreende na seguinte passagem:

"Também enquanto o desemprego diminuía, mas muito antes dele desaparecer, a inflação tornou-se uma ameaça. Keynes achava ter encontrado a solução para isto, e também os seus seguidores: tratava-se de por tudo ao contrário. Aumentar os impostos para manter-se em dia com as aplicações de tempo de guerra, e assim procurar, por todos os meios possíveis, manter baixo o déficit orçamentário. Manter estável o custo de vida, se necessário subsidiando o custo da produção de alimentos e outros itens básicos ou de primeira necessidade. A mão de obra poderia, então, ser solicitada a abrir mão de aumentos salariais, enquanto durasse o conflito. Certo controle de preços e racionamento seriam indispensáveis, mas isso deveria ser aplicado seletivamente, apenas aos gêneros de primeira necessidade que estivessem sofrendo de escassez. Keynes expôs tudo isso numa famosa série de cartas, que enviou ao jornal "The Times" de Londres. Em Washington e a essa altura também em Londres, suas recomendações já eram amplamente acatadas. Se Keynes dizia que sim, então a coisa sem dúvida dava certo⁶⁵."

Controle de preços; utilização do sistema tributário para redistribuir riqueza e controlar inflação; subsídios ao emprego e à produção agrícola, tudo isto passou a ser, a partir da Era Keynesiana, jargão normal dos governos. Tudo isto, no entanto, além do sacrifício das lutas populares, somente foi possível ao influxo de guerra que, muito mais do que econômica, foi ideológica, como exemplifica o próprio Keynes, em célebre ensaio publicado nos jornais londrinos, sobre a política econômica liberal em vigor: *"Temos no fim, portanto, o pior de todos os mundos. O país está atrasado em termos de equipamentos, ao invés de estar inteiramente atualizado. Os lucros empresariais são pobres, com o resultado de que as receitas do imposto sobre a renda desapontam o ministro do Tesouro, que é incapaz tanto de aliviar o contribuinte quando de levar adiante esquemas de*

⁶⁵ John Kenneth Galbraith, A Era da Incerteza, São Paulo, Pioneira, 1980, 2ª edição, tradução de F. R. Nichelsen Pellegrini, da edição norte-americana de 1977, p. 221.

reforma social. O desemprego é violento. Esta falta de prosperidade efetivamente diminui a taxa de poupança e assim derruba até mesmo o objetivo original de uma taxa de juros mais baixa. Então, as taxas se mostram, depois de tudo, altas. (...) Não é um acidente que o governo conservador nos tenha jogado na confusão em que nos encontramos. É o resultado natural de sua filosofia. Não se deve pressionar por telefone ou eletricidade, porque isso elevaria a taxa de juros. Não se devem acelerar as obras rodoviárias e de habitação, pois isso esgotaria oportunidades de empregos que podemos precisar em anos futuros. Não se deve empregar a todos, pois isto causará inflação. Não se deve investir, pois como se pode saber que isto compensará ? Não se deve fazer nada, pois isto significará, simplesmente, que não se poderá fazer mais nada. Segurança antes de tudo. A política de manter um milhão de desempregados foi seguida até agora, por oito anos, sem nenhum desastre. Por que arriscar uma mudança ? Não prometemos mais do que podemos realizar. Logo, nada prometemos. É isso que nos têm servido. São slogans de depressão e de decadência - as timidez e obstruções e estupidezes de uma naufragante vitalidade administrativa⁶⁶."

Por igual caminho, circunstâncias históricas mais Keynes, seguiu a planificação econômica estatal. Contingencialmente, o aparente sucesso da União Soviética, na Grande Depressão, exerceu inegável influência. Aquela confederação de países não só não estagnou, mas de 1929 a 1940, não sofreu desemprego, triplicou sua produção industrial, que, de 5% dos manufaturados produzidos pela indústria mundial em 1929, pula para 18% em 1938, ao mesmo tempo em que Estados Unidos, Reino Unido e França vêm cair sua participação, no mesmo período, de 59% para 52%⁶⁷. Entendia-se que uma das razões deste sucesso, ocorrente em um País que terminara a década de 20 aniquilado pela guerra civil, seriam os planos quinquenais de desenvolvimento.

A crença na planificação estatal pelo sucesso soviético, no pensamento ocidental de esquerda, pode ser medida pela passagem de divulgadíssima obra de historiador norte-americano de esquerda:

⁶⁶ John Maynard. Keynes, Inflação e Deflação, Abril Cultural, São Paulo, 1978, tradução da edição inglesa "Essays in Persuasion", Part II, "Inflation and Deflation", seleção de Paul Singer, tradução de Rolf Kuntz e Paulo de Almeida, p. 27-28.

⁶⁷ Eric. J. Hobsbawn, A Era dos Extremos, O Breve Século XX, p. 101.

*"As grandes questões econômicas que se apresentam ao governo da URSS na qualidade de donos dos meios de produção são: o que produzir, quanto produzir, a quem dar o que é produzido? São decisões a serem tomadas para o país como um todo. Nos países capitalistas, cada homem de negócios, antes de investir seu capital numa empresa, tem de tomar decisões semelhantes(...). Mas não há garantia de que as partes isoladas se vão encaixar umas nas outras, e sabemos pela experiência que em cada poucos anos há um colapso quando as partes não se encaixam. O governo de um Estado socialista está na situação do capitalista, mil vezes mais ampla - ou seja, ele é o único dono do capital e tem de tomar todas as decisões. O governo socialista tenta fazer com que as diferentes partes, todas as mil e uma complicadas e variadas atividades econômicas se unam harmoniosamente e se encaixem de forma que o todo funcione perfeitamente. **Para fazer isso bem, a Rússia tem um plano.** É a tarefa da Comissão de Planejamento Estatal (GOSPLAN). Todo o quadro da GOSPLAN se eleva a cerca de dois mil peritos estatísticos e técnicos científicos de vários tipos, com muitos outros funcionários burocráticos - certamente a melhor equipada e a mais ampla máquina de pesquisa estatística permanente do mundo. Consagra a nova Constituição da URSS: 'artigo 11 - a vida econômica da URSS é determinada e dirigida pelo plano econômico nacional do Estado'⁶⁸."*

Esta simpatia à planificação passou aos economistas não esquerdistas. Em 1945, um grupo de jovens economistas norte-americanos pediu a sanção do Congresso a um planejamento para o pleno emprego, o que gerou a lei do Decreto de Emprego, de 1946⁶⁹.

A transformação do Estado Liberal em Estado Social e da planificação em obrigação estatal não ingressou, no Direito, sem luta.

⁶⁸ Leo Huberman. História da Riqueza do Homem, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 21ª edição, 1986, original inglês "Mans Worldy Goods", 3ª edição, 1959, Monthly Review Press, New York, tradução de Waltensir Dutra. p. 275-277.

⁶⁹ John Kenneth Galbraith, A Era da Incerteza, p. 223.

Este momento histórico, nos Estados Unidos englobado sob o termo "New Deal"⁷⁰, enfrentou severas resistências da Suprema Corte daquele país.

Consoante assentada orientação daquela Corte, o regime jurídico constitucional era o do federalismo dual, uma discriminação de competências pela qual havia completa dicotomia entre a matéria estadual e federal, sendo a competência dos Estados mais ampla que a da União, mormente na legislação econômica e social.

Tal concepção, ínsita de um regime liberal, naturalmente seria incoerente com uma era de crescente expansão do Estado, tal como preconizada por Roosevelt, durante a Grande Depressão⁷¹.

Destarte, ao nascerem as medidas legais regulamentadoras e planificadoras da Economia, como a Lei de Recuperação da Indústria Nacional, em 1933, conflitos jurídicos decorrentes da aplicação da legislação intervencionista desembocaram na Suprema Corte.

Recalcitou bastante, este afamado órgão judiciário, em diminuir o poder local, como se pode ver da decisão "Schlechter Poultry Corp x United States", de 1935.

No entanto, a regulação federal trabalhista, passou a ser normalmente admitida desde 1937, a partir do caso Junta das Relações

⁷⁰ "The New Deal, in historical perspective, represented a decisive movement away from reliance on a traditional laissez-faire economy toward a mixed economy, with government involvement in economic stabilization, social security, and labor-management relations. Government now participated in many areas of economic decision making that were previously the exclusive prerogative of private business. (...)

The New Deal saved capitalism; in this light, the reforms of the 1930s can be seen as tools the ruling elites used to contain The Depression - inspired surge in radical sentiment favoring social reconstruction." Anthony. Chase, Law and History The Evolution of The American Legal System, The New Press, New York, 1997. p. 201 e 204

⁷¹ " *Nós nos devemos mover como um exército leal e disciplinado disposto a sacrificar-se pelo bem da disciplina comum, porque sem tal disciplina não se consegue qualquer progresso, nenhuma liderança se pode tornar eficaz.*" Bernard Schwartz. Direito Constitucional Americano, Forense, Rio de Janeiro, 1966, traduzido de American Constitutional Law, Cambridge University Press, London, 1955, por Carlos Nayfeld. p. 209.

Trabalhistas Nacionais x Corporação de Aço Jones e Laughlin e, em relação aos demais aspectos de regulação econômica governamental, desde 1941, a partir da questão "United States x Darby"⁷²

Em síntese, a partir de 1930, as ortodoxias liberais pareciam tão desgastadas que a economia do mundo passa a ser regida por um tríplice sistema de controle: o mercado, o Estado e as autoridades públicas internacionais em alguns setores do comércio entre as nações.

No entanto, uma vez mais, desde o fim da era feudal, a tendência superada em uma época não desaparecia, tanto quanto não desapareciam as forças sociais que a sustentavam. A inflação, a pobreza dos países então chamados de subdesenvolvidos, o desperdício estatal e o excesso burocráticos, males que o keynesianismo jamais conseguiu exorcizar, antes pelo contrário, através dele muitas vezes conjurados, aguardavam silentes para apresentar-se, logo a seguir, como crítica aos pressupostos do Estado Social.

A aceitação, no Brasil, do Estado Social, deu-se por outras vias de influência intelectual e outros fatores sócio-político-econômicos. Intelectualmente, as idéias chegaram pela Constituição de Weimar(1919) na mentalidade de juristas e políticos. Economicamente, a intervenção estatal na economia e a planificação administrativa nasce em virtude da necessidade de substituir o superado modelo agrário-exportador pela chamada substituição de importações, com reflexos na criação de um mercado interno. Socialmente, o modelo foi condicionado pela ascensão das classes médias e do proletariado no cenário político. Politicamente, as lideranças condutoras desta modificação recortaram-se num figurino autocrático e centralista, muito mais influenciado pelos

⁷² Bernard Schwartz., *Direito Constitucional Americano*, p. 211 e seguintes e Carl Bent Swisher, *Decisões Históricas da Corte Suprema*, Forense, Rio de Janeiro, 1964, traduzido de "*Historics Decisions of The Supreme Court*", *D. Van Nostrand Company Inc.*, 1958, USA-Canada, por Arlete Pastos Centurion, p. 158 e seguintes.

exemplos fascista e nacional-socialista, que pelos paradigmas do "*New Deal*" e das nascentes sociais-democracias européias, numa contradição evidente com a inspiração intelectual acima relatada.

Ao instalar-se a Assembléia Constituinte de 1934, arrancada pela força das armas dos vencedores da Revolução de 1930, o modelo americano, que presidiu os trabalhos da Constituição de 1891, estava fora de moda. As novas cartas européias, vulgarizadas em compêndio de autoria de Mirkin-Guetzévitch, inspiravam a maioria dos constituintes⁷³, o que ocasionou acerba censura de Carlos Maximiliano, como deputado constituinte, no plenário da Assembléia, pelo exagero da transposição⁷⁴.

A verdade é que sob a matriz da Constituição Alemã, amplamente defendida, por distintos motivos, pelas diversas correntes de influência na Assembléia Constituinte, plasmou-se a Constituição de 1934 e nela, por vários mecanismos, viu-se afirmada a intervenção estatal na economia e a possibilidade do planejamento administrativo econômico. Curiosamente, isto ocorre no momento em que aquele texto permitia, com complacência, a ascensão de Adolf Hitler ao poder⁷⁵.

A contribuição do esforço de constitucionalização é vista consensualmente como escassa. Pontes de Miranda, ao comentar o texto, em diversas passagens afirma: "*o mal da Constituição de 1934 é o mesmo da Constituição de Weimar: não ter fins precisos*"⁷⁶.

Em virtude disto, nos debates e posteriormente, Levi Carneiro, Carlos Maximiliano, Prado Kelly e Maurício Cardoso, expressões mais brilhantes e

⁷³ Hélio Silva, 1934 - A Constituinte, p. 24. Silva, Hélio. 1934 - A Constituinte, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969.

⁷⁴ As palavras do notável hermenêuta, ainda que possam ser causadas por suas posições conservadoras contrárias às inovações sociais, consagram uma advertência até hoje válida para as transposições culturais estrangeiras mal digeridas e irrefletidas (ver em Hélio Silva, op. cit., p. 63).

⁷⁵ "*Como uma estrela extinta, cujo último brilho continua iluminando distantes planetas, Weimar teve no Brasil sua derradeira influência na ANC de 1934.*". Vamireh. Chacon, Vida e Morte das Constituições Brasileiras, Rio de Janeiro, Forense, 1987. p. 130.

⁷⁶ Citado por Vamireh Chacon, op. cit., p. 156.

fecundas da Assembléia Nacional, ao fim dela evidenciaram desencantamento pelo medíocre efetividade alcançada⁷⁷.

Todavia, a mensagem do Estado social foi por ela transmitida, ainda que de forma vaga, imprecisa, como reconhece Prado Kelly, em discurso proferido quase ao encerramento dos trabalhos⁷⁸, fornecendo assim a amplíssima moldura nos limites da qual esta forma de organização jurídica e administrativa passaria a funcionar. O próprio crítico, com amparo nas constituições alemãs e soviéticas, foi patrono de projeto que instituiu o direito à educação como um direito subjetivo público, a ser sustentado por um Fundo de Educação Nacional. Esta transmutação do Estado, a partir da Constituição, de Estado liberal em Estado social, é igualmente reconhecida por um intelectual de extrema-esquerda, ainda que com a visão crítica decorrente de seu perfil ideológico⁷⁹.

Na verdade, o câmbio do tipo de Estado fazia parte do ar dos tempos, tendo como mola propulsora necessária, ainda que não suficiente, a consciência, nítida na elite política, da impossibilidade de ancorar o país tão somente na receita das pautas de exportação de produtos primários, como preferencialmente o café. O País já crescera mais que sua infra-estrutura econômica. Ninguém melhor que Caio Prado Jr. para explicar isto em poucas palavras:

"Tornara-se patente a incompatibilidade substancial entre o novo ritmo de existência e progresso material atingido pelo país, e sua modesta categoria de novo produtor de um punhado de matérias-

⁷⁷ Hélio Silva, op. sup. cit., p. 24 e "1934 - A Constituinte", Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969.

⁷⁸ "Não podemos esperar do projeto, submetido a plenário, a satisfação da consciência e da doutrina, de harmonia e integração no espírito de nossa época, fase transitório para o novo estágio de civilização social. Essa obra, se a não rever o plenário, será forçosamente de curta duração, porque só atende a interesses políticos, repele o imperativo da organização econômica e não oferece a resistência e a disciplina de um sistema, é um compromisso da Constituinte com o passado e uma traição do País às gerações do futuro".(cit. em Hélio Silva, 1934, A Constituinte,p. 391.)

⁷⁹ É o caso de Leôncio Basbaum, que mesmo entendendo não ser a Constituição de 1934 distinta das anteriores, reconhece nela a influência de idéias de esquerda, como no art. 116 o monopólio por interesse público de determinadas indústrias, o art. 117 a racionalização progressiva dos bancos de

primas destinadas ao comércio internacional. Sobre esta base estreita não era possível manter uma estrutura econômica e social imposta pelas novas condições do mundo de que o Brasil passará plenamente a participar⁸⁰."

Nestas condições, com ou mesmo sem o respaldo da Constituição de 1934 e, a partir da revogação desta, com base na autoritária Constituição de 1937, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que promoveu importante rearticulação na estrutura administrativa. Antes, em 14 de novembro de 1930, fora criado o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, com a competência de estudar e encaminhar os assuntos relativos a ensino, saúde pública e assistência hospitalar. Finalmente, em 1937, a reforma Francisco Campos deu estrutura orgânica aos ensinos secundário, comercial e superior, pela primeira vez afetando, em profundidade, a estrutura do ensino em caráter nacional, com o estabelecimento definitivo do currículo seriado e da frequência obrigatória⁸¹.

A esta necessidade dos novos tempos atendia um segmento em expansão, oriundo da classe dos proprietários agrários e comerciantes exportadores, qual fosse o industrialista. Tal discurso igualmente calava fundo nas classes médias urbanas em expansão, augurando possibilidades de ascensão social nunca antes vislumbradas, nesta área ocupando destaque o estamento militar. Por último e de forma realmente não menos importante, apoiava as diretrizes intervencionistas, conforme o perfil ideológico com maior ou menor profundidade, o jovem proletariado brasileiro.

A este amálgama social de contingência atendia o discurso centralista e supraclassista de Getúlio Vargas, denotando coerência entre pontos de vista já expostos na Assembléia do Rio Grande do Sul, em 1919 e reiterados em

depósitos e empresas de seguros. Basbaum, Leôncio. História Sincera da República. Editora Alfa-Ômega, 4ª edição, São Paulo, 1975-76, vol. II, p. 65.

⁸⁰ História Econômica do Brasil, São Paulo, Brasiliense, 1977, 20ª edição, p. 287.

pronunciamento, como Presidente da República, em 1933, cujos trechos significativos são a seguir reproduzidos:

"Após a terminação da guerra, os poderes públicos continuavam a intervir na atividade privada, mantendo os serviços com o intuito de restringir a ganância dos particulares. Uma prova da eficácia e da oportunidade dessas intervenções está na tendência, quase generalizada na Europa, do operariado para a nacionalização das indústrias." (1919). "A indústria só existe pelo protecionismo, o café pelo amparo governamental - o Estado é o centro da economia, que a tutela e a dirige. O proletariado, um dos elementos desse favorecimento oficial, mas desdenhado pelo governo, merece, em conseqüência, igual atenção. A perspectiva está francamente mudada, com o abandono do louvor insincero à iniciativa particular, na verdade obra do fomento estatal(1933)⁸²."

No entanto, sob o aspecto político, a obra de reverter o panorama centrípeta do federalismo então dominante, bem como o atendimento de reivindicações dos segmentos sociais emergentes, pela natural oposição à perda de postos e privilégios, não seria possível em um panorama democrático como aquele projetado pelos Constituintes de 1934.

Desde esta constatação, o viés autoritário do Estado Social é a via percorrida pelo Brasil, inicialmente aliada, pela campanha anticomunista, a uma vaga simpatia nazi-fascista e, logo após, com a repressão aos simpatizantes nacionais desta corrente e a adesão aos seus combatentes no plano internacional, ao reflexo externo do New Deal, convertido, após 1945, em ponto de apoio novamente na luta anticomunista, circunstância que, pela radicalização, acaba justificando o auge desta tendência, no período das ditaduras militares de 1964 até 1987.

⁸¹ Dados extraídos da obra de Tanya Barcelos, A Política Social Brasileira. Barcelos, Tanya Maria Macedo de(coordenadora). A Política Social Brasileira, Fundação de Economia e Estatística, Porto Alegre, 1983, 2ª impressão. p. 27 e seguintes.

⁸² Reproduzidos por Raymundo Faoro.Os Donos do Poder, volume II, p. 316 e 317.

A intervenção estatal na Economia e o planejamento econômico administrativo desenvolvem-se sob os ventos de uma concepção estatal orientadora, alheada das competições classistas, paternalista na essência, controlada por líder forte e sedimentada em burocracia altamente especializada e aparentemente desprendida de imposições classistas⁸³.

Ninguém melhor para flagrar essa concepção que o General Góes Monteiro, porta-voz militar em 1934:

"O Estado deve ter poder para intervir e regular toda a vida coletiva e disciplinar a nação, criando os órgãos e aparelhos próprios para organizar a nossa economia, obrigar todos ao trabalho e satisfazer ao mínimo das necessidades morais e materiais de todo o cidadão brasileiro que sirva, realmente, à sua pátria⁸⁴."

Esta concepção ultrapassa contingências políticas distintas e a elas se adapta, sem modificar sua essência. Em 1937, em nome da ameaça comunista, aceita-se o poder ditatorial de Getúlio Vargas que, em 1945, em nome da democracia é deposto, para, em 1964, novamente com a invocação do anticomunismo, revogar-se a ordem democrática. Três momentos distintos, aparentemente contraditórios uns aos outros, mas que, em última análise, processam-se nos limites de uma visão de Estado Social que não difere muito, em sua essência, a partir das lideranças políticas que compõem o espectro nacional da esquerda para a direita, ou vice-versa⁸⁵.

⁸³ Raymundo Faoro, op. sup. cit., p. 320.

⁸⁴ Raymundo Faoro, op. sup. cit., p. 323.

⁸⁵ João Almino, em monografia sobre a Constituinte de 1946, adverte para o pequeno peso, entre direitistas e esquerdistas, dos direitos individuais quando chocados com interesses sócio econômicos: "Na realidade, em 1946, tanto a idéia das liberdades individuais, da democracia, quanto a da intervenção do Estado no domínio econômico tinham grande aceitação política. A primeira era a idéia pela qual os Aliados haviam se batido na guerra e a segunda entendia-se que dominava o mundo moderno e suas grandes democracias, que já não admitiam mais o egoísmo da filosofia liberal. Mas, na prática, numa e noutra idéia, o que orientava a as posições era a maneira de encarar as classes proprietárias e os operários, ou seja, a maneira de considerar o direito de propriedade e as liberdades sindicais. Na defesa das liberdades individuais e da democracia, o Partido Comunista justifica a eliminação de determinadas liberdades democráticas. Na defesa da economia, se quer, sobretudo, proibir as greves e o funcionamento livre das organizações sindicais". Os Democratas Autoritários, São Paulo, Brasiliense, 1980. p. 227-288).

Esta peculiaridade, na adaptação de uma tendência universal, para fins de estruturação do Estado social, é genericamente denominada Desenvolvimentismo⁸⁶.

O planejamento estatal da economia dá-se portanto nestas exatas fronteiras, tendo como antecedente histórico o Decreto nº 16.683, de 29 de setembro de 1944 e, a partir de 1964, quando é reforçado, a Lei Complementar nº 8, de 1967, bem como o art. 49, II, da Constituição deste mesmo ano e ainda o Ato Complementar nº 43, de 1969⁸⁷. Curiosamente, para os que o combatem mais tarde em nome do regime de mercado vigente nos Estados Unidos, auxiliado por uma missão técnica daquele país, provavelmente adeptos do "*New Deal*"⁸⁸

Naturalmente, os antecedentes autoritários de instalação do Estado Social brasileiro geraram antagonismos de toda a ordem, em segmentos expressivos da inteligência brasileira e internacional. Thomas Skidmore que aponta a influência rooseveltiana no planejamento brasileiro, de alguma forma contradizendo-se, explica a interferência estatal na economia como fruto do antiliberalismo governamental na política⁸⁹.

Após 1964, essa identificação da planificação e intervenção econômica estatais com o autoritarismo político seria maior, com a inevitável desconfiança quanto àqueles. Esta tendência de pensamento resulta cristalina no seguinte trecho da já citada obra de Vamireh Chacon:

⁸⁶ Boris Fausto. A Revolução de 1930, São Paulo, Brasiliense, 1976, 4ª edição. p. 111.

⁸⁷ Washington Peluso Albino de Souza,. A Experiência Brasileira da Constituição. Revista Forense, nº 305, p. 119 e seguintes.

⁸⁸ Thomas Skidmore, Brasil: de Getúlio a Castelo: "Em 1942 aumenta a participação no desenvolvimento econômico brasileiro com o envio de uma missão técnica por Roosevelt, começando estreita colaboração no planejamento econômico.", Skidmore, Thomas. Brasil: de Getúlio a Castelo, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976, 5ª edição, tradução da edição inglesa "Politics in Brazil, 1930-1964, An Experiment in Democracy, Oxford University Press, Inc. N. Y, tradução brasileira coordenada por Ismênia Tunes Dantas. p. 68.

⁸⁹ op. sup. cit., p. 67.

"Desenvolvimento econômico e anticomunismo político, eis a ideologia por trás da sucessão convencional de Constituições(2), atos institucionais(17) e atos complementares(73), além de milhares de decretos-lei, ditados geralmente pelos tecnoburocratas ao arrepio de qualquer coerência jurídica, num emaranhado pior que o associado contra o Poder Legislativo tradicional para coibi-lo em nome da organização. Esgotara-se o melhor da geração dos discípulos de Alberto Torres e Oliveira Viana, adeptos da organização sobre a participação muito melhor orgânica nos tempos do Estado Novo. Sem articulação interna, o recurso final usado foram simplesmente estatizações mágicas, seqüência do patrimonialismo cartorial ao tecnológico. E ninguém mais estatizante que a ultradireita no poder, porque em proveito estamental próprio, da mesma forma que ninguém mais anti-estatizante que esta ultradireita quando fora do poder, ao vislumbrar a possibilidade, mesmo remota, de diluir-se o seu controle⁹⁰.

Independente da crítica à ideologia do Estado Social, afirma-se a vertente iniciada pela poderosa obra de Faoro, vislumbrando nos efeitos de sua instalação um recrudescimento do estamento sócio-político dominante, com o esgotamento de recursos naturais e humanos. Tal visão, oriunda da sociologia weberiana, cuja leitura corre o risco de leitura distinta do seu real significado(que não é a apologia de um estado puramente liberal), resume-se neste trecho, sobre o período getuliano(1930-1945):

"Nas intervenções estatais, outrora abominadas pelos empresários apenas se contrários aos seus imediatos interesses, crescem e proliferam atividades econômicas incentivadas pelos lucros rápidos, mais jogo de azar que empresa racional. Para que medre essa camada, ontem comercial, hoje industrial e amanhã financeira, o governo há de estar presente, atuante, armado.

⁹⁰ op. sup. cit., p. 210.

Dentre as classes predomina a lucrativa, especuladora nos seus tentáculos, apta menos a produzir do que a enriquecer, em consórcio indissolúvel ao estamento burocrático, este também especializado em comissões e conselhos, alheio à sociedade, desta tutor, ou, em momentos de normalidade, no exercício de discreta curatela. As classes proprietárias, o empresário industrial, racionais nos seus cálculos, se submetem aos destros manipuladores de situações. O tubaronato floresce e engorda, ensejando a suspeita de que sua fortuna se deva ao favor, quando, na realidade, se expande como autêntica expressão do sistema⁹¹.

D. Estado Pós-Moderno

As Ciências Sociais e as Teorias de Arte chamam pós-moderno ao período após os anos 1960, quando, se entende haver sido encerrado o ciclo modernista que principia no começo do século⁹².

Ao reflexo econômico e político da pós-modernidade, acentuado a partir do final da década de 80 do século XX, dá-se a denominação de "sociedade global", "sociedade globalizada", "globalização" ou ainda "mundialização", termos que objetivamente significam o mesmo⁹³. Neste período, uma concepção ideológica avulta em importância, atendendo, "latu sensu", pelo nome de "neoliberalismo". Os impactos da mundialização, ao influxo do neoliberalismo, nos poderes administrativos de intervenção na economia e de planejamento econômico, serão comentados neste subtítulo.

⁹¹ Op. sup. cit., p. 355.

⁹² Não é objeto deste aprofundar o conceito de pós-modernismo. Referência do assunto, na área tecnológica, é a obra A Terceira Onda, de Alvin Toffler (Record). No plano cultural, indispensável A Viagem pela Irrealidade Cotidiana, de Umberto Eco (Nova Fronteira). Filosoficamente, a Cultura do Narcisismo de Christopher Lasch (Imago). Condensando todos, Da Vanguarda ao Pós-Moderno, de Eduardo Subirats (Nobel). A obra recente, de Anthony Giddens (Consequências da Pós-Modernidade) será referida nos trechos pertinentes ao tema..

⁹³ Sem embargo de, por convicções ideológicas, preferirmos mundialização à globalização, em face de entendermos que a última palavra traz uma conotação nitidamente ideológica.

Cumpra fazer várias ressalvas sobre o tema e a forma de abordá-lo. A primeira, o período extraordinariamente curto em que vêm ocorrendo os fenômenos enfeixados no conceito de globalização, circunstância que acarreta risco igual de um estudioso à época de Juliano, discorrendo sobre a perenidade do restaurado culto aos deuses pagãos. A segunda, a ausência de uma visão crítica distanciada dos estudiosos da matéria, que, grosso modo, dividem-se em "pró" e "contra" o objeto de suas preocupações, situação que geraria riso em relação aos períodos anteriores enfocados, como o Absolutismo, o Liberalismo e o Estado Social. A última, deduzida das outras duas, é a inexorável confusão que se descortina, em todos os trabalhos teóricos, entre diagnóstico e prognóstico, o que dificulta, sobremaneira, a identificação dos reais fenômenos da época.

Os condicionamentos referidos fazem que o ensaio limite a apontar os dados efetivos da "mundialização", as linhas mestras das concepções "neoliberais" e as decorrências mais plausíveis para a ação estatal no sentido da fiscalização e planificação econômicas. Neste contexto, comparecerá como fenômeno, na sua noção filosófica de "efetivamente dado", a Constituição de 1988, nas suas linhas mestras sobre o assunto.

O autor não pretende atribuir-se uma neutralidade que em absoluto não tem. Como graduado em Ciências Jurídicas, vê com muita desconfiança o advento de um desmonte de concepções tradicionais que repercutiram, na área jurídica, muito do que o mundo fez e teve de melhor, em termos institucionais, desde que saiu da Era Medieval. Neste sentido, tem presente, como homem nascido e criado à luz das concepções do século XX, a objeção de Bairoch, apontada por Hobsbawn, no sentido de que *"ao contrário do modelo clássico, o livre comércio coincidiu com a depressão e foi provavelmente sua causa principal, e que o protecionismo foi provavelmente a causa principal do desenvolvimento para a maioria dos países desenvolvidos de hoje"*⁹⁴.

⁹⁴ Eric Hobsbawn, J. A Era dos Extremos, O Breve Século XX, p. 553-54.

Todavia, tal visão de mundo não inibe o estudo de conteúdos objetivos ou racionalmente demonstráveis, que procurem, na medida do possível, não embaralhar sonhos com realidades. Mesmo porque, grande parte da visão neoliberal também se arrima em efeito de cunho nitidamente ideológico e fatalista, no pressuposto de que fora de seus cânones não há salvação, nem mesmo alternativa, situação muito longe de ser verdadeira, pois, curiosamente, dizia Friedrich Hayek, "*na evolução social nada é inevitável, a não ser o que se pensa que é*". Neste sentido, uma permanente autodesconfiança certamente servirá para evitar erro recorrente nas Ciências Sociais e Jurídicas que é o pensamento em dogma, apto a merecer a cáustica e verdadeira observação de Pablo González Casanova que "*quando um homem acostumado a pensar dogmaticamente se vê sem dogmas, dá-se conta de que está acostumado a não pensar*". O resto ficará por conta da crítica e do tempo.

A mundialização, por tudo quanto já foi dito, não alcançou um conceito indiscutível, à semelhança da era histórica que descreve, que é a pós-moderna. Por sua amplitude, capaz de abarcar várias concepções, aceita-se aquele de Anthony Giddens, como sendo "*a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa*"⁹⁵.

Historicamente, atende ela ao fato de demarcar o encerramento do sistema ou estrutura internacional vigente desde a Guerra Mundial de 1914-18, com o colapso do sistema de potências, na medida em que apenas restou uma, digna desse nome, que são os Estados Unidos⁹⁶. Como decorrência, tornou-se improvável a ameaça que tanto condicionou as gerações do segundo lustro do século XX, qual seja a possibilidade de uma terceira guerra mundial, no estilo convencional das duas anteriores.

⁹⁵ Anthony. Giddens, *As Conseqüências da Modernidade*, São Paulo, UNESP, 1991, tradução do original inglês, edição Polity-Press, Basil Blackwell, 1990, por Raul Fiker. p. 69.

⁹⁶ Eric Hobsbawn,. J. *A Era dos Extremos, O Breve Século XX.*, p. 538.

Esta novidade histórica não significou, outrossim, a eliminação da guerra ou, mesmo, a diminuição da violência. A inexistência de uma nítida separação entre lutas nacionais e internacionais sequer eliminou o risco de uma guerra global, apenas modificando a forma de sua evidência, manifestada hoje pelo que Hobsbawn chama de "*democratização e privatização dos meios de destruição*"⁹⁷.

A insegurança mundial, por outro lado, deslocou o foco de sua preocupação quanto aos riscos de um colapso decorrente de uma guerra nuclear, para a constatação do alargamento da distância que separa, em relação aos índices sociais, econômicos e culturais, os países ricos dos países pobres. Contribuiu, de forma decisiva, para este fato, o colapso da experiência comunista da União Soviética, com o conseqüente desaparecimento de uma tensão ideológica que garantia um fôlego para a existência de um esforço permanente no sentido de eliminar este fosso, hoje um verdadeiro abismo.

Com o fracasso do socialismo de Estado soviético, viram-se abaladas as crenças nos programas estatais que combinavam, pragmaticamente, a esfera pública e privada, o mercado e o planejamento. Procurou-se substituir essa "*terceira via*" por um viés ideológico, que poderíamos chamar de utopia neoliberal, baseada exclusivamente no indivíduo, com o estreitamento do espaço das soluções coletivas.

A explosão demográfica e a possibilidade, hoje cada vez mais palpável, de um desastre ecológico de proporções planetárias, são outras características da era pós-moderna. O ritmo com que a moderna tecnologia incrementou a capacidade da espécie humana transformar o ambiente é hoje tão intenso que as soluções para os problemas ambientais não mais podem esperar séculos, quiçá, esperançosamente, décadas.

⁹⁷ Eric Hobsbawn., J. A Era dos Extremos, O Breve Século XX, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 539.

De outra feita, a mundialização e a sua redistribuição produtiva, com a migração das indústrias dos países ricos para aqueles com mão-de-obra a preço vil, trazem para o mercado internacional seis bilhões de pessoas, ao mesmo tempo que expulsam, de forma violentíssima, a mão de obra já alocada. Estes fatores contribuem para o enfraquecimento do poder estatal, no sentido de resolver os problemas daí decorrentes, até mesmo pela debilitação de recursos públicos em função dos crescentes custos de seguridade e previdência social, acometidos pelo aumento da esperança de vida média da população dos países desenvolvidos.

Este cenário histórico apresenta algumas características inescusáveis, no campo econômico, político, social, cultural e jurídico.

Economicamente, destacam-se a interdependência de economias nacionais; emergência de um sistema transnacional bancário, produtivo e de comunicações dominante, com intensa mobilidade do capital, contornando controles estatais; acréscimo permanente da taxa de juros nos países periféricos; surgimento de novas potências industriais; crescimento de poder das empresas transnacionais e corte de gastos públicos para equilibrar o orçamento e pagar o serviço da dívida⁹⁸.

Politicamente, releva-se o desprestígio do conceito de não-intervenção das grandes potências em assuntos internos das demais; o desmantelamento de boa parte das instituições do Estado Nacional e do Estado do bem estar social de vários países do Terceiro Mundo; a hegemonia da ideologia neoliberal; a degradação ambiental e a influência dos meios de comunicação de massa⁹⁹.

⁹⁸ Pablo González Casanova, *Globalidade, Neoliberalismo e Democracia em Globalização Excludente*, obra coletiva organizada por Pablo Gentili, Petrópolis, Vozes, 3ª edição, 2000, p. 47 e seguintes.

⁹⁹ José Maria Gómez, *Globalização da Política em Globalização Excludente*, Pablo Gentili, op. sup. cit, p. 141 e seguintes.

Socialmente, demonstram-se o aumento da exclusão na sociedade e no espaço geográfico; a concentração crescente da renda internacional e local; o achatamento dos salários; o desemprego estrutural; a flexibilização dos direitos sociais; o sentimento generalizado da insegurança no trabalho; a redução dos gastos públicos sociais; a debilitação de identidades individuais e das solidariedades de classe; as migrações internacionais; o consumismo desenfreado, o fundamentalismo reativo e violento dos não-incluídos¹⁰⁰.

Culturalmente, salienta-se a substituição crescente das identidades nacionais-populares por uma identidade urbana internacionalizada, transformando-se fronteiras em divisas, mercê da influência dos meios internacionais de comunicação de massa¹⁰¹

Juridicamente, altera-se substancialmente o Direito Internacional, adrede baseado no Direito exclusivo das soberanias internas sobre os Estados, em relação a três pontos fundamentais: os direitos humanos, que passam da garantia dentro do Estado para garantia contra o Estado¹⁰²; a democracia política representativa, mediante várias resoluções da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e em tratados internacionais como o de Assunção, e o meio-ambiente, através de uma governança ambiental global, conforme a Declaração do Rio de Janeiro, lavrada na ECO-92.

As resultantes destes processos, no que condiz com os poderes administrativos do Estado na área econômica, ainda não passam de prognósticos, pela incerteza quanto à estabilidade temporal das componentes. Nessas previsões, algumas podem ser consideradas razoáveis, outras não.

¹⁰⁰ José Maria Gómez,, op. sup. cit., p. 154-55.

¹⁰¹ Anthony Giddens,. As Conseqüências da Modernidade, p. 77.

¹⁰² Conforme Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, tradução da edição italiana de 1990, por Carlos Nelson Coutinho, p. 130.

Assim, semelha integralmente plausível afirmar a impossibilidade do Estado resolver, internamente, os problemas econômicos internos, a partir de medidas exclusivamente internas. Como disse Daniel Bell, "*O Estado-nação tornou-se muito pequeno para os grandes problemas da vida e muito grande para os pequenos problemas da vida*"¹⁰³.

Neste sentido, pode-se afirmar que a governabilidade interna passa por instâncias de poder supranacional, entre elas citando-se:

a) o acordo entre os maiores Estados, particularmente o G3(Europa, Japão e América do Norte), para estabilizar taxas de câmbio e coordenar políticas fiscais e monetárias;

b) a criação de agências de regulação internacional para fiscalizar investimento direto externo e padrões ambientais e

c) os blocos comerciais e de investimento regionais, como o Nafta, a União Européia e o Mercosul¹⁰⁴;

Exemplifica cabalmente a tendência de governabilidade supranacional o Consenso de Washington, no qual as autoridades monetárias dos principais países do primeiro mundo "prescrevem" receituário econômico, a ser aplicado no nível interno de todos os países candidatos à recepção de investimentos externos, constituídos por 10 pontos:

a) eliminação do déficit público;

b) eliminação de subsídios à produção;

c) universalização indiscriminada de contribuintes;

d) taxas de juros sempre positivas;

e) câmbio determinado pelo mercado;

f) livre comércio exterior;

g) ausência de restrições para investimentos diretos;

h) privatização de serviços públicos;

i) desregulação das atividades produtivas e

j) respeito incondicional ao direito de propriedade¹⁰⁵

¹⁰³ Apud Anthony Giddens, op. sup. cit., p. 70.

¹⁰⁴ Paul Hirst e outro. *Globalização em Questão*, Petrópolis, Vozes, 3ªs edição, 2001, tradução do original inglês, edição de 1996, por Wanda Caldeira Brant. p. 188.

Dentro deste panorama, dizer que a Soberania interna não está sendo atingida, é ignorar a realidade. Por outro lado, afirmar o colapso da soberania estatal e o advento de uma soberania supranacional ilimitada semelha a uma demasia, que, salvo opiniões respeitáveis, mas minoritárias, não tem amparo nos pensadores de hoje¹⁰⁶

Advirta-se não ser válido argumentar que a soberania nacional está reduzida, em função de regramentos ou pressões externas, porquanto isto assim sempre foi. Historiadores, cientistas políticos e juristas são unânimes ao definir o reconhecimento da Soberania a partir do Tratado de Westphalia, que pôs fim à Guerra dos 30 Anos, em 1648, o que significa a definição do espaço interno da soberania a partir de uma regra internacional.

Tudo indica esteja existindo é a redefinição da soberania interna diante de regramentos internacionais, o que antes de a eliminar, a reafirma, pois a legitimidade da ordem internacional repousa no reconhecimento dos países soberanos como seus signatários¹⁰⁷.

Não há evidência de que haja substituição de políticas nacionais capaz de equilibrar tendências cooperativas e competitivas, eliminar desigualdades regionais e prover serviços coletivos. A planificação econômica, mesmo circunscrita ao espaço capitalista e limitada pela negativa de um dirigismo estatal excludente da livre iniciativa, não parece estar com os dias contados, salvo como escusa de políticas econômicas neutras(a neutralidade é um tipo de planificação) ou arroubos neoliberais francamente inconsistentes, como demonstra Hayek, em sua célebre obra:

¹⁰⁵ Apud José Eduardo Faria(organizador e autor), Direito e Globalização Econômica, p. 148. Faria, José Eduardo(org.). Direito e Globalização Econômica, Implicações e Perspectivas, São Paulo, Malheiros Editores, 1ª edição, 2ª tiragem, 1999.

¹⁰⁶ Entre as quais a de Otávio Ianni, A Era do Globalismo, quando afirma(p. 95-96), que começa o réquiem pelo Estado-nação. Ianni, Otávio. A Era do Globalismo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 5ª edição, 2001.

¹⁰⁷ *"É do Estado-nação que parte a legitimidade para os níveis internacionais de globalidade, mediante a legitimidade do apoio popular. Os Estados são eleitores globais e o papel da lei, como autoridade, tornar-se-á muito mais importante. Sem Estado, não há lei internacional"*(Paul Hirst, op. sup. cit., p. 295).

"A complexidade de nossa moderna civilização industrial faz surgir novos problemas que não poderemos solucionar senão por meio do planejamento central. De certo modo essa asserção é verdadeira - mas não no sentido amplo que lhe é atribuído. Os problemas de uma cidade moderna, por exemplo, não são convenientemente solucionados pela concorrência" (...) "Seria impossível fazer uso de muitas das novas possibilidades tecnológicas a menos que se garanta a proteção contra a concorrência. Este tipo de raciocínio não é necessariamente fraudulento"¹⁰⁸."

O Brasil do fim do Século XX não mais separa acontecimentos internacionais e locais como em outras fases. A Constituição de 1988 demarca a pós-modernidade e introduz ordem jurídica própria da globalização, como se vê no capítulo da Ordem Econômica e Social.

A este propósito, convém apontar como falsa a moeda corrente, posta em circulação por políticos de expressão, que o texto de Outubro de 1988 teria sido pré-globalização, pelo fato da Queda do Muro de Berlim haver ocorrido um ano e um mês após sua promulgação.

Ao tempo dos trabalhos da Constituinte, já se desenvolvia a era Gorbatchov, cujas políticas de "*perestroika*" e "*glasnot*" apontavam para o fim do regime socialista de Estado, embora ainda não se vislumbrasse o final da União Soviética. As principais tendências do mundo contemporâneo pós-moderno já eram conhecidas e proclamadas, ecoando com influência no seio dos constituintes. Assim, em que pese ter sido o movimento pela Constituinte similar àquele ocorrido em países mediterrâneos, ao fim de ditaduras, as causas de sua sustentação, no País, diferem, em muito, daquelas verificadas na Europa¹⁰⁹

¹⁰⁸ O Caminho da Servidão, Rio de Janeiro, 1994, Biblioteca do Exército Editoria, tradução Anna Maria Capovilla, p. 67, 68 e 69.

¹⁰⁹ Como se constatar pela análise do final das ditaduras européias mediterrâneas, na obra de Nicos Poulantzas, A Crise das Ditaduras - Portugal, Grécia, Espanha, original francês, edição François Maspero, Paris, 1975, traduzido por Lia Zatz, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.

Em prol disto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 é a primeira a fazer afirmação explícita do regime da livre iniciativa, ao contrário das demais em que o tema, ou era tratado de forma sub-reptícia, ou era revelado pelas garantias do direito de propriedade. Assim, importantes vozes da doutrina jurídica brasileira sustentam que o Texto de 1988 tem extração neoliberal¹¹⁰, na sua indeterminação do espaço público-privado, circunstância peculiar a este tipo de concepção.

A Constituição de 1988 consagra um regime de mercado, afetado pelos preceitos da ordem pública clássica e pelo tipo liberal de processo econômico que só admite intervenção para coibir abusos e preservar a livre concorrência de interferências do Estado e dos monopólios. Contempla a economia de mercado distanciada do modelo liberal puro e repudia o dirigismo, inobstante acolha o intervencionismo econômico¹¹¹.

A Carta de 1988 é uma Constituição capitalista e liberal. Todavia, condiciona esta adesão aos limites da justiça social e à observação dos valores do trabalho e da dignidade humana, tendo, neste aspecto, como paradigma, a Constituição vigente da República Federal da Alemanha. A livre iniciativa, por sua vez, é circunscrita ao seu valor social(art. 170).

Atenta à realidade de uma economia periférica, a ordem econômica reafirma princípios da soberania nacional, em prol do desenvolvimento, tendo para isto, embora em caráter não compulsório, como instrumento expressamente previsto no seu texto, a planificação econômica. Ao fim e ao cabo concorda-se, com Eros Grau, na afirmativa de ser a Constituição de de 1988 uma Constituição dirigente, com objetivo de implantar uma nova ordem econômica comprometida com o bem estar social, em nada distinta daquelas em vigor nos demais do Ocidente¹¹².

¹¹⁰ Entre eles destacando-se Washington Peluso Albino de Souza, em *Conflitos Ideológicos na Constituição*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 74/75-17, p. 17 e seguintes.

¹¹¹ Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 6ª edição, 2001. p. 227.

¹¹² Op. sup. cit., p. 243.

II. Poderes Político e Administrativo

A. Conceito e Extensão.

Conforme já visto¹¹³, entende-se por Poder Político a forma de organização social capaz de exigir, coletivamente, obediência a determinações por ela geradas, ou, ao menos, encampada.

Inobstante a gênese e a finalidade do Poder Político sejam causa de viva controvérsia, não parece suscetível de polêmica o conceito e formas de sua atuação, como enunciados por Max Weber:

"A uma associação de dominação denominamos associação política, quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidos de modo contínuo, mediante ameaça e aplicação de coação física por parte do quadro administrativo. Uma empresa em caráter de instituição política denominamos Estado, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica, com êxito, o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes¹¹⁴."

O monopólio institucional da violência, expresso no binômio "comando-obediência", singulariza o Poder Político e o torna o mais relevante dos poderes sociais. O que não significa que ele seja exclusivo, pois outros poderes sociais igualmente existem, como o Poder Econômico, o Poder Religioso, o Poder Científico e o Poder Artístico, todos eles com papel básico na conformação social. O que também não significa que ele seja ilimitado, porquanto todas essas estruturas sociais básicas de poder guardam limites, cuja ultrapassagem, quando ocorre, e sempre pode ocorrer, tanto gera problemas graves para a estrutura política, quanto para as estruturas dos demais poderes.

¹¹³ Introdução, parágrafos(§§) 6º a 9º.

Reconhece, igualmente, o pensamento social, a dicotomia público e privado, atendendo a primeira esfera ao conjunto de atividades de interesse marcadamente coletivo e a última àquelas de preponderância individual.

Compete ao Poder Político estabelecer os lindes, nem sempre nítidos, entre as duas dimensões de vida em sociedade, sendo sua a última palavra na regência de todos os assuntos referentes ao campo público.

Esta demarcação, entre o público e o privado, que não é estática, mas dinâmica, nem evolutiva, mas tópica e dispersiva, constitui a principal tarefa do Direito, como instrumento normativo de relação entre os indivíduos e grupos de uma sociedade, nas mais diversas formas de manifestação dos poderes sociais.

A complexidade desta tarefa, numa matéria de contínua mutação, conduz a um conflito, absolutamente natural, entre o Direito e o Poder Político.

Essa tensão é ainda mais acentuada se levarmos em conta a **ampla indeterminação** das finalidades do Poder Político e a **relativa determinação** dos princípios fundamentais do Direito. Capacidade expansiva, portanto, do conteúdo, e tendência contida, em contraste, do seu continente.

Amplo e expansivo, o Poder Político responde às inesgotáveis necessidades de sobrevivência do tecido social, e, por isto, seus objetivos estão em constante e, muitas vezes, imprevisível mutação.

¹¹⁴ Economia e Sociedade, vol. I, p. 33 e 34. O autor denomina associação a uma forma institucionalizada de organização na qual seus membros estejam submetidos a relações de dominação em virtude da ordem vigente.

Se fosse possível reunir pensadores e estadistas dos últimos dez séculos, poucos conseguiriam compreender a complexidade das atividades do Estado e, quando a tivessem entendido, certamente encontrariam dificuldades de aceitar a concepção neoliberal que, em nome da evolução, preconiza seu encurtamento.

O Direito, por sua vez, em suas mais distintas concepções, orienta-se pelos pontos cardeais do valor ético da Justiça e do interesse social na segurança. Ainda que pontos cardeais distintos, ao demarcar o campo onde comparece o fenômeno jurídico, deixam, tais princípios, bem menos margem de elasticidade que aquela reservada ao Poder Político.

B. Conflito Direito e Política e sua Dimensão Atual

A permanente tensão entre a infinita flexibilidade do Poder Político e a relativa rigidez das regras jurídicas tem sensível influência na delimitação do primeiro diante da força do Direito.

Grosso modo, a sociedade deixa ao Direito a função de limitar o arbítrio do Poder Político. A reflexão aprofundada sobre o tema demonstra que essa limitação desdobra-se em obrigações de conteúdo positivo e negativo.

A estruturação do Estado moderno, através do regramento jurídico, constituiu o Poder Político na obrigação de garantir o desenvolvimento econômico dos setores dominantes da economia nacional, bem como garantir oportunidades de sobrevivência às classes prestadoras de trabalho pessoal.

. A passagem para o Estado Liberal interpelou o Poder Político no sentido de constituir-lhe uma abstenção, um dever de respeito, em relação aos direitos e garantias individuais, entre eles a propriedade.

A mutação para o Estado Social fez com que o Poder Político passasse a responder por deveres específicos de desenvolvimento dos membros da coletividade, dos cidadãos, nas suas dimensões sociais e econômicas.

A persistência das características pós-modernas não parece anular qualquer dessas limitações, mas deslocar o foco de produção e discussão das regras jurídicas para uma dimensão cada vez mais supranacional, com a procura de afirmação de uma cidadania supranacional¹¹⁵.

Tudo isto não deixa de ocorrer sem que haja resistências do Poder Político a condicionar-se a tais limites, resistência que tanto se dá na afirmação da Soberania como instância política por exclusividade, quanto na tentativa de redefinir a divisão entre o Público e o Privado, ou ainda na simples omissão no cumprimento do ordenamento.

Universal é o reconhecimento do primado do Poder Político sobre o condicionamento jurídico, no sentido da existência de uma cláusula de reserva daquele, para fins de escapar, em alguma circunstância de tempo, espaço ou fato, aos limites deste. Neste sentido, a conhecida frase do líder político comunista Mao-Tse-Tung, "*o poder está na ponta das baionetas*", é repetida por práticos e teóricos, da Política e do Direito, como expressão da verdade, apenas variando o tom, de panegírico à elegia, e o ritmo, de adágio à marcha triunfal, com que é dita.

Não menos verdade é que todo o período histórico procura fórmula para conter o arbítrio político. Sem embargo do conteúdo de veracidade, as, para assim denominar, "leis" de Maquiavel, na dicotomia entre Ética e Política, jamais deixaram, desde o advento da obra do florentino, de causar espécie e ensejar esforços no sentido de limitar a extensão dos seus efeitos.

Como as forças revoltosas da Natureza, os cientistas sociais, políticos e jurídicos sabem que há um cerne do Poder Político que é indomável à racionalização teórica e à contenção jurídica, naquela zona escura na qual Força, Poder e Violência praticamente se confundem. O que não impede, como ocorre com as erupções, terremotos e vulcões, que não seja feito algo para preveni-la, ou ao menos para limitá-la.

Desde o final do Século XIX, ao longo de toda a lenta elaboração dos conceitos do Direito Constitucional e, por decorrência, do Direito Administrativo, a mutação, já enfocada, do conceito de Soberania¹¹⁶, foi a solução encontrada pelos juristas para minimizar as ações e omissões arbitrárias do Poder Político.

O resultado foi a engenhosidade de uma solução que gerou a indissolubilidade entre o Direito Positivo e a Soberania, que pode ser resumida na seguinte máxima: **a Lei é uma expressão da Soberania, mas a Soberania exerce-se nos limites da Lei**".

Esta expressão, que céticos como Carl Schmitt e Jules Freund poderiam chamar de "mistério", à semelhança daquele da Santíssima Trindade, mas que nesta condição anima a concepção jurídico-ideológica dos que a professam, é base para todo o Constitucionalismo pós-moderno,

¹¹⁵ A este propósito, conferência de Eduardo Kroeff Machado Carrion, em "Globalização e Mudanças no Estado", palestra realizada no 6º Encontro Nacional de Entidades de Profissionais Liberais, na cidade de Natal, em 25 de maio de 2001, cujo texto básico foi-nos franqueado pelo seu autor.

¹¹⁶ veja-se acima, Introdução, §§ 42 e seguintes.

conforme exemplificam José Joaquim Gomes Canotilho¹¹⁷ e Konrad Hesse¹¹⁸, definindo exceções ao regime constitucional ordinário, exemplificam. Melhor que ninguém, Franz Neumann resume a solução encontrada:

"A vida política não consiste apenas em afinidades racionais, e o poder não pode diluir-se em afinidades legais. Isso não funciona. Embora o poder possa ser restringido, às vezes não é possível dissolvê-lo. O elemento racional, o direito, e o não racional, o poder, estão muitas vezes em conflito. Esse conflito resolve-se de duas maneiras: o direito geral pode conter uma cláusula de escape que permita decisões puramente discricionárias, ou o direito geral pode ser sumariamente suspenso¹¹⁹."

Chame-se equidade ou boa fé objetiva, no Direito Privado; diga-se prerrogativa ou estado de sítio, no Direito Constitucional, entenda-se como poder discricionário ou conceitos gerais indeterminados no Direito Administrativo, os sistemas jurídicos democráticos¹²⁰ apresentam, em seus ordenamentos, pontos de fuga por onde pode aparecer o Poder Político na sua plenitude.

¹¹⁷ "Em termos rigorosos, a constitucionalização de 'situações de necessidade' implica a consagração de um direito de necessidade constitucional e não de um simples estado de necessidade desculpante. Dito por outras palavras: incorporação constitucional de uma disciplina extraordinária para situações de emergência significa que se pretende não apenas uma causa de justificação eventualmente excludente de culpa por fatos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional (o que pressupõe a sua 'ilicitude constitucional' mas uma causa justificativa que exclua a idéia de ilicitude dos mesmos fatos ou medidas (o que implica, desde logo, o reconhecimento do direito e dever das autoridades constitucionalmente competentes para recorrer a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionados para afastar perigos graves ou situações de crise que ameaçam a ordem constitucional democrática)." grifos do autor. Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1989, 4ª edição. p. 851-52

¹¹⁸ "A Constituição deve, por conseguinte, por um lado criar a possibilidade de opor-se, no caminho do direito, às situações de exceção que podem ser preterdeterminadas só dificilmente em particular, que não se deixam vencer com meios jurídicos-constitucionais normais; ela deve, por outro lado, proteger contra isto, que a concentração de poder, que o estado de exceção requer, não seja mantida mais além da duração da situação de exceção e abusada para isto, eliminar a ordem constitucional normal. Para satisfazer otimamente essas necessidades, o direito do estado de exceção carece de uma configuração que, tanto em suas regulações de competências, como em seus asseguramentos, desvia-se essencialmente da estrutura normal dos institutos jurídicos-constitucionais. Konrad Hesse, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, tradução de Luís Afonso Heck, edição alemã de 1995, C. Müller Verlag, Heidelberg, p. 528 a 529.

¹¹⁹ Neumann, Franz., Estado Democrático e Estado Autoritário. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1969, tradução de "The Democratic and the Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory, The Free Press of Glencoe, New York, USA, 1957, por Luiz Corção. p. 190.

¹²⁰ Fora dos quais a presente exposição perde grande parte do seu sentido.

Nesses "buracos negros" do Direito, o Poder reina fora das categorias jurídicas tradicionais e a Soberania expressa sua mais íntima face. Contenta-se o sistema jurídico em circunscrever os limites onde esta excepcionalidade pode ser exercida. Resultam dessa forma, que Norberto Bobbio chama de "*jurisdicização da soberania*", três conseqüências notáveis para a presente exposição.

A primeira delas, que justifica a exposição sociológica e política na matéria, é a íntima conexão do Direito, mormente o Direito Público, com a Política¹²¹.

A segunda é a inserção do dado político na Constituição e na própria exegese da norma constitucional. Se a Política vive dentro da Constituição, não contra ela, e se o Direito Público é Direito para o Político, então a explicitação das normas constitucionais, além da análise lógica e dogmática, igualmente compreende a forma valorativa¹²².

A terceira, ainda suficientemente inexplorada na doutrina jurídica, que confere um conteúdo mínimo de originalidade ao presente trabalho, está no condicionamento jurídico do Poder Político, não só à omissão como à comissão de determinadas providências, que, embora demandem conduta discricionária ou preponderante da Administração, não admitem a omissão do administrador.

Em outras palavras: o Direito não só condiciona o Poder Administrativo, no que condiz com seus deveres de abstenção, no campo do Privado, como igualmente o interpela, mesmo na área discricionária, para que assumam determinadas tarefas que o ordenamento constitucional acomete aos poderes administrativos.

¹²¹ "*Da mesma forma que a Política sem Direito é navegar sem bússola, Direito do Estado sem Política é navegar sem água.*" Klaus Stern, *Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Barcelona, 1986.

¹²² Klaus Stern, *op. sup. cit.*

Este é o melhor sentido do conceito dos direitos subjetivos públicos, cuja teoria foi construída a partir da doutrina publicista germânica, na vertente que vai de Jellinek¹²³ até Otto Mayer¹²⁴, e que no Brasil, Cretella Jr. conceitua, de forma precisa, como sendo "*a faculdade específica de exigir, decorrente da relação jurídica administrativa*"¹²⁵. Sua percepção, em todas as dimensões, condiciona o Poder Administrativo.

C. Conceito de Poder Administrativo

Embora muitas vezes passe despercebido, os estudiosos do Direito Administrativo separam a atividade da administração, da atividade administrativa.

A administração pública é a contraface prática do ramo executivo do Poder Estatal. Através da competência que lhe é fixada pela legislação, nos limites do Direito desta decorrente e com base nas tendências, idéias e iniciativas de governo, desdobra-se um feixe de atividades, a serem desenvolvidas pela Administração Pública.

Essas atividades, na sua expressão concreta, pertencem ao mundo dos fatos, estando, **em si** contidas nos limites que a ordem jurídica deixa ao alvedrio do administrador público, fora das fronteiras do Direito Administrativo.

A sensibilidade originária dos administrativistas do século XIX reconhecia essa distinção, separando "*poder governamental*" de "*poder administrativo, ou da administração*".

¹²³ Jellinek, Georg. System der Subjectiven Öffentlichen Rechte, Freiburg in Brisingau, 1892. p.44.

¹²⁴ Meyer, Otto. Derecho Administrativo Alemán, traduzido do francês Le Droit Administratif Allemand por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1949-1954, Editorial Depalma, vol I, p. 56.

¹²⁵ Cretella Jr., José. Tratado de Direito Administrativo, Forense, Rio-São Paulo, 1996, vol. II. p. 338.

Neste sentido, torna-se interessante acompanhar a explicitação feita por Paulino José Soares de Souza(Visconde do Uruguai):

"Poder Executivo, puro, político e governamental, governo. Constitui a ação governamental. Procede regulando e decidindo generalidades. Provê a segurança interna e externa do país e a execução das leis. Dá o impulso aos melhoramentos nos negócios públicos, Nomeia, demite, aposenta e disciplina seus agentes. Exerce delegações legislativas.(...) Difere do poder administrativo ou administração¹²⁶.

A distinção entre atos executivos e atos administrativos, pelos mais distintos nomes, inobstante com pequeno desenvolvimento teórico, é realizada por todos os teóricos brasileiros na matéria. Ruy Cirne Lima distinguia entre fatos e atos jurídicos, com base na terminologia de classificação dos atos jurídicos de Direito Privado¹²⁷. Hely Lopes Meirelles emprega o binômio atos políticos e atos administrativos¹²⁸. Cretella Jr. utiliza a dicotomia atos de administração, atos administrativos¹²⁹. Celso Antônio Bandeira de Mello prefere atos materiais e atos jurídicos¹³⁰. Odete Medauar acompanha o Visconde do Uruguai(governo e administração)¹³¹.

Entre os brasileiros, merece destaque Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu estudo das funções de administração, chegando a uma classificação de atividades administrativas. Conforme o jurista, *"nem toda atuação do Estado, no campo da pública administração, será juridicamente relacionada mas metajuridicamente inspirada.*

¹²⁶ Paulino José Soares de Souza(Visconde de Uruguai), Ensaio sobre Direito Administrativo, Brasília, Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar da edição de 1862, p. 54 a 55

¹²⁷ Ruy Cirne Lima. Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, 6ª edição, p. 85.

¹²⁸ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 1990, 20ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio B. Aleixo e José E. Burlle Filho, p. 101.

¹²⁹ José Cretella Jr., Tratado de Direito Administrativo, Forense, Rio-São Paulo, 1996, vol. II, p. 16.

¹³⁰ Celso Antônio Bandeira de Melo., Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 21.

¹³¹ Odete Medauar., Direito Administrativo em Evolução, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 141.

*Por reconhecer a existência de atos de manifestação de vontade administrativa livre é que demos, ao campo da administração pública, mais extensão que o campo objeto do Direito Administrativo*¹³². Entende portanto, existir diferenciação entre o ato de administração e o ato administrativo, algo que pelo menos não foi afirmado pelos juristas que lhe antecederam.

Na doutrina francesa, aferrada aos conceitos de Soberania, Jean Rivero considera que esta, que designa potestade, deva, necessariamente, como condição essencial à própria existência de um Direito Administrativo, ser vinculada às formas jurídicas, inobstante "*conserve a potestade soberana que tem por natureza*"¹³³.

Nos atuais estudiosos germânicos, sobre comparecer o reconhecimento da atuação administrativa como multiforme, segue válida diferenciação entre atos jurídicos e atos materiais, ou de fato¹³⁴

Identificada um atividade da administração, que não é atividade administrativa, qualifica-se a última no momento em que o administrador, por suas ações, atinge o interesse de particulares, ou melhor seria dizer, atento ao fato de que o interessado possa ser um servidor, **interesses particulares.**

A mais precisa definição sobre o assunto, no sentido de identificar a diferença conceitual entre atos de administração e atos administrativos, ainda que com a ressalva de identificar atos com poderes, pertence ao mais clássico dos administrativistas brasileiros do século XIX, que é o Visconde de Uruguai:

¹³² Diogo de Figueiredo Moreira Neto,, Curso de Direito Administrativo, Forense, Rio-São Paulo, 2ª edição, 1974, p. 88.

¹³³ Jean Rivero,, Curso de Direito Administrativo Comparado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, tradução da "*polycopié*" depositado na Biblioteca Santa Genoveva, na Place du Panthéon, Paris, curso proferido em 1969, por José Cretella Jr., p. 123.

¹³⁴ Veja-se, por todos, Hartmut Maurer,, Elementos de Direito Administrativo Alemão, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, conferências proferidas em Porto Alegre, na UFRGS e ULBRA, em 03 e 4/2000, traduzidas por Luís Afonso Heck, p. 90.

"Quando o poder estatal executivo aplica o interesse geral a casos especiais, pondo-se individualmente em contato com o cidadão, atingindo seu interesse, temos o poder administrativo¹³⁵."

Pouca atenção mereceu o estudo isolado dos atos de administração, mas não há discordância digna, entre estudiosos da matéria, da mesma noção acima reproduzida, enunciada no final do século XIX por Otto Mayer, ao conceituar ato administrativo como sendo *"o que determina ante o súdito, no caso concreto, o que para ele deve ser de direito¹³⁶"*.

Demonstrando concepção ideológica que permeia as construções do Direito Administrativo no Estado de Direito (por isto somente dito possível no Estado de Direito), a diferença entre atos de administração e atos administrativos comparece, nas elaborações teóricas, na dicotomia atividade de administração e atividade administrativa¹³⁷.

O ato administrativo está presente quando atingido um interesse particular, estranho ao patrimônio da Administração Pública, como lecionou Cirne Lima, há meio século¹³⁸ e sintetiza, Hartmut Maurer:

"Se se quer sistematizar, então se oferece toda uma série de pontos de referência: pode-se distinguir entre atos jurídicos e atos de fato, entre medidas na relação Estado-cidadão e no âmbito intradministrativo, entre regulações dos casos particulares e regulação universal-abstratas, entre medidas estatais unilaterais e contratos administrativos, entre formas de atuação jurídico-públicas e jurídico-privadas."

¹³⁵ Paulino José Soares de Souza, op. sup. cit., p. 56.

¹³⁶ Apud Hartmut Maurer, op. sup. cit., p. 90.

¹³⁷ Odete Medauar reconhece este "lapso", pela lição do administrativista italiano Alegretti: "A teoria da separação de poderes esconde Administração dentro do Poder Executivo. O estado e a separação concebidos como salvaguarda dos direitos dos indivíduos, excluído seu empenho operacional(...) Embora em ocasiões limitadas se perceba, de modo nítido, a função governamental e a respectiva atuação de impulso, torna-se difícil determinar fronteiras rígidas entre governo e Administração. Direito Administrativo em Evolução, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 123 e 141.

¹³⁸ Lima, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, 6ª edição, p. 86.

O ato administrativo forma somente um grupo, muito importante, no âmbito da atuação administrativa. Ele é um ato jurídico na relação Estado-cidadão, que regula o caso particular, é publicado unilateralmente e deve ser associado ao direito público¹³⁹. "

Releva salientar, na transcrição logo acima realizada, a mesma noção, já colhida em Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴⁰ que separa, em campos distintos, o ato administrativo da atividade material da Administração Pública, objeto de distinta consideração, logo a seguir.

Previamente definimos ato administrativo como **a ação, prevista pelo Direito, da Administração Pública, apta a atingir a esfera dos cidadãos, nos seus interesses particulares**, diferenciando-se dos atos de administração na medida em que estes evidenciam a possibilidade da Administração concretizar, de forma genérica e impessoal¹⁴¹, nos limites da lei, as determinações decorrentes do Poder Político.

Tem-se assim, numa ordem decrescente de limitações quanto ao exercício do poder, o Poder Político, que pode sancionar leis afeiçoando sua vontade ao ordenamento constitucional; o Poder de Administração, este subdividido nos atos de administração, que permitem a concretização da vontade política geral, nos limites da legislação e os atos administrativos, que se manifestam no momento em que esta concretização atinge aos interesses particulares de um cidadão, servidor ou não.

O que permanece subentendido nos estudos teóricos, e em decorrência nem sempre parece claro, podendo gerar equívocos de compreensão(neste sentido destacamos citações de Figueiredo Moreira Neto e Maurer), é que os atos de administração, bem como os atos administrativos, podem, materialmente, expressar a mesma realidade fática.

¹³⁹ Elementos de Direito Administrativo, p. 90, grifamos.

¹⁴⁰ § 7º, deste capítulo.

¹⁴¹ Advirta-se que a impessoalidade, aqui empregada como forma de fugir ao termo abstrato, nada tem a ver com o princípio administrativo da impessoalidade, consagrado na vigente Constituição brasileira.

Ainda que conceitualmente se possa distinguir um do outro, em termos materiais é muito difícil conceber uma atividade da administração que não tenha reflexo na esfera particular de interesses de um ou mais cidadãos e que seja propriamente atividade, ou seja, interferência humana na realidade natural ou social, concreta ou virtual.

Assim, inobstante seja rigorosamente correta a dicotomia, necessário desdobramento teórico da magistral obra jurídica que é a de manter o Poder Político nos limites do Direito, o que significa dizer que entre os mencionados atos não existe **identidade**, indesmentível é a circunstância da potencialidade que todo o ato de administração carrega de transformar-se em ato administrativo, como, na ordem natural, os estados larvares encerram, embrionariamente, o animal adulto.

Vista sob esta premissa, adquire especial significação a reflexão, que é sobremodo corriqueira entre os juristas do setor, e que por todos melhor sustenta Cirne Lima, de que "*na administração do Estado moderno, tudo se move dentro do direito*"¹⁴²ⁿ, circunstância que realça a possibilidade de controle, pelo lado do Poder Judiciário, de qualquer lesão aos interesses juridicamente resguardados de um cidadão, seja particular, seja servidor, face ao princípio, erigido em norma constitucional, de que nenhuma lesão de direito pode remanescer fora da apreciação deste último Poder¹⁴³

Completa-se assim a obra conceitual, estabelecendo espaços ou vãos onde se pode mover, com sua força criadora e indispensável o Poder Político, sem que o mesmo se torne arbitrário.

¹⁴² Lima, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, 6ª edição, p. 111.

¹⁴³ Princípio que Pontes de Miranda, desde seus comentários à Constituição de 1946, com notável felicidade, denomina de "*princípio da ubiqüidade judicial*".

Cumprindo a dinâmica estabelecida a partir da concepção de separação de poderes, o Direito erige uma subdivisão teórica que procura resguardar, num equilíbrio que naturalmente não é rígido, mas de tensão, o Poder Político convertido em Soberania, expressado em atos de administração e individualizado em atos administrativos, com a proteção do cidadão erigida em direito subjetivo público.

Tradicionalmente, fala-se de poderes administrativos, o que implica a noção da existência de mais de um. Como se pode ver, neste capítulo, para identificação manteve-se o nome tradicional, inobstante o desenvolvimento do trabalho haja corriqueiramente se referido a **Poder Administrativo**, que ao autor parece mais pertinente.

O uso do nome no plural denota a existência de características próprias que, pelos doutrinadores, são tratadas como poderes em si, razão pela qual a apreciação científica salienta a possibilidade de uma **classificação dos poderes administrativos**.

D. Espécies de Poder Administrativo

Classificar significa distribuir por classes. Conforme os dicionários de maior prestígio, o conceito biocientífico de classe é o de categoria taxonômica que agrupa ordens relacionadas filogeneticamente, distinguíveis das outras por diferenças marcantes. O conceito lógico de classe fala de uma categoria abstrata que identifica seres, objetos ou fatos que apresentam um ou mais aspectos distintivos em comum.

Pressupõem, a classificação biológica, como a lógica, a existência de objetos ou conceitos distintos e inconfundíveis, incapazes de figurar numa mesma categoria. Em outras palavras, o pressuposto de uma **classificação** é exatamente a inexistência de **identidade**, com a afirmação de **diversidade**, entre objetos e conceitos classificáveis.

Dentro deste pressuposto, torna-se problemática a classificação do poder administrativo, eis que o conceito de capacidade de ação, ínsito à idéia de poder, é uno em se tratando de Estado e multiforme no que concerne à concretização de sua existência. Adequado: logicamente seria falar de espécies de poder administrativo na medida em que a manifestação de uma deles anulasse, de forma absoluta, quaisquer outras.

No entanto, não é isto que ocorre. Os atos administrativos, quando evidenciam o Poder Administrativo, costumam mesclar-se de forma muitas vezes simultânea, sendo que, em determinadas ocasiões, conforme as circunstâncias, um ato administrativo pode transformar-se na sua antípoda conceitual¹⁴⁴.

Graças a este fato, indesmentível nas circunstâncias em que ocorre a atividade administrativa, a classificação do poder administrativo poderá ser melhor compreendida se, ao invés de vermos nas suas classes manifestações conceituais integralmente distintas, vislumbrarmos nelas distintas manifestações, melhor seria dizer **características** de um único poder, o Poder Administrativo.

Com alguns reparos, a mais abrangente enunciação dessas características, sob o título de classificação de "poderes administrativos", é realizada por Hely Lopes Meirelles, que os divide, conforme a liberdade do administrador público, em poder vinculado e poder discricionário; segundo sua potencialidade ordenadora ou repressora, em poder hierárquico e poder vinculado; diante dos objetivos de contenção dos

¹⁴⁴ Almiro do Couto e Silva, na magistral conferência, "Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro", lembra a hipótese na qual diante de um fato concreto, só cabe uma medida, o que reduz a discricionariedade a zero, ou seja, torna o ato vinculado. Almiro do Couto e Silva, O Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, conferência na XI Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, Porto Alegre, outubro 1989, retirado da página institucional do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, endereço eletrônico www.ufrgs.br/mestredir.

direitos individuais, em poder de polícia e, pela sua finalidade normativa, em poder regulamentar¹⁴⁵.

Ainda que aqui não se estude minuciosamente o que, a partir de agora, chamaremos de características essenciais do Poder Administrativo, cumpre breve explicitação de seus elementos significativos, com os quais lidaremos na parte especial do trabalho.

A vinculação do poder é aquela no qual existe a máxima subordinação ao princípio da legalidade. Convém não exagerar, ao nível extremo, essa característica, como observam autores mais contemporâneos, a partir de Charles Eisenmann¹⁴⁶, quando ressalta que essa vinculação tanto significa não contrariedade, quanto igualmente **expressa** conformidade, circunstância mais ampla que refoge da noção clássica do "*fiel servidor e obediente vassalo*" pela qual era retratada a Administração quando condicionada legislativamente¹⁴⁷.

Entre a vinculação e a discricção do Poder Administrativo, a doutrina jurídico-administrativa germano-austríaca descobriu a categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam determinadas qualificadoras jurídicas, aptas a serem operacionalizadas pelo Poder Administrativo, capazes de em si própria determinarem, de maneira específica, a finalidade pretendida pelo legislador, a tal ponto que a Administração Pública, em relação a elas, conserva um direito de prelação, ou prerrogativa de avaliação, no sentido de preencher concretamente seu significado, sem prejuízo desta concretização submeter-se à cognição judiciária, mesmo que condicionada.

¹⁴⁵ "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 1990, 20ª edição, p. 100-101. O caráter problemático da classificação reside no fato da mesma, em duas de suas quatro famílias, apresentar uma única classe.

¹⁴⁶ Charles Eisenmann,. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, vol 56, p. 47.70.

¹⁴⁷ Neste sentido, melhor que todos, Almiro do Couto e Silva, quando explicita que esta submissão absoluta, apta a privar o administrador de qualquer vontade individual, mesmo nos limites da vinculação do ato administrativo, é "*uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das idéias puras*"(conferência mencionada, primeira parte, segundo parágrafo).

Assim, fiéis à nossa linha de raciocínio, entendemos que em relação aos conceitos jurídicos indeterminados o Poder Administrativo evidencia a característica de concretizar, em primazia, seu conteúdo.

No que condiz com a característica discricionária do Poder Administrativo, sem dúvida alguma a mais relevante de todas, representa ela o reduto do Poder Político, metamorfoseado em Poder de Administração, por excelência.

Ainda assim, mesmo dentro de um setor no qual compete ao administrador, conforme uma vez mais Couto e Silva, o "se" e o "como" da atividade administrativa, não se pode comparar esta liberdade com a que têm os particulares, em relação aos negócios jurídicos de Direito Privado, inobstante fique àquele ressalvado, na moldura da finalidade pública "*latu sensu*", o direito de eleição de uma finalidade específica.

Releva salientar, no exercício do poder discricionário, a eventual infração decorrente da ausência deste mesmo exercício. Ainda que possa parecer que ao administrador público, como detentor do direito de escolher a oportunidade e a conveniência de agir, reserve-se a prerrogativa da omissão, tal posição há que ser vista com muita cautela e precisão, no que tange às dimensões desta liberdade.

Gaston Jèze já advertia sobre o problema, em várias exemplificações integrantes da forma indutiva com que conduziu sua magnífica obra, ao salientar que o agente público, omitindo-se de ato jurídico oportuno e legal de sua competência, convoca a necessidade de outros agentes atuarem em seu lugar¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Principios Generales del Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1949, tradução da 3ª edição francesa(1926), tomo III, p. 69-70.

Almiro do Couto e Silva, na mesma conferência, situa a possibilidade do erro do agente na omissão da prática de ato discricionário, explicitando que o erro tanto poderá ser de direito, quanto de fato, o que, embora não dito, traz implícita a possibilidade de cognição judiciária para efeitos de comissão da atividade omitida¹⁴⁹.

Como se vê, não vai a discricção do Poder Administrativo a ponto de permitir a ausência de ato administrativo do mesmo tipo, sempre que a norma legal que estabelece a prerrogativa discricionária não enseja espaço para omissão.

São ainda características do Poder Administrativo os chamados poderes hierárquicos e disciplinares, cuja relevância está na possibilidade da Administração Pública a si mesmo ordenar-se, para efeitos de cumprir suas funções estatais, subordinando seus colaboradores às finalidades por ela almejadas e mantendo, em decorrência disto, uma fidelidade às origens democráticas do Poder Político que o rodeia, através da manutenção, por entre a burocracia, da noção básica de legitimidade.

No que concerne ao poder de polícia, aceitando em parte a objeção terminológica que lhe faz Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁰, integralmente acompanhamos Eros Grau, ao entender que a característica que o evidencia, de interferência na esfera individual, é ínsita a toda e qualquer atividade **administrativa**, por isto que diferenciada da atividade material de **administração**, por isto mesmo acompanhando, em toda a extensão, qualquer ato administrativo¹⁵¹.

¹⁴⁹ op. sup. cit., parte IV, parágrafo 20.

¹⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello., Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. p. 428.

¹⁵¹ Poder de Polícia: função administrativa, princípio da legalidade. Eros Roberto Grau. Poder de Polícia, função administrativa e princípio da legalidade: o chamado "Direito Alternativo", Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, 1993, Malheiros Editores, vol. 1, 1993, p. 95.

Baseados nestas apreciações, entendemos ser o Poder Administrativo, que se evidencia na possibilidade de interferência, ou seja limitação, de interesses particulares (noção tradicionalmente conhecida de poder de polícia) dotado das seguintes características essenciais:

a) possibilidade de vincular-se conforme a lei, seja no sentido máximo da não contrariedade, até a possibilidade de enquadramento num figurino por ela não rejeitado;

b) possibilidade de avaliar, preferencialmente, os conceitos jurídicos indeterminados nas atividades por si desenvolvidas;

c) possibilidade de escolher conveniência e oportunidade de ato administrativo, entre opções de **ação** que o legislador faculta, bem como escolher fim específico para colimar a atividade a ser desenvolvida;

d) possibilidade de auto-ordenar-se, de forma hierárquica, com emprego de meios disciplinares.

Cabe ressaltar a existência de classificação do Poder Administrativo, segundo suas atividades, enunciada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵², bem como, no mesmo sentido, classificação por atividades, de Odete Medauar. Ambos reconhecem, em seus esforços, um sentido enunciativo, logo não exaustivo e ao mesmo tempo expansivo das funções estatais existentes, tendo seu trabalho o mérito de evidenciar o exercício de atividades administrativas na área econômica, normalmente deixadas em segundo plano nos estudos clássicos da matéria.

Cumprido encerrar com a ressalva de Celso Bandeira de Mello, ao recordar que estes poderes, como poderes do administrador, na noção clássica e consensual da relação administrativa, enunciada por Cirne Lima, como aquela estabelecida por quem cuida do que não é seu, são instrumentais de dever de agir que impossibilita a omissão¹⁵³

¹⁵² "Direito Administrativo Moderno", p. 115.

¹⁵³ Op. sup. cit., p. 21.

Face a isto, os direitos subjetivos públicos decorrentes da atividade administrativa não estão apenas no sentido do respeito aos limites legais, como podem dimensionar-se na área da exigência pelo seu exercício, sob pena de responsabilização por sua omissão.

III. A Fiscalização da Economia

A. Visão Inicial da Relação entre Direito e economia

A evolução, como já vista, do Poder Político, na sua relação com os fatos econômicos, determinou progressiva evolução na relação entre o Direito e a economia social. Em outras palavras: a crescente intervenção do Estado no domínio econômico provoca necessidades de regulamentação jurídica que permitem, como adiante ver-se-á, que se fale de uma Ordem Econômica, a saber uma ordem jurídica econômica.

A ordem jurídica clássica, entendida como o sistema de Direito que se gesta a partir da Idade Moderna e atinge seu auge no final do século XIX, foi sendo progressivamente posta em causa por três fatores econômicos, sociais e ideológicos: o progresso técnico e o capitalismo monopolista(fator econômico); o movimento operário e o agravamento dos conflitos de classe(fator social) e o aparecimento de ideologias que negam o capitalismo liberal(fator ideológico)¹⁵⁴

A própria expressão Ordem Econômica incorpora-se ao jargão jurídico na primeira metade do século XIX, muito para isto contribuindo a Constituição de Weimar, especialmente seu famoso artigo 151¹⁵⁵.

Um pouco antes, ao Direito Público bastava definir a garantia da propriedade privada e da liberdade contratual na Constituição.

A partir daí até agora, a Ordem Econômica visará, no plano normativo, aprimorar a vida econômica num sentido positivo, a mais das vezes numa perspectiva de superação da antiga Ordem.

¹⁵⁴ Moreira, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo, Centelha, Coimbra, 1978, p. 121-22.

¹⁵⁵ "A organização da vida econômica deverá realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana".

Nada melhor que comparar as palavras de um dos últimos grandes juristas do sistema clássico, ao definir a função constitucional da liberdade econômica, em comparação com reflexões de um jusfilósofo moderno sobre o mesmo tema, para que se entenda a recepção, pelo Direito, das lições da História.

Neste sentido, transcreva-se a lição de Santi Romano:

"A liberdade patrimonial que, no que diz respeito às relações entre os particulares, encontra seu regulamento no campo do direito privado; acentua seu caráter público, ou melhor constitucional, por força do princípio da inviolabilidade da propriedade. São, portanto, princípios aqueles que, embora indiretamente, e em certo sentido, confirmam a inviolabilidade da propriedade¹⁵⁶."

Coteje-se o abstencionismo do Direito Constitucional, ali proclamado, com a simples descrição do papel da lei, a propósito do mesmo assunto, tal como descrita por Ronaldo Dvorkin:

"Toda decisão legislativa sobre a propriedade deve, sem dúvida, respeitar certos direitos políticos individuais(...) Mas uma legislatura pode, sob outros aspectos, buscar o interesse geral coletivo, mediante uma grande variedade de diferentes avaliações e técnicas, cada uma das quais chega a uma distribuição um tanto diferente para cada pessoa¹⁵⁷."

Em verdade, a Ordem Econômica contemporânea já se caracteriza pela interpenetração do Direito e do Estado com a Economia, superando o apoliticismo econômico através da atribuição, ao sistema jurídico-político, de uma regulação do equilíbrio social.

Ninguém melhor paro, a sinalizar a mudança do pensamento jurídico em relação aos fatos econômicos que Rudolf Stammler.

¹⁵⁶ Princípios de Direito Constitucional Geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, tradução de Maria Helena Diniz, p. 169.

¹⁵⁷ O Império do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 1999, traduzido da edição norte-americana, Harvard University Press, 1986, por Jefferson Luiz Camargo, p. 373.

O cenário onde esse professor de Direito exerceu seu fecundo magistério é o da Alemanha da República de Weimar, com o fascínio que sobre os homens de pensamento exercia a obra de Karl Marx. Stammler, ao contrário da concepção clássica que considerava o Direito distante e distinto da economia, em oposição à concepção marxista que subordina o Direito à economia, elabora original e fecunda reflexão na qual praticamente coloca a Economia como um subcapítulo do Direito. Neste sentido, de forma desafiadora, atento às então modernas escolas sociológicas do Direito, preconizava:

"Quem propõe tomar como objeto imediato da investigação a Economia Social como cooperação vinculada, não chegar a afirmação alguma sem pressupor uma determinada regulação da vida social¹⁵⁸."

Mais adiante, a mesma obra apresenta síntese do que vai, desde então, ser cânone jurídico tão assente que sobre ele normalmente cruzamos sem maiores considerações: *"A sociedade humana não desenvolve uma vida econômica e uma existência jurídica como apartadas¹⁵⁹."*

A partir de Rudolf Stammler, ainda que compreensivelmente com distintas nuances, dois princípios passaram a ser vistos de forma razoavelmente inquestionável, ambos sendo basilares para o estabelecimento de qualquer sistema administrativo de fiscalização econômica: o Direito submete a Economia, não sendo externo a ela, nem dela automaticamente derivado, conforme o marxismo clássico e a regulação jurídica tem um conteúdo normativo e teleológico, fundado nos princípios da própria Ordem Econômica que pretende ver concretamente contemplados na economia social.

¹⁵⁸ Stammler, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischenb Geschichtauffassung*(Eine Sozialphilosophische Untersuchung), 3ª edição, Leipzig, Veit e Comp., 1914, p. 178.

¹⁵⁹ A frase, em Alemão, possui força expressiva incapaz de passar na tradução, justificando-se reproduzi-la: *"Rechtsordnung um Wirtschaftsordnung ist notwendig ein und dasselbe."*(op. cit., p. 184)

B. Conceito de Fiscalização Econômica

A conceituação do que seja a fiscalização administrativa na economia pressupõe, como definição prévia, a idéia de economia e ordem econômica.

A idéia de economia, para fins administrativos, refoge de sua concepção tradicional, que é a de administração da escassez dos recursos necessários ao ser humano, através da produção, circulação e distribuição de bens.

Na acepção jurídica do termo, a economia é a situação concreta através da qual se gera a riqueza social, através da produção e circulação de bens¹⁶⁰. Como se pode ver, trata-se de uma definição de fato, sem conteúdo normativo.

Diferencia-se a economia social da Ordem Econômica, conquanto este último conceito aponta para uma situação normativa que compreende um conjunto de regras integrantes de um setor da ordem jurídica, ou seja, aponta para um conceito jurídico, portanto normativo, situado no campo do dever-ser¹⁶¹.

A Ordem Econômica de um Estado integra a ordem jurídica deste mesmo Estado e neste sentido o termo adquire uma especificidade própria e exclusiva do Direito, na medida em que compreende a ordem econômica o conjunto de medidas empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas da sociedade¹⁶².

¹⁶⁰ "Não interessa a propriedade em geral, mas apenas a propriedade econômica, ou produtiva, a propriedade dos meios de produção". Moreira, Vital. op. sup. cit., p. 152-53

¹⁶¹ Diferenciamos ao longo da exposição Economia, ciência, de economia, atividade social.

¹⁶² Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros Editores, 6ª edição, 2001, p. 44.

Numa explicitação mais histórica, que lógico-formal, a ordem econômica integra o Direito Público, sendo a contrapartida jurídica da manifestação do Poder Político, no sentido de delimitar qual a atuação **possível e desejada**, pelo Estado, dos agentes econômicos privados.

O binômio possibilidade e objetivo origina a distinção, realizada por administrativas franceses, entre ordem pública econômica de direção e ordem pública econômica de proteção¹⁶³. A primeira estabelece uma direção da economia, a segunda seria protetiva da parte econômica mais fraca. Aquela é insuscetível de renúncia, transação, ou qualquer ato de disponibilidade por parte dos agentes econômicos privados, situação que não ocorre com esta.

É característica do Século XX a inclusão das normas de Ordem Econômica no bojo das Constituições, gerando o fenômeno denominado, pelos estudiosos, de Constituição Econômica¹⁶⁴. Tal característica, bom é salientar, atende a uma mutação quantitativa do fenômeno jurídico, porquanto, a bem da verdade, sempre existiu ordem econômica e sempre houve Constituição Econômica¹⁶⁵

O século passado, todavia, realizou um aprofundamento do enfoque nesta matéria. Enquanto nos tempos anteriores bastava definir propriedade e liberdade contratual, a partir da Constituição Mexicana de 1916 e principalmente da Constituição de Weimar, passou-se a instrumentar a implementação de políticas públicas visando o aprimoramento da Ordem Econômica, o que implicou na modificação do enfoque liberal, para uma perspectiva intervencionista¹⁶⁶.

¹⁶³ Farjat, Gerard. Droit Economique, Paris, PUF, 2ª edição, 1982, p. 47.

¹⁶⁴ Grau, Eros, op. sup. cit., p. 55.

¹⁶⁵ Neste sentido, a Constituição Imperial brasileira, trazia em seu bojo, conforme já analisado, a proibição das corporações de ofício, inobstante sequer fosse cogitado, ao tempo, do conceito de ordem econômica, muito menos o de Constituição econômica.

Destarte, ainda que possa ser considerado o desejo de mudança como daqueles que se encerram na célebre frase de Lampedusa("é preciso que tudo pareça mudar para que tudo fique como está"), a verdade é que a Constituição Econômica, tal como reconhecida no Século XX, esboça o pressuposto de que uma nova economia social é desejada e que deve ser alcançada mediante a intervenção administrativa do Estado, através dos meios que a ordem constitucional põe à sua disposição¹⁶⁷.

A Constituição Econômica, tal como concebida no século XX, representa um momento no qual às tradicionais normas de ordem pública acrescentam-se outras que facultam a assim chamada intervenção do Estado no campo econômico, no enfoque hoje concebido como sendo o campo de atuação das chamadas Constituições dirigentes, entendidas assim aquelas que se diferenciam das Constituições estatutárias ou orgânicas, porquanto essas apenas definem o estatuto do poder e os instrumentos de governo, através de suas competências e procedimentos, enquanto aquelas têm natureza diretiva ou programática, transformando-se em plano normativo, delimitador de programas inscritos numa teleologia do Estado e da sociedade¹⁶⁸.

Nos países de economia de mercado, as Constituições dirigentes delimitam a forma privada de exercício de três direitos básicos para este tipo de sistema econômico: o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade contratual de trabalho¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Visando, a curto prazo, corrigir distorções nacionais da economia e, a longo prazo, manter o sistema econômico capitalista.

¹⁶⁷ A propósito, insuspeito é o ponto de vista de Vital Moreira, dentro de sua perspectiva claramente marxista, ou ao menos marxiana(op. sup. cit., p. 58).

¹⁶⁸ Sobre o conceito de Constituições dirigentes consulte-se Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 12 e seguintes. O mesmo autor, em 1996, reformulou algumas linhas de sua conceituação, que refletiram na reedição da primeira obra referida, no ano de 2001. Ainda assim, a atenta leitura de sua, por assim dizer, "revisão", a nosso juízo não afeta a dimensão conceitual com que aqui é empregada a expressão *Constituição dirigente*. A respeito da reformulação conceitual, consulte-se o artigo "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente ? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo"(Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, nº 15, 4/5-1996, p. 6 e seguintes.

¹⁶⁹ Vital Moreira, op. sup. cit., p. 147.

O Capitalismo naturalmente reserva à economia, enquanto produtora de riquezas, um campo próprio da atuação privada. No entanto, conforme já visto acima na evolução do poder administrativo, jamais foi descartada a atuação do Estado nesta área e, embora repouse o regime na regra da apropriação privada do produto social da economia, a ação do Estado sempre foi existente¹⁷⁰.

Neste sentido, não obstante a maior parte da doutrina fale da **intervenção** do Estado na área econômica, parece-nos particularmente mais exato falar da **atuação** do Estado na economia, conforme os princípios, valores e finalidades da Ordem Econômica, na medida em que esta atuação é pressuposto necessário da legitimação do próprio regime econômico, dentro da visão de que as distorções por ele causadas serão passíveis de ser corrigidas conforme os ditames da ordem econômica.

Por isto mesmo, juristas como Eros Grau consideram que a Ordem Econômica tem como pressuposto a manutenção do regime econômico capitalista, conclusão que se pode aceitar com o contrapeso constatado por Vital Moreira, ao recordar que a Constituição Econômica, como hoje conhecida, é expressão do caráter dominante do Político na formação social contemporânea, em igual proporção que o abstencionismo era pressuposto do Estado, no campo econômico, nos Estados tipicamente liberais.

Esta legitimação do Econômico pelo Político comporta graus de atuação que vão de medidas acidentais, pontuais e restritas; passam pela ação sistemática em nome de princípios e culminam na planificação¹⁷¹.

¹⁷⁰ Sobre a matéria é essencial a monografia de Ana Prata, A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Almedina, Coimbra, 1982.

¹⁷¹ Vital Moreira, op. sup. cit., p. 204.

As formas de atuação, grosso modo, podem classificar-se em medidas diretas, mediante a normatização e a fiscalização; medidas indiretas, como a planificação e os incentivos de ordem tributária e formas de atuação direta, no caso dos monopólios estatais¹⁷².

Denominamos fiscalização da economia a **atuação do Estado, no sentido de verificar e exigir a conformidade das situações econômicas e de seus agentes aos princípios, valores e finalidades da Ordem Econômica constitucional, nos limites da legislação aplicável à matéria.**

A fiscalização da economia, enquanto atividade pública regida pelo Direito Administrativo, em consonância com as normas constitucionais pertinentes, assume a característica, para os particulares, de uma limitação das prerrogativas que o Direito Privado outorga-lhes, no sentido de agentes produtores de riqueza econômica¹⁷³.

Fiscalizar significa, em última análise, dar eficácia às normas legais¹⁷⁴, tratando-se de atividade estatal onde a noção de soberania, no sentido de supremacia do interesse público personificado pelo Estado tem importância qualificada pelo mais atento jurista brasileiro deste campo de atuação como "*extremada*"¹⁷⁵. Na atuação do Estado fiscal, o sentido da expressão ordem econômica, tão discutido na sua dimensão jurídica lógico-formal e dogmática, adquire seu real significado, enquanto agrupamento de regras com escopo de alcançar ordenação da realidade a um pressuposto e uma finalidade previamente traçados no âmbito normativo.

¹⁷² Eros Grau, classifica as formas de intervenção Estatal como intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução (op. sup. cit., p. 124). A reforçar a idéia de atuação, ao invés de simples intervenção, o mesmo jurista afirma que "*quando o Estado presta serviço público ou regula a prestação de serviço público, não intervém, mas atua. Quando atua no serviço privado intervém, sendo que a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito denomina-se intervenção, enquanto que no campo da atividade econômica em sentido amplo existe a atuação estatal*" (p. 125).

¹⁷³ A este propósito, Karl Larenz fala de "*limitações derivadas dos princípios da economia dirigida*", Derecho de Obligaciones, Madri, Editora Revista de Derecho Privado, 1958, tradução de Jaime Santos Briz, Tomo I, volume I, p. 66 e segs" ..

¹⁷⁴ Eros Grau, op. sup. cit., p. 262.

C. Objetivos da Fiscalização Econômica

O mais genérico dos objetivos do poder administrativo de fiscalização reside na **prestação de um serviço público**, afirmativa que se faz, ainda que levando em conta a relatividade deste conceito, na própria expressão de seu genial criador¹⁷⁶, mas tomando em consideração a sua teleologia(dentro da noção, hoje universalmente aceita, que os conceitos e definições jurídicas têm uma utilidade essencialmente instrumental), que é a de perseguição de uma finalidade essencialmente social e pública¹⁷⁷.

Poucos conceitos têm merecido mais estudo e, pode-se dizer, mais críticas, que o de serviço público. Extensa monografia, de abalizado teórico natural do país onde foi gerado, após abordar todas as feições por que passou o conceito, desde sua originária, realizada por Lèon Duguit, ao início do século, culminou por concluir que seria necessário abandonar esta idéia, visto que hoje, pouco ou nada significa¹⁷⁸.

Em que pese tal posição, partilhada por juristas do escol de Bèrthelemy e Jean Rivero, vem a calhar a ponderação de Cretella Júnior, para manutenção do conceito, ao observar que as dificuldades de sua manipulação repousam mais na extensão pelo mesmo adquirido: "*o conjunto dinâmico dos fenômenos do mundo administrativo, por sua natureza, só admite temporário enquadramento em expressões às quais os doutrinadores emprestam muitas vezes significação estática*"¹⁷⁹.

¹⁷⁵ m. aut., op. sup. cit., p. 316.

¹⁷⁶ "L'objet des services publics... Quelles sont ces activités... Il est impossible de faire à la question une réponse generale". Duguit, Léon. Manuel de Droit Constitutionnel, Paris, 2ª edição, Albert Foulemon, 1907, p. 79.

¹⁷⁷ Tal noção, que pode parecer óbvia, não é tão realçada nas obras jurídicas que enfocam a noção de serviço público, sendo, por isto, digna de destaque a simples afirmativa de Themístocles Brandão Cavalcanti, de que a finalidade social, no sentido de satisfação de necessidades coletivas, é o que caracteriza o conceito de serviço público. Cavalcanti, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, Freitas Basto, Rio-São Paulo, 1956, 3ª edição, vol. II, p. 47.

¹⁷⁸ Jean Louis de Corail, La Crise de La Notion Juridique de Service Public em Droit Administratif Français, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, p. 13-14.

¹⁷⁹ Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª edição, 1993, vol. VIII, p. 4.082.

A síntese dos diversos conceitos que ao longo do século traduziram a idéia de serviço público, pedra angular do Direito Administrativo, aponta para uma atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfação de necessidades públicas, mediante procedimento peculiar do Direito Público, derogatório ou, ao menos, exorbitante do Direito Privado.

No entanto, a intensa discussão que o instituto exerce e vem exercendo, quanto à precisão dos diversos componentes de seu conceito, conquanto pacífica a circunstância da impossibilidade de uma definição, muitas vezes serviu para colocar no olvido sua feição originária que era de substituir, a pedra fundamental do Direito Administrativo, que repousava na Soberania, pela justificação do poder administrativo através de uma finalidade, que era a satisfação de necessidades públicas¹⁸⁰.

A este propósito, como salientamos na parte geral deste trabalho, convém recordar que o Direito cumpre, em relação ao poder político, um duplo papel: ao mesmo tempo em que legitima o seu exercício, aquilo que Max Weber chamava, como ainda hoje Friedrich Müller denomina, o "monopólio estatal da violência", exerce uma contrapartida no sentido de limitar sua atuação à satisfação de uma necessidade pública.

A estruturação de um Direito Administrativo tão somente baseado na noção de Soberania, poderia justificar, tendo em vista notadamente a irreduzibilidade deste conceito a uma plena conformação jurídica, o exercício da força pela própria força. A substituição do alicerce pela noção de serviço público aponta para uma justificação do Poder Político pela sua utilidade, também chamada de "bem comum", cumprindo o Direito a plenitude de sua função ideológica, na melhor acepção que se possa ter deste termo.

Neste específico sentido e tão somente neste sentido é que se pode afirmar que a fiscalização da atividade econômica configura uma prestação de serviço público, sem incorrer em contradição com a afirmativa, acima vertida, adotada a partir da lição de Eros Grau, que o princípio da soberania tem importância extremada na atuação administrativa na economia.

À semelhança de uma construção, na qual sobre as fundações repousam as vigas que constituem os alicerces, a Soberania é essencial para que se compreenda a extensão dos poderes de atuação estatal na área econômica, mas a fiscalização administrativa da economia repousa, diretamente, sobre a idéia de prestação do serviço público¹⁸¹.

D. Formas de Fiscalização Econômica

Torna-se impossível classificar as diversas formas de ação do Estado na economia, através do emprego do poder administrativo de fiscalização, lição que a geração contemporânea de administrativistas muito bem pode herdar de Ruy Cirne Lima, quando este se referia ao poder de polícia, cuja extensão, em grande parte, volta-se precisamente ao chamado domínio econômico.

Neste sentido, a breve análise das formas, pelas quais se exerce tal poder administrativo, tem mais uma finalidade exemplificativa, da extensão de tal poder, que propriamente uma natureza taxinômica, dada a irreduzibilidade da ação administrativa, fenômeno em constante evolução, às classificações exaustivas.

¹⁸⁰ Lèon Duguit, op. sup. cit., p. 93.

¹⁸¹ Neste sentido, a universalidade do conceito de serviço público que, através de Forsthoff e pelo ensinamento de Ernst Hüber, discípulo de Carl Schmitt, ingressa no Direito Administrativo alemão do pós-guerra, sob o nome de administração de prestação, ou fornecimento de prestações essenciais à vida. Mannori, Luca e Bernardo Sordi. Storia del Diritto Amministrativo, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001. 488.

Corriqueiramente, dividi-se a fiscalização em preventiva e repressiva, dicotomia que, por demais genérica, tem a desvantagem de apresentar uma analítica bastante pobre do dado da realidade objeto da própria divisão. Ainda assim, servem essas imensas fronteiras para evidenciar a gigantesca extensão do território limitado e tão somente.

No Brasil, a concisão didática de Hely Lopes Meirelles arriscou classificação quanto as formas de atuação no domínio econômico por parte da Administração, subdividindo-a em cinco espécies:

- a) monopólio;
- b) repressão ao abuso do poder econômico;
- c) controle do abastecimento;
- d) tabelamento de preços e
- e) criação de empresas paraestatais¹⁸².

Aproveitando alguns elementos desta divisão, numa linha da maior ou menor extensão do poder interventor, arriscamos a enunciação de algumas espécies relevantes, a saber:

- a) regulamentação e sanção administrativas;
- b) repressão ao abuso do poder econômico;
- c) controle de lucros;
- d) controle do abastecimento;
- e) controle de preços;
- f) proteção do consumidor e
- e) colaboração com particulares.

Através da regulamentação e da sanção, a Administração pode prescrever condutas econômicas e proscrever, pela punição administrativa, a infringência a esta normativa, estabelecendo lindes à livre disposição dos bens de produção e até mesmo aos resultados da própria atividade econômica.

¹⁸² Op. sup. cit., p. 548.

Exemplo típico encontra-se em toda a regulamentação das instituições financeiras, na qual o limite de expansão de crédito e os recolhimentos compulsórios são corriqueiramente alterados, sem que sobre eles incida qualquer suspeita de ilegalidade, uma vez genericamente previstos como matéria do poder regulamentar, na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

A extensão de tais poderes pode muito bem ser aquilatada na medida em que o mesmo constitui, o particular, como devedor de obrigação de fazer, aquela que a concepção civilista clássica menos considera suscetível de ser compulsoriamente imposta, como é o caso da comunicação de fato relevante para empresas que operam no mercado de capitais, cujo inadimplemento não se resolve sequer em multa, podendo atingir a própria ação empresarial, com a proibição de comercializar seus papéis em Bolsa.

A repressão ao abuso do poder econômico, situada na Constituição nas dimensões avantajadas de vedação ao desvirtuamento da concorrência pelo domínio dos mercados, ou o aumento arbitrário dos lucros, possibilita que os poderes administrativos de fiscalização cheguem ao ponto de impedir a própria disponibilidade da propriedade empresarial, submetendo à autorização prévia da administração pública quaisquer atos de alienação ou oneração dessa propriedade que possam, até mesmo potencialmente, incorrer nos vícios que a Lei Maior determina como sendo ofensivos à ordem econômica.

De outra parte, a Soberania fundamenta que seja limitada, logo controlada a disponibilidade dos lucros, como acontece no caso das remessas ao exterior, sancionando-se o desrespeito com a própria negativa de funcionamento da empresa estrangeira no País.

O controle do abastecimento possibilita ao poder administrativo o emprego de medidas legais capazes de manter no mercado consumidor matérias-primas, produtos ou serviços nas quantidades prescritas como necessárias à exigência normal de seu consumo. Por sua vez, o controle de preços estabelece a mais drástica proibição possível aos agentes econômicos, na medida em que interfere, de forma direta, na disponibilidade dos bens de produção, independente ou não da reação do mercado consumidor à oferta que deles possa ser realizada.

Esta última modalidade, o controle de preços, é a que mais desafia a concepção clássica da ordem econômica, como campo de atuação exclusivo da iniciativa privada, a ponto de festejado constitucionalista brasileiro entender que o Estado, ao nela intervir(o termo não é nosso), deve sempre uma atitude respeitosa da lógica interna da economia de mercado e da empresa¹⁸³.

Juristas há, e de nomeada, que entendem ser impossível, à luz do art. 174, da Constituição Federal, ao Estado regulamentar preços de bens e serviços produzidos pela iniciativa privada¹⁸⁴.

No entanto, nem mesmo a interpretação gramatical, a mais pobre de todas, permite depreender, do texto da norma, a abdicação deste poder¹⁸⁵. O que ali se lê é o reconhecimento do Estado como agente regulador da atividade econômica, e a outorga, por isso, a ele, das funções de fiscalização. O que ali é problemático é precisamente a compatibilização da sua capacidade normativa com o caráter dispositivo do planejamento.

¹⁸³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, . Direito Constitucional Econômico, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, 2ª edição, p. 37.

¹⁸⁴ Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, As Tendências do Direito Público nos Rumos de um Novo Milênio, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 276.

¹⁸⁵ "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

A melhor exegese de Constituições dirigentes como as brasileiras impõe segura idéia de que a regulação estatal das atividades empresariais não é intervenção, num sentido excepcional e temporário que a conotação da palavra traduz, mas desempenho ordinário de dever subordinado a objetivos e princípios da própria Carta¹⁸⁶.

No que se refere a controle de preços, assume foros de universalidade a decisão da Suprema Corte Norte-Americana, em 1934, no julgamento *Neblia x New York*, cujos termos merecem transcrição literal:

" Não há classe ou categoria fechada de negócios no que concerne ao interesse público e a função da Corte na aplicação da quarta e quinta emendas é de determinar em cada caso se as circunstâncias que convocaram a regulação desafiada representam um razoável exercício da autoridade governamental ou condenam esta como arbitrária ou discriminatória. A expressão 'afetada pelo interesse público' pode, pela natureza das coisas, significar a possibilidade de uma indústria, diante de adequadas razões, ser submetida ao controle em nome do bem público. Não há dúvida que em determinadas ocasiões e por apropriadas medidas o Estado pode regular uma atividade econômica em todos os seus aspectos, incluindo o preço a ser cobrado por produtos ou bens a serem vendidos.

(...)

Através do devido processo legal e na ausência de uma restrição constitucional, o Estado é livre para adotar a política econômica considerada razoável para a promoção do bem estar público e impor esta política através de legislação a ela adequada(...).Se a lei apresentar uma razoável relação com o propósito do legislador e não for arbitrária ou discriminador, a requisição por um devido processo legal estará satisfeita¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Fábio Konder Comparato, Regime Constitucional do Controle dos Preços no Mercado, Revista de Direito Público, nº 97, 1/3-1991, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 18.

¹⁸⁷ Anthony Chase, op. sup. cit., p. 239. No mesmo sentido, jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, cf. Arguição de Inconstitucionalidade nº 319, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 149, p. 666 e seguintes.

A defesa do consumidor - considerado hipossuficiente numa sociedade cada vez mais voltada para o consumo, onde as técnicas publicitárias induzem a geração de necessidades e afirmam sua satisfação de um modo que o fornecimento não evidencia - vem prevista na Constituição Federal e, de certa, forma, orienta algumas manifestações mais candentes da própria cidadania.

Último e não menos importante, a fiscalização igualmente pode ser feita através de consenso com o particular, mediante cooperação do mesmo através de contrato, idéia ainda embrionária no Brasil, mas que vem sendo desenvolvida através de algumas formas de regulação de atividade por agências estatais e que na Alemanha, desde a lei federal alemã sobre o procedimento administrativo, de 25 de maio de 1976, vem sendo constantemente desenvolvida¹⁸⁸.

E. As Agências Reguladoras

Constituem as agências reguladoras, na segunda metade da última década do Século XX, novidade no Direito Administrativo brasileiro. Em 1996, a Lei nº 9.427 cria a Agência Nacional de Energia Elétrica. Em 1997, a Lei nº 9.472 institui a Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478 a Agência Nacional do Petróleo. Passam-se dois anos e a Lei nº 9.782 funda a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. No último ano do século passado nascem pela Lei nº 9.961 a Agência Nacional de Saúde Suplementar e, através da Lei nº 9.984, a Agência Nacional de Águas. Em 2001, a Lei nº 10.233 estabelece a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a Agência Nacional de Transportes Terrestres, dependendo de ratificação do Congresso Nacional a Medida Provisória nº 2.219, de 2001 ano, que criaria a Agência Nacional de Cinema¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Luca Mannori e Bernardo Sordi, op. sup. cit., p. 488, valendo referir que a mencionada lei inspirou o ordenamento italiano que tem disposição igual, prevendo o contrato como forma de cooperação com o administrado, na Lei de 7 de agosto de 1990, art. 11.

¹⁸⁹ Sem embargo da criação, no mesmo estilo, de várias Agências estaduais, dentro da competência administrativa dos Estados membros.

A gênese dessas agências reguladoras, na maioria dos casos, prende-se à fiscalização, por parte do Estado, de serviços públicos que eram diretamente prestados pela Administração Pública e que passaram ou deverão passar (como o petróleo e a água), à iniciativa privada. Igualmente foram criadas agências para fiscalização de serviços que eram privativos de empresas nacionais e, através de reformas constitucionais, podem hoje ser explorados por empresas de capital estrangeiro (caso do transporte aquaviário, na navegação de cabotagem). Também são fundadas agências em assuntos sociais cuja responsabilidade direta pela prestação de serviços é do Estado, mas que permitem, supletivamente, a ação da iniciativa privada (caso da saúde complementar), ou nos quais existe forte pressão pública para maior fiscalização de preços e qualidade de produtos (caso da vigilância sanitária). Foge, dessas hipóteses, tão somente, a Agência Nacional de Cinema.

As distintas causas políticas de criação das agências reguladoras unificam-se no acento fiscalizador que resume grande parte dos seus poderes institucionais. Mesmo que em várias exista alguma referência à planificação, por seu intermédio, nos setores em que atuam, o aspecto de fiscalização prepondera. No que se diferenciam de autarquias criadas no País, na metade do Século XX, para estimular e planificar segmentos econômicos específicos, como arroz; açúcar, álcool; café e erva mate¹⁹⁰.

A fiscalização a ser exercida pelas agências reguladoras em sua grande parte dimensiona-se no atendimento direto das reclamações dos consumidores dos serviços por ela fiscalizados, acentuando-se neste aspecto, a nosso juízo, sua grande novidade funcional.

¹⁹⁰ Neste sentido, respeitadamente divergimos da opinião de Marcos Augusto Perez, no artigo "As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro", Revista Trimestral de Direito Público, 23;98, p. 124 e seguintes, que vê uma relação de semelhança entre as duas espécies autárquicas. O poder de planejamento das anteriores era bem maior do que aquele hoje estampado pelas agências. Por outro lado, a competência de fiscalização, nas atuais, é bem mais ampliada e estruturada. Foge desse paradigma, aliando-se ao perfil dos antigos institutos a Agência Nacional do Cinema, de características nitidamente desenvolvimentistas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que não disfarça sua adesão entusiástica às agências reguladoras, frisa que a decadência do Estado intervencionista e monopolista demonstrou a inexistência de efetiva fiscalização dos serviços públicos, dado que o "*Estado prestador comprometia o Estado fiscalizador, que não se motivava a denunciar suas próprias falhas*"¹⁹¹. Ainda que não se partilhe o mesmo entusiasmo, inegável é que as agências reguladoras são recebidas, pelo legislador e pela opinião pública, como defensoras dos consumidores de serviços públicos ou serviços privados em áreas essenciais (como a saúde e o abastecimento), sendo esse o grande fundamento da sedução que ainda hoje exercem.

As agências reguladoras radicam seus antecedentes no Direito inglês e norte-americano, sendo conhecidas no Reino Unido desde 1834 e nos Estados Unidos desde 1887 ou 1888¹⁹². Também vão sendo criadas na Comunidade Européia a partir do final dos anos 1990, mas não parece que a forma ali existente seja precedente invocável para a legislação brasileira da atualidade¹⁹³, na medida em que o referencial jurídico mais próximo das agências brasileiras é, efetivamente, o norte-americano.

Na América do Norte, as agências reguladoras nasceram de movimento de desgaste da política bipartidária, no sentido de eficiente regulação dos serviços públicos, apontando, os estudiosos, na sua gênese, o interesse na satisfação das seguintes necessidades:

- a) a despolitização de decisões técnicas;
- b) o respeito à pluralidade de interesses;
- c) o acato ao princípio da subsidiariedade e
- d) o impulso em prol da delegação social.

¹⁹¹ Mutações de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 2001, p. 146-47.

¹⁹² As fontes divergem quanto à data da criação da Interstate Commerce Commission, a primeira agência reguladora norte-americana. Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta 1887 (Mutações do Direito Administrativo, p. 148) e Shapiro, Martin. Independent Agencies, US and EU 1888, European University Institute, The Roberto Schuman Center, Jean Monnet Chair Papers, 1996.

¹⁹³ Na Comunidade Européia o impulso criativo obedece à necessidade de criação de corpos técnicos supranacionais (Martin Shapiro, art. citado).

Entendiam, os seus inspiradores, por despolitização, a fuga ao preenchimento de cargos e funções técnicas conforme a filiação ao partido politicamente vencedor; o pluralismo como a necessidade de oitiva de todos os interesses envolvidos em questões relacionadas com os serviços públicos (uma idéia muito própria do liberalismo anglo-norte-americano, conforme explicita, notavelmente, Hayek); o princípio da subsidiariedade enquanto a orientação no sentido de que o Estado somente interfere na atividade econômica na hipótese da impossibilidade do particular supri-la e a delegação como forma de descentralizar a regulação administrativa, permitindo a colaboração dos particulares interessados na própria origem dos atos administrativos¹⁹⁴.

A prática das "independent agencies", no entanto, revelou alguns problemas não previstos pelos que as conceberam.

A independência política circunscreveu-se ao Executivo, porquanto sendo seus cargos preenchidos por aprovação parlamentar, a interferência dos partidos políticos jamais deixou de existir.

A delegação social encontrou obstáculos na ausência de coordenação entre as medidas administrativas tomadas pelas agências e a política econômica do Executivo, que teve dificuldades para assimilá-las¹⁹⁵, tendo, igualmente, ficado enfraquecidas pelo excesso de normas regulamentares criticadas pelos que com elas necessitavam envolver-se.

Por último, o respeito à pluralidade de interesses viu-se prejudicado pelo fenômeno da "captura", qual seja o envolvimento dos corpos técnicos pelos setores por elas fiscalizados, com a nomeação, de executivos das corporações, para os cargos administrativos e vice-versa¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Mutações de Direito Administrativo*, p. 152 e seguintes.

¹⁹⁵ Várias delas foram extintas na gestão presidencial de Ronald Reagan, como foi o caso da agência reguladora da aviação civil, por incompatibilidade com a política presidencial ("*reaganomics*")

¹⁹⁶ Martin Shapiro, art. cit.

No Brasil, a atual legislação das agências reguladoras procura atender as mesmas características alhures perseguidas nos Estados Unidos. Neste sentido, o mandato dos gestores das agências é normalmente fixado por um período que ultrapassa o mandato dos condutores políticos do Poder Executivo que os indicam à aprovação parlamentar.

Num segundo ponto, a legislação brasileira fala da possibilidade de serem firmados, com essas agências, contratos administrativos de gestão, nos quais as metas a serem alcançadas, pena de sanções pecuniárias e administrativas, são prefixadas com rigidez.

Ainda que revestindo a tradicional forma autárquica, as agências reguladoras brasileiras têm liberdade de escolher o regime jurídico de seu pessoal, podendo a opção recair, como tem acontecido, no regime trabalhista comum. De outra parte, o custeio dessas agências dá-se através de taxas cobradas dos particulares submetidos ao seu regime fiscalizador¹⁹⁷.

A parcela do poder normativo delegado a tais agências é objeto de alta polêmica no Direito Administrativo brasileiro atual. Autores há que entendem que a delegação administrativa às mesmas, no que diz respeito à normatividade, diferencia-se do poder normativo tradicional, rigidamente delimitado(delegação receptícia), abrangendo a possibilidade de regulamentar toda a matéria na qual é omissa a legislação delegante¹⁹⁸.

A novidade gera exagero. Seu poder regulamentar não é distinto daquele em que a Administração Pública opera, envolvendo conceitos jurídicos indeterminados, cuja existência aparenta mutação do poder normativo, não obstante a possibilidade de cognição judiciária, sobre eles, seja mais ampla que sobre o poder discricionário.

¹⁹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações*, p. 148.

¹⁹⁸ Neste sentido, m. aut., op. sup. cit., p. 165 e Aragão, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes, Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 786, 4/2001, p. 11-56.

Finalmente, ainda que também possa causar perplexidade um serviço público prestado em regime praticamente privado, a evolução dos níveis de colaboração entre os particulares e a administração fornece fundamento ideológico suficiente para conciliar essas possibilidades.

Cabe salientar que a fuga para o Direito Privado não constitui novidade na área da administração pública, sendo tendência constatada há quase vinte anos.

De outra feita, embora a instrumentalidade colocada legislativamente ao dispor das agências reguladoras empregue fartamente os institutos do Direito Privado, seu assento é essencialmente publicístico, tanto nas finalidades, quanto na motivação.

F. Limites e Dimensão Pós-moderna

Quatro são os limites para a fiscalização da administração pública na economia:

- a) **legalidade;**
- b) **igualdade;**
- c) **proporcionalidade e**
- d) **defesa.**

Se o campo da atividade econômica é deixado, como regra, à livre iniciativa, a fiscalização depende de lei específica, não podendo contentar-se exclusivamente com o ditame constitucional, frente aos termos explícitos do princípio da legalidade, consagrado no art. 37 e enunciado no art. 5º, II¹⁹⁹, da Constituição Federal.

¹⁹⁹ "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Neste sentido, algumas lições tradicionais, vertidas de tempos nos quais o ordenamento jurídico era mais autoritário, não comportam aceitação ao lume da legislação vigente²⁰⁰, tendo integral pertinência o que dizia Pontes de Miranda, em sua glosa constitucional, ao tempo da autoritária Carta de 1969:

*"o decreto somente pode vincular ao ato ou à omissão se cabe na competência do Presidente da República, ou do Governador, ou do Prefeito, a regra jurídica que se decreta. Dá-se o mesmo a propósito dos regulamentos: com eles se regula, não se legisla. Não se falou de instruções, nem de avisos, nem de portarias. Com as instruções só se pode instruir. Com os avisos só se pode avisar. A portaria lembra a ordem ou mando ao porteiro, ou aos porteiros. Pensar-se que a Justiça pode atribuir à portaria o que só a lei é dado edictar é pensar-se que os juízes se possam esclarecer de textos claríssimos da Constituição."*²⁰¹

De outra feita, nenhum ato administrativo, nesta e em qualquer outra área, será possível, caso não seja garantida a observância aos direitos fundamentais previstos na própria Carta, como vem sendo afirmado, de há muito tempo, no Direito brasileiro²⁰²

A propósito do princípio da legalidade, Fábio Konder Comparato recorda que o Tribunal Constitucional italiano decidiu, por mais de uma vez, que as medidas provisórias, existentes no ordenamento jurídico peninsular, não poderiam regular controle de preços, por não terem vocação juridicamente resguardada para criar situações economicamente irreversíveis²⁰³.

²⁰⁰ Para Themístocles Cavalcanti, as medidas de polícia não precisavam estar predeterminadas pela lei, sendo apenas limitadas pelos direitos e garantias constitucionais. Tratado de Direito Administrativo, Freitas Basto, Rio-São Paulo, 1956, 3ª edição, vol. cit., p. 191.

²⁰¹ Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, tomo V, p. 3

²⁰² Venâncio Filho, Alberto. Intervenção do Estado e Liberdade Econômica no Direito Constitucional Brasileiro, p. 418-459, em Tendências Atuais do Direito Público, Paulo Bonavides e outros, estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 437.

²⁰³ Art. sup. cit.

Embora não haja decisão sobre o tema na Corte Constitucional brasileira, em inúmeras oportunidades medidas provisórias foram a julgamento sem que fosse levantada essa limitação por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal.

O tratamento isonômico, em relação aos agentes econômicos submetidos à fiscalização da administração pública, é outro limitante à atividade pública neste setor. O Tribunal Constitucional Alemão, diversas vezes, sancionou condutas administrativas consideradas infringentes ao princípio da igualdade na repartição dos ônus públicos na economia²⁰⁴.

Finalmente, qualquer ato administrativo no intuito de exercer a fiscalização da atividade econômica deverá guardar a proporcionalidade, princípio administrativo de máxima relevância, nascido do seio do Tribunal Constitucional alemão, cujos parâmetros são explicitados por Gilmar Ferreira Mendes, em excelente artigo, a saber:

a) a medida somente é apropriada quando pode, em regra, alcançar o resultado visado;

b) a medida apropriada somente é necessário quando não existe outro meio adequado à disposição que possa ser menos prejudicial aos atingidos e à coletividade;

c) a medida apropriada e necessária somente será proporcional quando não tenha nenhuma relação, ou gere outro efeito, que não o resultado visado²⁰⁵.

O poder administrativo de fiscalização, nas sociedades pós-modernas, passa por um aparente paradoxo. Quanto mais cresce o discurso neo-liberal, hoje predominante na dimensão planetária, mais aumentam os encargos estatais com o exercício dessa atividade.

²⁰⁴ Fabio Konder Comparato, Regime Constitucional.

²⁰⁵ O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de julho de 2000, nº 14/2000, caderno I, p. 372.

O paradoxo, entretanto, configura aquelas contradições de conteúdo tipicamente aparente. Na proporção em que o Estado desfaz-se da execução de muitos serviços públicos que a partir da metade do Século XX eram por ele diretamente prestados, tanto a tradição publicista desses serviços, quanto o grau, consensualmente reconhecido, de necessidade social dos mesmos serviços, conduz a um incremento das atividades de fiscalização, como contrapartida pela desestatização das mesmas atividades.

Na linha do que logo acima foi afirmado, seguramente situam-se as chamadas agências reguladoras, cuja razão de ser é precisamente a fiscalização de atividades que tradicionalmente vinham sendo executadas diretamente pelo Poder Público. Dotadas de recursos ágeis próprios do regime privado, essas especialíssimas autarquias dimensionam sua atividade basicamente no sentido de fiscalizar por regulação e até mesmo controlar preços dos serviços que são objeto de sua atividade.

Todavia, criadas, a mais das vezes, como forma de assinalar que o Estado, embora privatizando, não se estava ausentando de alguns serviços públicos a ele acometidos, ou cuja execução ocorre em limites estritos, traçado à iniciativa privada, somente o tempo dirá se efetivamente a vontade política geradora das agências é capaz de compatibilizar-se com a vocação fiscalizadora e de defesa do consumidor nelas estampada. Por enquanto, a única conclusão possível de ser avançada é que, paradoxalmente, a privatização dos serviços públicos, se por um lado retira da arena o Estado empresário, faz com que o mesmo retorne, com forças redobradas, enquanto Estado fiscal da economia. O que, em absoluto, não endossa as teses neo-liberais mais extremadas.

IV. Planificação Econômica

A. Conceito e Diferenciações

Num sentido amplo, planificar, em Economia, significa ajustar participantes de uma atividade econômica, mediante o emprego de meios determinados, para a perseguição de determinadas finalidades, sobre as quais exista uma coincidência de interesses. A possibilidade, calculada, do uso de meios específicos é que distingue planificação de simples previsão²⁰⁶.

Num sentido mais estrito, o planejamento é um sistema de opções priorizadas, tomadas pela administração pública, de forma deliberada, visando perseguir objetivos econômicos²⁰⁷. A planificação econômica - embora, como visto acima, de certa forma coincida com a formação do Estado Moderno, jamais havendo sido expressamente abandonada, em qualquer regime econômico praticado no Mundo - recebeu defesa e explicitação sistemática, na célebre obra de Johann Fichte, os "*Discursos à Nação Alemã*"²⁰⁸.

Teoricamente, a planificação consiste em uma atividade intelectual de racionalização, a partir da tentativa de ligação, no mundo material, de duas operações mentais determinadas, quais sejam o diagnóstico e o prognóstico. Socorre-se ela da econometria, da álgebra, do cálculo econômico e da estatística, procurando estabelecer um volume global ótimo e a forma de alcançá-lo, a partir do desenvolvimento de componentes setoriais ou regionais.

²⁰⁶ Luís S. Cabral de Moncada,. A Problemática Jurídica do Planejamento Econômico, Coimbra Editora, 1985, p. 10.

²⁰⁷ Luís S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 10.

²⁰⁸ m. aut., op. sup. cit., p. 11.

No entanto, muito embora o plano pertença aos domínios da Economia e de suas Ciências Auxiliares, o que o caracteriza, enquanto forma notável, apta a merecer estudo, é a utilização de formas jurídicas para sua exteriorização.

Neste sentido, não obstante os alicerces da planificação repousem em conceitos essencialmente econômico, a determinação de realizá-lo e a extensão de sua eficácia integrem, ao menos em um momento fundamental, o mundo das determinações políticas, o elemento diferencial entre um plano econômico, tal como concebido a partir do Século XX, e uma petição de princípios de natureza política, ou uma operação meramente econômica, reside no acento jurídico da planificação.

Desta forma, substancialmente se pode concordar com o conceito exposto por Eros Grau, "*planejamento é forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos*²⁰⁹", se pudermos nele explicitar, o que já está explícito, qual seja, ao substantivo "ação", outro adjetivo, que é o "jurídico".

E é nesta tríplice natureza do plano, como ente econômico, ente político e ente jurídico que residem as principais dificuldades relativas ao seu estudo. Juristas de nomeada, como Soto, Farjat, Quermonne, Corbel, Vlachos e Burdeau negaram sua natureza jurídica, considerando como ato meramente político, apenas sob um formato jurídico que não o tornaria classificável nas categorias das manifestações de vontade capazes de merecerem o cunho normativo próprio dos instrumentos jurídicos²¹⁰.

²⁰⁹ A Ordem Econômica na Constituição, p. 318.

²¹⁰ A esse propósito, melhor que todos, Gerard Farjat, . Droit Economique, Paris, PUF, 2ª edição, 1982, p. 150.

Todavia, a partir de Jean Rivero, pela simples constatação de que o planejamento econômico encontrava expressa previsão no art. 25 da Constituição francesa de 1946²¹¹, que tornava obrigatória e exigia, para sua aprovação, manifestação formal do Conselho de Estado, nenhum dos estudos mais recentes sobre a matéria nega o caráter jurídico, portanto normativo, do planejamento econômico estatal²¹²

Destarte, pouca discussão comporta, hoje, a afirmativa de que as disposições do planejamento econômico comprometem a própria responsabilidade do administrador, gerando direitos aos particulares que a ele decidirem adaptar-se²¹³. Assim, a espirituosa conceituação de Hauriou, no sentido de que as disposições referentes aos planos econômicos constituiriam em um "*Direito Administrativo Aleatório*", não guarda sintonia com a realidade. O fato de que o Estado não possa garantir que os objetivos sejam atingidos conforme a planificação realizada, não veda que o mesmo não deva vincular-se à planificação que apresenta e que, seja por organismo ou entidade administrativa, deva comprometer-se para que isto de fato aconteça.

Consoante a intensidade da relação entre Público, através da Administração, e Privado, pela economia, que varia conforme o tipo de regime econômico adotado, concebem-se distintas formas de planificação²¹⁴.

²¹¹ Cujo texto assim prescrevia, na sua segunda parte: "O Conselho Econômico pode, ademais, ser consultado pelo Conselho de Ministros. É obrigatória sua consulta para o estabelecimento de um plano econômico nacional tendo por objeto o pleno emprego e a utilização racional de recursos materiais". A atual Carta não mantém tal redação, ainda que seu art. 70 considere obrigatória a consulta ao Conselho sobre todos os planos ou projetos de lei de caráter econômico ou social.

²¹² Conforme o festejado administrativista, "as autoridades que o executam não são livres e suas decisões estarão para o plano como a aplicação individual dos atos regulamentares, pois plano que não obrigasse a garantia de sua execução não seria plano" (Le Plan Monnet et Le Droit, Recueil Daloz, 1947, 34^o Cahier-Chronique, p. 129).

²¹³ Sobre isso, é elucidativa a explanação realizada por André de Laubadère, Droit Public Économique, Paris, Dalloz, 1974. p. 328-333.

²¹⁴ Luiz S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 15.

A primeira seria a planificação em nome da intervenção liberal na economia, realizada exclusivamente para restabelecer condições de livre concorrência. Prepondera nos Estados Unidos da América.

A segunda é a planificação suave, que deixa o papel principal, na vida econômica, à livre iniciativa, não alterando, através de suas medidas, o mercado essencial de preços.

A terceira seria a planificação parcial, caracterizada pela existência de uma dicotomia de atuação na ordem econômica, qual seja o setor público da economia convivendo com o setor privado.

A quarta seria aquela planificação integral, onde na verdade não se pode falar, a não ser num sentido restrito e mínimo, de iniciativa privada, na proporção em que o Estado açambarca, de forma praticamente integral, toda a vida econômica.

Nenhuma dessas formas é excludente, determinando-se o regime jurídico de planificação econômica de um Estado pelo caráter preponderante, não exclusivo, de uma delas.

Grosso modo, opõem-se as três primeiras formas à quarta, a ponto de alguns estudiosos somente chamaram de planificação a última, acima exposta, sendo as demais simples programação.

Contudo, não havendo Estado que não tenha ingerência direta na atividade econômica, a diferença maior entre elas reside em que nas três primeiras formas vai-se da macro-economia em direção da micro-economia, enquanto na última hipótese é o inverso que acontece, qual seja: parte-se da micro-economia para chegar à macro-economia²¹⁵.

Almiro do Couto e Silva igualmente propõe outra classificação, subdividindo os planos econômicos da Administração em indicativos, incitativos e imperativos. Os primeiros seriam meras projeções sobre algum ou diversos campos de atividade, colocadas pelo Estado para livre orientação dos interessados. Os segundos seriam aqueles através dos quais o Estado, mediante estímulos e incentivos, almeja obter determinada resposta dos particulares. Os últimos seriam aqueles nos quais o Estado submete o interesse privado à determinada conduta, pena de conseqüências sancionadoras, que vão do nível administrativo, até o criminal²¹⁶

A trajetória evolutiva do Estado no Século XX permite que se fale de uma função planificadora, como integrante das funções típicas administrativas que, dissemos acima, não se esgotam naquelas classicamente identificadas, mas caracterizam o mesmo que em Astrofísica chama-se de universo em expansão²¹⁷.

No Brasil, a natureza e o tipo predominante de planificação constituem problema cuja solução está nos limites do próprio texto constitucional, na medida em que o art. 175, da Carta vigente, expressamente fala das funções estatais de planejamento e, em acréscimo, sinaliza o caráter não cogente, dos planos econômicos, para o setor privado da economia.

Advertimos aqui que não é objeto deste estudo um dos setores onde a planificação administrativa está melhor desenvolvida, qual seja o do planejamento urbano. O fundamento dessa exclusão é teórico e prático.

²¹⁵ Novamente Moncada, op. sup. cit., p. 19.

²¹⁶ Problemas Jurídicos do Planejamento, Revista de Direito Administrativo, nº 170, Fundação Getúlio Vargas, p. 1-17.

²¹⁷ Sobre o assunto, diz Eros Grau: "*além da função normativa, da função jurisdicional e da função administrativa, há a função de planejar, distinta da normativa e da administrativa*" (A Ordem Econômica na Constituição, p. 358).

Teoricamente, a finalidade da planificação urbanística é o ordenamento do espaço físico das cidades, ainda que para tanto seja necessário apelar para medidas de cunho econômico, enquanto o planejamento econômico "*strictu sensu*" tem por finalidade a realização de uma ordem econômica, no sentido de um reordenamento da forma de geração e distribuição de riquezas. Praticamente, o cabedal técnico já reunido sobre a matéria determinaria o desenvolvimento de um trabalho em volume próximo ao presente.

B. Objetivos

Quem planeja, planifica com algum ou alguns objetivos. Das formas mais liberais de planificação, exemplificadas pelo planejamento realizado com a finalidade de manter a livre concorrência, às formas mais dirigistas, o poder administrativo de fiscalização representa o interesse público, personificado na Administração, no sentido de corrigir distorções da iniciativa privada na economia, seja quando esta é pujante e resguardada, seja quando esta é meramente tolerada, em algumas atividades, como é o caso dos países que adotam os princípios marxistas nos moldes de uma economia dirigida pelo Estado.

Os objetivos mediatos da planificação, malgrado a flexibilidade que todos os documentos jurídicos que corporificam este poder administrativo possuem, não são mutáveis, mas permanentes.

Ainda mais: com base nos objetivos da planificação é que será possível o controle jurisdicional ou do contencioso administrativo (para os países que adotam tal forma de controle dos atos da Administração), no sentido de averiguar a existência da obediência concreta aos limites jurídicos do plano.

Resulta da rigidez dos objetivos permanentes do exercício do poder de planificação, importante e dupla conseqüência: a primeira, da indispensável natureza jurídica da planificação, pois somente documento normativa obrigaria, na hipótese que seu executor político não estivesse de acordo com seus objetivos. De outra feita, a característica normativa heterônoma dos mesmos objetivos condiciona a estrutura jurídica da legislação sobre a matéria, havendo autores, no Brasil representados por Eros Grau, que qualificam as normas de planejamento como normas-objetivo, quais sejam aquelas que definem claramente fins a alcançar²¹⁸.

Ressalve-se que esta característica de fixidez dos objetivos em nada influi na necessária flexibilidade, decorrência do imperativo da natureza dinâmica dos fatos econômicos, na execução administrativa das regras da planificação. De outra feita, como demonstrado em ensaio da escola brasileira que mais desenvolveu estudos sobre o planejamento, muito antes de transformar-se num condicionante à agilidade administrativa, a característica rígida dos objetivos do planejamento contribuiu para uma relativa imobilização do Poder Legislativo²¹⁹

Por outro lado, nos países em que a planificação é prerrogativa administrativa com assento constitucional, os seus objetivos permanentes figuram no próprio texto da Lei Maior, como é, precisamente, o caso do Brasil, no qual a atual lei geral de planificação²²⁰, praticamente esvaziada de conteúdo programático, é suprida com vantagem pelos diversos dispositivos constitucionais onde aparece a previsão do poder administrativo de planificação econômica, que devem servir de pauta para os atos administrativos, gerais e particulares, de execução dos planos²²¹.

²¹⁸ Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição p. 320.

²¹⁹ "O sistema é inseparável de uma flexibilidade, o que exclui mudança legislativa de regras - a democracia liberal exige os métodos de planificação flexível. A planificação flexível repele, por sua natureza, as exigências constitucionais da democracia liberal e a intervenção da lei". Brêtas, Anchises e outros. Direito Econômico do Planejamento, Fundação Vale Ferreira, Belo Horizonte, 1980, p. 112.

²²⁰ Lei nº 9.989, 21 de julho de 2000.

²²¹ A Constituição Brasileira regula a planificação econômica em 19 normas contidas nos artigos 21, IX e XVIII; 30, VIII; 43, § 1º, II; 48, IV; 49, IX; 58, §2º, VI; 74, I; 84, XI; 165, § 4º; 166, § 1º, II; 174 e 187, § 1º, 182 e 186

No Brasil, a plethora de dispositivos constitucionais sobre a matéria²²² aponta para três objetivos permanentes do planejamento administrativo:

a) o desenvolvimento econômico com a realização dos valores da Justiça Social, através da erradicação da pobreza e das desigualdades regionais(objetivo maior);

b) a ordenação do espaço urbano com o fito de garantir o bem-estar dos habitantes das cidades e

c) a política agrícola com o escopo de realizar a função social da propriedade rural.

Esses objetivos constituem princípios e valores que devem servir de amparo ao sistema de fiscalização do Poder Executivo, da Administração, mormente o jurisdicional, na árdua e ainda bastante incompreendida tarefa de controlar o poder político, nas suas manifestações de conteúdo administrativo, circunstância hoje universalmente reconhecida, a partir do momento que se compreende, quase pacificamente, que os textos normativos englobam princípios e pautas axiológicas que igualmente obrigam²²³.

Afasta-se, por isto, incompatibilidades ainda hoje apontadas entre planificação e formas reconhecidas de legislação. As leis de planejamento econômico, vistas com profundidade, são leis como quaisquer outras, não merecendo reparos a afirmativa de que "*a pesquisa que procura enquadrar a lei do plano numa nova categoria é claramente guiada pelo preconceito de que a lei deve ter necessariamente uma sanção*"²²⁴.

²²² Neste sentido, torna-se difícil compreender a afirmativa de Eros Grau quando considera paupérrimo o tratamento constitucional do planejamento na Constituição. A Ordem Econômica, p. 356.

²²³ É impressionante a observação de Cabral de Moncada, de que a área do planejamento é "*endereço da irredutível soberania*", mas que o juiz não deve aceitar isto como fatalidade, mas limitar tal poder pelos princípios gerais dos pressupostos dos atos administrativos de planejamento, combatendo as "*ilhas inacessíveis à colonização dos princípios básicos do Estado de Direito*"(op. sup. cit., p. 222).

²²⁴ Almiro do Couto e Silva, Problemas Jurídicos do Planejamento.

C. Formas e Evolução Legislativa

A forma jurídica típica, de regulação da atividade administrativa do planejamento, é a lei geral do planejamento, também chamada lei do plano, ou, simplesmente, plano. Naturalmente, seu formato depende da concepção e tipo de planejamento existente em cada ordenamento jurídico nacional.

Nos Estados Unidos, no qual o planejamento estatal na economia limita-se a simples diretivas de um órgão consultivo especial, o Conselho Científico, órgão de auxílio da Presidência da União, não tem o plano forma de lei, notando-se forte influência das grandes empresas, o que, por decorrência, a mais das vezes, resulta em diminuta relevância da planificação na atividade econômica²²⁵.

Na República Federal da Alemanha, circunscreve-se o plano às finanças públicas. O Governo seleciona despesas públicas a partir de objetivos políticos previamente fixados. Tal planejamento é instituído por lei, a chamada Lei para Favorecer a Estabilização e o Crescimento da Economia, datada de oito de junho de 1967, resultando numa esquematização quinquenal de despesas públicas. Nega-se, em geral, efeitos normativos, somente acarretando, seu descumprimento, a responsabilidade política do Executivo²²⁶.

A França possui a mais completa tradição jurídica em matéria de planificação econômica, através de uma estruturação que principia no nível decisório e segue na fase de execução do plano, o que garante uma boa possibilidade de controle da jurisdição administrativa, quanto a responsabilidades na sua execução.

²²⁵ Apud Charles Bettelheim, citado por Luis S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 22. No entanto, deve-se ler a observação com cautela, visto que os poderes do Federal Reserve, considerados às vezes superiores aos da Presidência, são utilizados como forma de planejamento da expansão econômica e da inflação.

²²⁶ Luis S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 27.

Nela, igualmente a função administrativa tem previsão constitucional. Conforme a Lei de quatro de agosto de 1962, o plano é submetido à apreciação do Parlamento, na forma de projeto de lei, que deverá conter as principais opções aptas a comandar a sua elaboração, a ser aprovado ou rejeitado em bloco. Sancionada a lei, o Primeiro-Ministro redige um relatório a ser discutido por um Conselho Interministerial e aprovado pelo Conselho de Ministros, passando depois ao Conselho Econômico Social, órgão previsto na Constituição, o qual, sobre ele, emite parecer. Detalhado desta forma, o plano volta ao Parlamento, para aprovação final. Destaca-se igualmente, na sua execução, o Comissariado Geral do Plano, outro organismo administrativo sob autoridade direta do 1º Ministro, cuja função é concertar a participação dos vários interesses econômicos nesta fase executiva²²⁷.

O Brasil tem uma estruturação jurídica, no plano normativo, similar à francesa, embora bem mais simplificada. A planificação geral é instituída em Lei²²⁸, cujos termos são, no entanto, cuidadosamente vazados para não gerar direitos subjetivos. Assim, as prioridades e metas contêm-se em anexos ao documento legal, destacando o art. 1º do texto, no qual o caráter normativo é expressamente negado. Por outro lado, o Poder Executivo fica com amplos poderes para fins de alterar indicadores, ações e mesmo metas, essas últimas apenas condicionada à inalterabilidade dos recursos orçamentários. Em verdade, a análise cuidadosa da atual legislação brasileira demonstra uma depreciação do planejamento, que ao contrário de conduzir o orçamento é, por ele, condicionado.

A rápida observação dos países que adotam o plano demonstra que o mesmo é mais desenvolvido, inclusive juridicamente, quando tem assento constitucional a função planificadora, apta, conforme estudiosos, por si só, a gerar direitos subjetivos²²⁹.

²²⁷ Luís S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 30-31.

²²⁸ Na atualidade a Lei nº 9.989, de 21 de julho de 2000.

²²⁹ Luís S. Cabral Moncada, op. sup. cit., p. 50.

O surgimento das leis de planificação econômica gerou viva polêmica quanto à natureza jurídica da própria legislação. Num primeiro momento, chegou mesmo a ser negado seu efeito normativo e, a partir da manifestação contundente de Jean Rivero em sentido contrário, os adeptos desta tese refugiaram-se na antiga divisão entre leis em sentido material e leis formais.

Ainda assim, a dicotomia assemelha-se insatisfatória. A própria divisão sofre hoje, sem rebates consistentes, a crítica de não conseguir comportar os esquemas legislativos existentes, sendo própria de um modelo de Estado liberal onde a atividade da administração pública não ostentava, ao menos como prioridade explícita, uma estruturação equitativa da sociedade a partir da lei. Consoante diz Cabral de Moncada, ainda uma vez com impressionante propriedade, "*no Estado de Direito liberal não existia a preocupação de aferir a juridicidade das matérias a que se ia estendendo a atividade estadual, embora à custa dos conceitos consagrados. A preocupação que dominava os juristas era só a de respeitar o sistema vigente de repartição de competências entre o Legislativo e o Executivo, evitando que as pedradas perturbassem a calmaria do charco*²³⁰".

A concepção contemporânea do Estado cambia essa situação, alterando-se, por decorrência, a noção de lei e até mesmo, em casos extremos, a serem vistos cuidadosamente, a reserva legal. Ainda que não se possa concordar integralmente com a afirmativa de que lei material é, hoje, toda aquela que submete a uma regulamentação jurídica um determinado domínio da vida social²³¹, e "*tout court*", sem dúvida alguma o campo legislativo encontra-se extraordinariamente ampliado, na direta proporção em que ampliado está o rol de tarefas do Estado Social e mesmo do Estado pós-moderno.

²³⁰ Op. sup. cit., p. 170.

²³¹ Ferrarese, Maria Rosaria. *Diritto e Mercato*, Torino, Giappichelli, 1992. p. 8.

Assim, passado o primeiro momento de perplexidade, circunstância absolutamente natural diante de um fenômeno novo, a maioria dos doutrinadores inclina-se em não ver na legislação planificadora ineditismo quanto à tipologia comum²³², sem embargo de parecer mais pertinente a visão de Laubadère, de tratar--se de lei "*sui-generis*"²³³, percepção mais adequadamente sintetizada por Forsthoff como sendo uma síntese de lei e atos administrativos, contendo na primeira parte princípios gerais e na última soluções materiais para situações concretas e bem definidas²³⁴.

A discutida natureza previsional do Plano, cuja descoberta levou Rivero a considerar a norma jurídica do planejamento como uma sorte de "*aventura criadora de formas jurídicas*"²³⁵, bem vistas as coisas, não se diferencia, em termos qualitativos, da própria função normativa legal, sempre voltada ao futuro, através do comando do "dever ser" que faz parte de sua essência.

Por outro lado, atos administrativos gerais, cujos destinatários são uma pluralidade não individualizada de cidadãos, matéria que inicialmente causava a mesma estranheza, pertencem hoje ao jargão comum do Direito Administrativo, como ao Direito em geral, na atualidade, não representa estranheza a subjetivação de coletividades ou mesmo de indivíduos indeterminados. Por outro lado, a ampla flexibilidade de que é dotada a Administração, para fins de executar o plano, inclusive retificando metas inicialmente apresentadas no conjunto legislativo, gera outra característica própria desses atos administrativos, que admitem revisão fora dos casos estritos de ilegalidade.

²³² Neste sentido Luís S. Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 187.

²³³ Laubadère, op. sup. cit., p. 113.

²³⁴ Almiro do Couto e Silva,. A Responsabilidade do Estado no Quadro dos Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, Revista Forense, nº 278, p. 368-370, tese aprovada no III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Canela RS, anais, 9/81. p. 369.

²³⁵ Rivero, Le Plano Monnet, p. 130.

Resta perquirir, neste ponto, se a legislação planificadora é unicamente aquela contida na lei geral do plano, ou se a planificação, nos países em que o ordenamento jurídico expressa ou implicitamente atribui essa competência à Legislação, é uma função apta a ser exercida por distintas leis, ou outros instrumentos normativos que podem coexistir no mesmo tempo e espaço.

Inclinamo-nos pela segunda resposta. Uma vez identificadas as características gerais da função administrativa de planejamento e o documento normativo que as contém, nenhum óbice jurídico pode impedir que existam planos ou planificações distintas, conforme as finalidades institucionais, previstas na Constituição, para o próprio exercício desse poder²³⁶.

D. Limites e Dimensão Pós-Moderna

Limitam a função de planejamento os direitos fundamentais²³⁷, em qualquer hipótese, bem como os princípios gerais do sistema econômico adotado, implícita, ou explicitamente, pelo ordenamento constitucional interno²³⁸.

A matéria relativa aos direitos fundamentais dispensa maiores comentários, na medida em que os mesmos, privilegiados nas Constituições contemporâneas e pós-modernas, salvo hipóteses excepcionalíssimas, representam barreira à qualquer ação estatal, seja ou não planificadora.

²³⁶ No mesmo sentido, Almiro do Couto e Silva, *Problemas Jurídicos do Planejamento*.

²³⁷ Luís S. Cabral de Moncada, *op. sup. cit.*, p. 50 e seguintes.

²³⁸ Washington Peluso Albino de Souza, *Direito Econômico do Planejamento*, Revista da Faculdade de Direito de Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 18, p. 78-164. através de várias passagens; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 319 e Gaspar Ariño Ortiz, *Princípios de Derecho Publico Económico*, Granada Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 136.

No que diz respeito aos princípios gerais do sistema econômico, o assunto possui um referencial bastante claro, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do texto constitucional. O planejamento econômico administrativo jamais poderá ir ao ponto de impor uma conduta aos agentes privados, na condução dos negócios de sua iniciativa.

A imposição de conduta econômica, nos limites em que existe a liberdade de iniciativa, para fins de planejamento, implicaria em autêntica mutação da natureza do plano, de indutiva, em diretiva, contrariando expressamente a letra da Carta. Neste sentido, será sempre inconfundível o planejamento da economia, tal como emoldurado na ordem constitucional brasileira, com qualquer tentativa que implique na substituição do mercado²³⁹.

Afora esses limites, até mesmo pela defesa da racionalidade do mercado, sem a qual o próprio perderia sua justificativa teórica, é ampla a criatividade do administrador, não sendo a mesma possível de ser combatida, no nível jurídico, em nome do princípio puro e simples da livre iniciativa²⁴⁰.

Neste exato sentido merece integral transcrição a seguinte passagem da monografia de Cabral de Moncada: "*A razão de ser das liberdades econômicas privadas não é tanto a liberdade de empresa como noção teórica e abstrata, quanto o funcionamento racional das leis de mercado. Por sua vez, nem sempre a planificação afeta as liberdades econômicas, pois estas não existem às vezes por causa do mercado, deixando este de ser princípio exclusivo da racionalidade econômica*"²⁴¹.

²³⁹ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 318-319.

²⁴⁰ Udo Reifner, *The Lost Penny - Social Contract Law and Market Economy*, em *From Dissonances to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Thomas Wilhelmsson e Samuli Hurri, Aldershot, Ashgate Publishing, 1999 p. 170 e Taylor Graham, *State Regulation and the Politics of Public Service*, Ashgate Publishing, London-N. York, 1999, p. 27.

²⁴¹ Citado por Pablo Gentili(org.), *Globalização Excludente*, Petrópolis, Vozes, 3ª edição, 2000. p. 62.

O controle jurisdicional quanto aos limites da planificação administrativa é matéria de extrema dificuldade, levando em conta a circunstância de que é muito difícil distinguir a atividade administrativa da atividade política, no exercício desta função, onde remanesce muito do que se considera a área irredutível da Soberania.

Todavia, encontram-se hoje superadas as noções que consideravam as normas gerais da planificação como dotadas de conteúdo meramente programático, incapazes de gerar qualquer efeito de natureza jurídica.

No Brasil, desde a obra pioneira de Washington Peluso Albino de Souza, até os recentes trabalhos de Eros Grau, existe consenso no sentido das leis de planificação não traduzirem disposições meramente programáticas. Há igualmente consenso, no sentido de que as disposições da planificação comprometem a responsabilidade do administrador e podem gerar direitos aos particulares que decidiriam adaptar-se ao plano²⁴².

A própria discricionariedade da atuação administrativa é questionada, no sentido de serem, as normas de planificação, muito mais apropriadas aos conceitos jurídicos indeterminados, que à liberdade discricionária do administrador, na proporção em que cumprem objetivos constitucionais de alta envergadura, suficientemente explicitados pela própria Constituição.

O enfoque das leis de planificação como sendo redigidas mediante conceitos jurídicos indeterminados, conforme vimos acima, permite a cognição jurisdicional, algo que a discricionariedade em princípio afasta (salvo a demonstração, por "*diabolica probatio*", do desvio de poder).

²⁴² neste sentido, sintetizando e acrescentando a todos, Almiro do Couto e Silva, A Responsabilidade do Estado no Quadro dos Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento.

Esta inovação conceitual merece ser repisada, porquanto pode passar por ela o reviver da planificação estatal, relegada a segundo plano, no Brasil e em vários países, na época pós-moderna. No poder discricionário há indiferença legal quanto às soluções encontradas pelo administrador. Nos conceitos indeterminados só há uma solução e várias formas de realizá-la, podendo o administrador estabelecer tais formas, desde que atento ao mesmo objetivo.

As soluções discricionárias são sempre individuais, enquanto que nos conceitos indeterminados a identidade de casos inexoravelmente conduz à igualdade de soluções²⁴³, propiciando alegações de erro de fato, erro de direito, violação da isonomia e da imparcialidade, sem embargo do sempre invocável desvio de proporcionalidade do ato.

O erro poderá existir e ser sancionado, na execução do plano, quando o objeto e o pressuposto do ato administrativo de execução contraria a norma geral com a qual deve conformar-se, no campo da realidade fática(erro de fato), ou quando existe equivocada qualificação jurídica dos fatos sobre os quais trabalha o administrador(erro de direito).

A igualdade pode ser violada, quando a norma jurídica, na sua interpretação, assume um conteúdo que não é geral e abstrato, impondo, a uma ou a determinadas pessoas, sacrifícios maiores que aqueles arcados pela comunidade em geral, em virtude da ação administrativa.

A lesão à imparcialidade ocorrerá se o agente administrativo, quando da execução da lei do plano, poderá nortear-se por interesses que não esgotam o quadro de interesses públicos, baseando sua decisão em interesses irrelevantes para o caso em concreto²⁴⁴.

²⁴³ Cabral de Moncada, op. sup. cit., p. 247-248.

²⁴⁴ Essas formas de controle são uma vez mais, com amparo na doutrina de Direito Administrativo germânico, desenvolvidas por Cabral de Moncada, em sua já tão citada obra. p. 260-175.

Os interesses privados jamais podem, em países de moldura constitucional igual à brasileira, deixar de ser levados em conta, em conexão com o interesse público, concreto que anima a decisão do agente administrativo. Da mesma forma, como em qualquer ato administrativo, o "*error in procedendo*" desencadeia a própria invalidade do ato.

O paradigma clássico da preocupação do controle jurisdicional reside nas hipóteses de execução do planejamento administrativo, em prejuízo de interesses concretos de particulares. Ainda é praticamente inédita a investigação jurídica a propósito da obrigação do administrador de promover o próprio planejamento ou, uma vez este ingressando no campo normativo, executar aquilo que recebeu as roupagens da coercibilidade jurídica.

O que se pode dizer, numa monografia deste tipo, em relação a tal matéria, é de que nada existe que excepcione a responsabilidade jurídica do administrador, no que condiz com a necessidade de propor planejamento e, uma vez determinado o plano, executá-lo. Ao contrário, parece haver consenso que o exercício dessas funções configura poder-dever do Estado²⁴⁵.

As dificuldades quanto à viabilidade prática da cognição judiciária, neste ponto, residem basicamente na análise das formas processuais aptas a levar à responsabilização que, no campo material do Direito, existem. O quase absoluto ineditismo do tema, na jurisprudência, reside na circunstância de que a sociedade civil não conscientizou a subjetivação do direito ao planejamento que tem, algo que, aqui se alvitra, está prestes a ocorrer. No momento em que esta circunstância ficar perceptível, a criatividade dos juristas e a coragem dos juízes fará sua parte.

²⁴⁵ Eros Roberto Grau. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, , p. 318.

Este tempo parece próximo, como tensão dialética ao declínio do planejamento estatal, fruto das tendências da pós-modernidade, grosso modo englobadas sob o rótulo do neoliberalismo. Quanto mais parece o Estado afastar-se da planificação, reduzindo-se ao controle dos meios monetários de expansão²⁴⁶, mais começa a cobrança, inicialmente política, pelo abandono da Soberania no planejamento econômico nacional.

Quem não planeja, conforme afirmou o economista brasileiro Celso Furtado, é planejado²⁴⁷, idéia que em estudo recente encontrou eco jurídico em Marçal Justen Filho, ao explicar este que o apelo à desestatização e à desregulamentação é realizado em nome do princípio da eficiência, visto que a ausência deste predicado, na ação estatal, gera pobreza e frustração de direitos, o que legitimaria, aparentemente, o afastamento do Estado na área econômica, a ponto do Estado poder vir a ser substituído pela empresa, sem que a sociedade se dê conta²⁴⁸.

A assunção de um papel passivo no desenvolvimento econômico implica, em última análise, no abandono do conceito de Soberania, sendo que esta noção, como visto, mesmo colonizada pelo Direito, nem por isto desapareceu como fato em toda a comunidade que tem a possibilidade, ainda que formal, de auto-organizar-se.

Por sua vez, a planificação econômica abandonou o campo da vida pública e reina hoje, de forma até exagerada, na iniciativa privada, onde as empresas bem estruturadas todas elas lançam mão de técnicas, avançadíssimas, de planejamento estratégico, demonstrando que esta função, longe de ser um sonho tecno-burocrático-estatal, corresponde a necessidade premente numa sociedade complexa como a pós-moderna²⁴⁹.

²⁴⁶ Tendência universal, atingindo, como explica novamente Cabral de Moncada, a própria França, que poderia ser considerada, de modo ampla, a pátria da planificação no Ocidente.

²⁴⁷ "Um Projeto para o Brasil" Rio de Janeiro, Saga, 3ª edição, 1968, p. 40.

²⁴⁸ Empresa, Ordem Econômica e Constituição, Revista de Direito Administrativo, 4-6, 1988, p. 128.

²⁴⁹ Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, O Planejamento na Economia Brasileira, Revista dos Tribunais, nº 659, 09/90, p. 19.

Conclusivamente ao ponto, pode-se dizer que o momento no qual se afirma a morte da planificação administrativa, em prol do livre jogo das forças do mercado, talvez seja o que mais evidencie a importância desta função pública, cuja necessidade tudo indica será realçada pela sua carência.

Uma rápida incursão pelo Direito positivo confirma o que acima foi dito. Tomando por referência as últimas duas décadas do século XX e o primeiro ano do século XXI, no Brasil, temos as seguintes leis e decretos federais sobre planificação, seja agrária, econômica, do meio-ambiente ou urbana:

a) 1980: Lei nº 6.803, estabelece regras para o zoneamento industrial nas áreas críticas da poluição e Decreto 85.118, cria o Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

b) 1981, Lei nº 6.938, estabelece a Política Nacional do Meio-Ambiente;

c) 1985, Decreto nº 91.766, cria o Plano Nacional de Reforma Agrária;

d) 1986, Decreto-Lei nº 2.283, plano econômico-monetário;

e) 1989, Leis nº 7.730; 7.764; 7.769; 7.774; 7.801; 7.843, planos econômicos-monetários e 7.762. Plano Nacional de Informática e Automação;

f) 1990- Lei nº 8.024, plano econômico-monetário; Lei nº 8.028, cria a Secretaria Nacional de Planejamento; Lei nº 8.031, cria o programa nacional de desestatização; Lei nº 8.074, lei de diretrizes orçamentárias de 1991;

g) 1993- Lei nº 8.697, plano econômico-monetário;

h) 1994- Lei nº 8.880, plano econômico-monetário;

i) 1995- Lei nº 9.069, plano econômico-monetário;

j) 1996- Lei nº 9.279, plano econômico-monetário;

l) 1997- Lei nº 9.456, lei de proteção dos cultivares;

m) 1998- Lei Complementar nº 93, cria o Fundo de Terras e de Reforma Agrária; Lei nº 9.605, lei de proteção ao meio ambiente e Lei nº 9.998, cria o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação;

n) 1999- Lei nº 9.811, Lei de Diretrizes Orçamentária de 2000 e Decreto nº 3.088, estabelece metas inflacionárias e política monetária para 2000-2003l

o) 2000- Lei nº 9.989, apresenta o Plano Plurianual para 2000-2003 e

p) 2001, Lei nº 10.257, estabelece Diretrizes Gerais de Política Urbana.

São ao todo, em 22 anos, 28 leis e decretos estabelecendo regras gerais de planificação, naturalmente secundadas por normas de menor hierarquia e atos administrativos daí decorrentes, em uma clara demonstração de que o planejamento administrativo longe está de ser debilitado, podendo ser discutível, tão somente, os limites de sua eficácia em decorrência de conjunturas que ultrapassem a possibilidade de atuação das administrações públicas nacionais.

V. Responsabilidade Administrativa no Exercício dos Poderes de Fiscalização e Planificação Econômicas

A. Introdução ao Tema e Perspectiva Comparada

Escassos são os registros jurisprudenciais sobre à responsabilidade no exercício dos poderes de fiscalização e planificação, sendo, em relação aos últimos, praticamente inexistentes²⁵⁰. O que se pode inferir da matéria são as tendências deduzidas dos lineamentos da responsabilidade administrativa extracontratual.

No que condiz com a planificação, a melhor abordagem brasileira está nos trabalhos de Almiro do Couto e Silva²⁵¹, que informam sobre algumas decisões alemãs e francesas. Afirma ele a dificuldade(embora não impossibilidade) da responsabilidade administrativa derivar somente do plano em si e a constrói a partir do seguinte pressuposto: *"Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo isso não acontece nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de alguns dos caminhos antevistos pelo plano, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. Deve-se esclarecer, porém, que a responsabilidade do Estado raramente poderá derivar do plano em si, estando geralmente ligada ao procedimento da Administração Pública na fase da execução do plano e aos atos concretos que pratica visando a esse fim²⁵²."*

²⁵⁰ Numa pesquisa junto à jurisprudência das cortes superiores na Alemanha(bastante limitada pela escassez das fontes); França(Conselho de Estado) e Brasil(Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal) foram encontrados um acórdão na Alemanha; dois do Conselho de Estado; um do Superior Tribunal de Justiça e dois do Supremo Tribunal Federal.

²⁵¹ A Responsabilidade do Estado.

²⁵² Com o que parece concordar, ao menos na conseqüência, Eros Grau, ao afirmar que o particular não pode responsabilizar o Poder Público por omissão, mas somente por ação. Grau, Eros Roberto. Planejamento Econômico e Regra Jurídica, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978. p. 239.

O jurista fundamenta sua opinião em lição doutrinária de Forsthoff; decisão do Tribunal constitucional alemão e várias do Conselho de Estado da França, o primeiro precisamente baseado na quebra da confiança, o segundo na falta do serviço público.

Difícil que é afirmar tendência, face à penúria da matéria prima jurisprudencial, opta-se por estabelecer a evolução histórica, do instituto da responsabilidade administrativa extracontratual; os pressupostos dessa responsabilidade e as hipóteses de seu descabimento, a fim de que se possa concluir se o exercício dos poderes estudados apresenta novidade ou especificidade em relação aos lineamentos gerais da matéria. Pela diversidade que abrange as hipóteses jurídicas reconhecidas, apresentar-se estudo comparativo do instituto na França e Brasil.

B. Evolução Histórica

a) França

Conforme a competência para decidir sobre os litígios entre particular e administração e segundo as regras de fundo que diferenciavam os atos de gestão dos atos de império, pode-se chegar a conclusões diametralmente opostas, sobre o ponto de partida da evolução da responsabilidade administrativa extracontratual na França.

Se partirmos da observação dos chamados atos de gestão²⁵³, cuja competência, para julgamento de litígios deles decorrentes, era dos tribunais judiciais, podemos dizer, como Jèze, que a administração era normalmente responsável, na forma do art. 1.383, Código Civil Francês²⁵⁴, por culpa.

²⁵³ A acepção utilizada, para esta clássica e superada definição, é a que estabelece, como atos de império, todos os atos de autoridade, poder público ou potestade pública, reservando como de gestão os atos normais de governo. A imprecisão faz parte do conceito. Em matéria de responsabilidade extracontratual, por atos de gestão eram entendidos aqueles de interferência do Estado na economia.

²⁵⁴ “Nos dois primeiros terços do Século XIX, civilistas e Corte de Cassação, na responsabilidade delitual da Administração Pública, normalmente aplicavam o regime civil (Aubry e Rau). Assim, em 1845 e 1854, por duas oportunidades, a Corte de Cassação responsabiliza, com base no Direito Comum, agente e Estado”(Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo III, p. 27).

Caso iniciemos pela noção de atos de império, observando as decisões a respeito das contendas deles decorrentes, na jurisdição administrativa, chegaremos à idêntica conclusão tirada por Rivero, Weil e Poyaud, no sentido de que a regra era da irresponsabilidade, visto que seu contrário, a responsabilidade, seria a antípoda da soberania, imanente ao Estado²⁵⁵. Desta maneira se julga no Conselho de Estado, em 1855.

A partir de 1873, a criação do Tribunal de Conflitos e o julgamento do caso Blanco divide a pré-história da história da responsabilidade administrativa extracontratual francesa.

O chamado caso Blanco atendia para a circunstância de haver sido uma criança ferida pelo vagão de transporte de uma fábrica estatal de cigarros. O pai do menor lesado pede, nos tribunais judiciários, a responsabilidade da comuna local, proprietária da fábrica. Suscita-se o conflito de competência. Finalmente, sentencia o Tribunal de Conflitos:

"considerando que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado pelos danos causados aos particulares pelos fatos que os seus empregados, no serviço público, causem, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil, na relação entre particulares; que tal responsabilidade não é geral, nem abstrata, mas tem regras especiais, variáveis segundo a necessidade de serviço, necessitando conciliar os direitos de Estado com os direitos privados; (...) A autoridade administrativa é competente para conhecer dos litígios²⁵⁶."

²⁵⁵ "A irresponsabilidade do poder público aparece, na primeira metade do século XIX, como consequência da Soberania. Isto era possível num Estado de atividades restritas." (Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Título V, p. 237-273). "Até 1870 (2º Império), a indenização era praticamente excluída. O Estado era irresponsável e os agentes apenas com autorização, raramente concedida, pelo Conselho do Estado, podiam ser acionados." Weil, Prosper et Pouyaud, Dominique. *Le Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 16ª edição, 1994, Paris. p. 110 e segs.

²⁵⁶ Cassin, R. e outros, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, 2ª edição, 1958, Paris. p.5

Afirma-se então que há responsabilidade; que ela não se rege pelo direito comum; que ela é variável, segundo as circunstâncias, e que ela se deduz junto aos tribunais administrativos.

Seria ainda o Tribunal de Conflitos quem, no mesmo ano de 1873, poucos meses após o caso Blanco, traçaria a hipótese da falta de serviço, ou falta decorrente do serviço, como fundamento da responsabilidade administrativa²⁵⁷.

O desenvolvimento da jurisprudência administrativa, sobre a noção de falta decorrente do serviço, e as exceções a essa regra constituem a base da noção de responsabilidade administrativa extracontratual no Direito Francês, que é geralmente pretoriana e excepcionalmente legal, comparecendo o texto da lei como forma de limitar a amplitude das decisões jurisdicionais, sendo também, segundo alguns autores, tendente a integrar-se nos amplíssimos limites da responsabilidade civil extracontratual do particular. Sintomática, neste ponto, é a lição de Teissier, presidente do Conselho de Estado, ainda no ano de 1906: "*as disposições do Código Civil são conseqüências da eqüidade. Dominam todo o Direito e são base da sociedade organizada*"²⁵⁸.

b) Brasil

Jamais o Brasil afirmou, legislativamente, antes do Código Civil, a irresponsabilidade administrativa extracontratual. Todavia, os textos constitucionais igualmente nunca deixaram clara a responsabilidade administrativa contratual.

²⁵⁷ No chamado caso Pelletier, julgado em 30.7.1873 (Cassin, R. Les Grands Arrêts..., p. 9 e seguintes).

²⁵⁸ Jèze, Gaston, op. sup. cit., p. 173-175. ?

A Constituição Imperial, em seu artigo(art.) 179, nº 29²⁵⁹, parecia atribuí-la aos empregados públicos, excluindo os entes administrativos. A mesma letra, praticamente, repete-se na Constituição Republicana de 1891, art. 82²⁶⁰, sem embargo do art. 60, "b", que dava ao Judiciário competência para julgar causas provenientes da indenização de prejuízos, propostas pelo governo da União contra particulares e **vice-versa**. A inexistência da vedação constitucional expressa, à responsabilização, permite, outrossim, que no patamar infraconstitucional o administrador adote a teoria do risco integral, para responsabilizar a União pelos valores entregues aos Correios²⁶¹.

A ausência de texto legal expresso, estabelecendo as hipóteses de responsabilização e seus pressupostos, levava, porém, à enorme vacilação jurisprudencial, no sentido da amplitude reparatória. Os arestos concessivos pareciam amparar-se na culpa "*in vigilando*", como fundamento da responsabilidade administrativa. Ainda assim, nos distúrbios provenientes da instalação republicana, principalmente em decorrência de operações militares, a solução, concessiva ou denegatória, variava em função da maioria ocasional dos tribunais, sendo regra a solução negativa à pretensão.

O Código Civil consagraria, no art. 15, com foros de generalidade, a responsabilidade administrativa extracontratual, das pessoas jurídicas de Direito Público, por atos de seus representantes que, **nessa qualidade**, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito, ou **faltando a dever prescrito por lei**, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

²⁵⁹ "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos."

²⁶⁰ "Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos."

²⁶¹ Decreto nº 7.653, 11.11.1909.

A hipótese legal era de inequívoca responsabilidade nos casos de culpa funcional, conforme comenta Beviláqua ao requerer a injustiça do ato, seja por omissão, seja por violação a um direito²⁶². No entanto, mesmo sob essa égide, votos vencidos de Pedro Lessa, Filadélfio Azevedo, Orozimbo Nonato e Amaro Cavalcanti, no Supremo Tribunal Federal²⁶³, ampliavam as hipóteses para a simples falta do serviço ou, mesmo, para o risco administrativo.

Interessante é ressaltar que a redação do Código Civil facultava a esdrúxula exegese, fruto de muito mal digerida lição da doutrina francesa sobre o assunto (e mesmo esta já ao tempo superada pela jurisprudência), no sentido de que a Administração não teria responsabilidade pelos atos criminosos dos seus agentes, como ocorreu em célebre julgamento do Supremo Tribunal Federal, em 1924, sobre os pedidos reparatórios decorrentes do bombardeio militar, em 1910, da cidade de Manaus²⁶⁴.

Ainda assim, em casos de menor sabor político, afirmava-se ou a teoria francesa da deficiência do serviço, ou mesmo do risco, atenuando-se ao máximo a noção de culpa.

²⁶² “As condições, para que se dê a responsabilidade civil da administração pública, em consequência dos atos de seus representantes, são as seguintes: (...) c) que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei ou por violação do direito. Definindo esse ato gerador de responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público, dir-se-á que é um ato ilícito do representante do poder público.” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Francisco Alves, 1ª edição, 1916, Rio de Janeiro, vol. I, p. 211).

²⁶³ Em relação à posição de todos esses ministros e juristas, bem como a evolução do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, é consulta imprescindível o voto do ministro Filadélfio Azevedo, no acórdão do Supremo Tribunal Federal de 12 de abril de 1943, encontrável por completo, no Diário da Justiça de 17 de junho de 1943, p. 21.600 e segs., assinalando o momento em que começa a reverter a posição dominante, que era a da irresponsabilidade administrativa.

²⁶⁴ O caso é sintomático, pelo seu nível quase escandaloso, conforme narra Aguiar Dias, “na manhã de 4 de outubro de 1910, foi a cidade de Manaus bombardeada pela flotilha do Rio Negro, sob o comando do capitão de corveta Costa Mendes, com o propósito de coagir o governador do Estado a deixar o poder. O bombardeio foi precedido de intimação feita pelo coronel Pantaleão Teles, inspetor da Região Militar, em nome do Governo Federal. (...) A ameaça transformou-se em realidade; a capital do Amazonas foi bombardeada, importando notar que o bombardeio começou, não à 1 hora da tarde, segundo afirmado na intimação, mas às 7 horas da manhã, e quando nem sequer as vidas ameaçadas podiam salvar-se.” O Supremo Tribunal Federal, ao julgar definitivamente a matéria, negou indenização aos prejudicados, em virtude do princípio da incapacidade criminal das pessoas jurídicas, sob o voto dominante do Ministro Artur Ribeiro, com voto vencido notável de Pedro Lessa (Da Responsabilidade Civil, Forense, 6ª edição, 1979, Belo Horizonte-Rio de Janeiro, vol. II, p. 261).

Esta tendência eclodiria no art. 194, da Constituição Federal de 1946, que torna as pessoas jurídicas de Direito Público interno civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, **nessa qualidade**, causem a terceiros, redação que atravessa as demais Constituições e desemboca no § 6º do art. 37 da vigente²⁶⁵, com o acréscimo, extraído de decisões jurisprudenciais nesse sentido, das pessoas jurídicas de Direito Privado, quando atuem as mesmas como prestadoras de serviços públicos.

Ao fim e ao cabo, a responsabilidade administrativa extracontratual, no Brasil, sem partir de uma posição negativa, evolui a partir de raros rasgos jurisprudenciais, que culminam por ser sintetizados em texto legal, mais precisamente a Constituição Federal. Cabe assim ao Direito Positivo o papel de construção do instituto, muitas vezes competindo, às decisões pretorianas, sua limitação. Ao final do século, pouco é possível esperar de avanço legislativo e muito é almejado quanto ao progresso da dicção dos Tribunais, mormente no concernente à responsabilidade oriunda de atos judiciais²⁶⁶; legislativos²⁶⁷ e pretensamente políticos, como o planejamento econômico, ao menos nas suas versões agrária e urbana.

C. Pressupostos

a. França

O dever administrativo indenizatório, nos casos de responsabilidade extracontratual, nasce, na França, a partir da conjugação de três pressupostos: **o dano, sua atribuição à pessoa, ligada à Administração, determinada ou determinável e a falta de serviço**²⁶⁸.

²⁶⁵ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

²⁶⁶ No que tange aos atos judiciais, esta previsão é expressa em artigo-conferência realizada por Rui Rosado do Aguiar Jr. (Ajuris, nº 59, p. 5 e seguintes). ?

²⁶⁷ Quanto à responsabilidade do Estado legislador, inobstante sobre ela haja uma inclinação doutrinária, conforme resenha realizada por Yussef Said Cahali, o desdobramento jurisprudencial do assunto é praticamente embrionário. Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982. p. 224 e seguintes.

²⁶⁸ Jean Rivero, op. cit., p. 237 e seguintes.

No que concerne ao **dano**, entende-se que o mesmo deve ser certo, via de regra atual e, se futuro, inevitável. Na sua concretização, deve estar ele singularizado ou particularizado. Acima de tudo, anormal, o que significa dizer que deve exceder os inconvenientes normais de funcionamento do serviço público. Isto no que condiz com seus aspectos intrínsecos. Extrinsecamente, pode postular sua indenização o particular que esteja numa situação juridicamente protegida, o que significa dizer que descabe pretendê-lo quando o postulante estiver em uma situação ilegal.

Indeniza-se o dano moral desde 1931, sempre que ele traduza um prejuízo pessoal, materialmente constatável. Destarte, em novembro de 1931, o Conselho de Estado deferiu o dano moral no caso Frantz e demoiselle Charny, protegendo a reputação artística do ator; em 1936, a mesma Corte admitiu a postulação em virtude de dano à reputação intelectual e artística; em 1942, admitiu idêntica postulação, face à existência de sofrimentos psíquicos excepcionais(Morelli) e, em 1949, igualmente acolheu o dano moral sob a feição estética, em virtude de ferimentos faciais da postulante(caso dame Durande). Ainda assim, em todos esses casos, o Tribunal vacilava em conceder a indenização pelo chamado dano moral puro, o que somente veio a fazer em 1961, no caso Letisserand, que, a partir de então, tornou-se paradigma²⁶⁹.

A **atribuição determinada** (ou imputabilidade) satisfaz-se com a causalidade direta²⁷⁰, inobstante tal linha comporte abrandamentos, em virtude da adoção da teoria da causa eficiente²⁷¹.

²⁶⁹ Acórdão de 24.11.61, publicado oficialmente em 1962, no repertório oficial do Conselho de Estado, na p. 34, citado por Jean Rivero, em sua obra, enquanto exemplo de admissão de dor moral como fundamento, de per si, para indenizar.

²⁷⁰ O dano deve se atribuir ao fato da pessoa pública. Elimina-se, assim: a reparação do dano indireto (o Conselho de Estado, no caso Roset, em 16.2.45, afastou a causalidade indireta), embora isto seja visto com liberalidade, nos dias de hoje”(Jean Rivero, op. sup. cit., p. 238).

²⁷¹ Ou causa determinante, qual seja aquela, conforme Atilio Alterini, recolhendo lição pioneira de Binding e Birkmeyer, que, eliminada da sucessão causal, certamente implicaria na ausência de dano (Incidência del mero hecho en la ruptura de la relación causal, na obra coletiva La Responsabilidad Alterini, Atilio Anibal e outros. La Responsabilidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 389).

Emblemática, no caso, é a indenização deferida, em virtude de fuga de detento de estabelecimento penitenciário, na qual se admite como eficiente para causar o dano a falta de vigilância do Estado quanto à pessoa que estava sob sua custódia.

O toque distintivo da doutrina francesa, sob responsabilidade civil extracontratual, sem dúvida alguma repousa na teoria da falta de serviço. Pode-se dizer que esta é, verdadeiramente, a regra que comanda o detonar do dever indenizatório, nos casos em que esta questão é colocada, perante os tribunais administrativos.

Entende-se por falta de serviço a deficiência do funcionamento normal da Administração, dentro daquilo que cabe na incumbência de um agente de serviço, sem que esta falta não possa ser atribuída, ao mesmo agente, de forma pessoal e intransferível. A distinção entre falta de serviço (execução imperfeita, incompleta ou defeituosa do serviço público por um agente) e falta do serviço (execução estruturalmente defeituosa do serviço) não é reconhecida, subsumindo-se esta naquela, quando nas hipóteses de **evidente omissão ou anormalidade**²⁷².

A falta de funcionamento do serviço, para que o juiz a pronuncie, deve ser encontrada nas circunstâncias concretas, não na norma, abstratamente considerada. Toma-se em conta, portanto, as dificuldades da prestação de serviços, o que torna a responsabilidade administrativa uma regra relativa, jamais absoluta, como se fosse uma sorte de crítica política ao poder administrativo. Neste aspecto, o grande apego gaulês à teoria da separação dos poderes evidencia-se de forma iniludível²⁷³.

²⁷² Jean Rivero, op. sup. cit., p. 238.

²⁷³ A observação, a este propósito, é igualmente realizada por Jean Rivero, complementando-se com exposição em igual sentido de Jacqueline Morand-Deville, ao afirmar que "*tanto que as atividades em causa sejam particularmente delicadas no exercício, uma falta grave pode ser exigida.*" (Cours de Droit Administratif, Montchrestien, Paris, 1991, p. 605).

Apontam-se cinco características da falta de serviço, a) irrelevância do caráter do ato; b) independência relativa da legalidade; c) independência das conseqüências penais; d) afirmação, da omissão, nos casos graves e e) subdivisão em leves, graves e gravíssimas²⁷⁴.

A irrelevância do caráter do ato prende-se à diferenciação dos atos da Administração entre atos jurídicos e atos materiais ou políticos²⁷⁵. Esta distinção, para lá de discutível nos limites de um Direito Administrativo fulcrado na noção moderna do Estado de Direito, no qual os atos materiais ou políticos normalmente desembocam nas categorias dos atos administrativos discricionários ou atos de conteúdo jurídico indeterminado, começa por não ser aceita, hoje, no que tange à responsabilidade administrativa extracontratual, onde tanto uns quantos outros podem gerar o dever de reparar, na medida em que não afastado o pressuposto no qual se baseia esta obrigação.

Embora possa parecer paradoxal, na verdade a independência da legalidade é pressuposto quase automático do instituto da reparação, visto que o agir ilegal, imemorialmente, sempre gerou o dever reparatório. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial precisamente nasceu em contemplação ao ato ao menos formalmente legal que, todavia, culmina por gerar danos. Afirma-se aí a independência da doutrina da falta de serviço, porquanto inobstante permitido, por lei, o ato danoso, é nos detalhes de sua execução e no prejuízo que ele causa, de forma distintiva, a uns ou alguns, que se radica a pretensão indenizatória.

²⁷⁴ "A falta de serviço é a) independente do caráter material ou jurídico do ato; b) é relativamente independente da legalidade (pode haver esta, formal, sem haver aquela); c) é independente da característica pessoal; d) pode afirmar-se por omissão; e) é gradual (leve, grave, manifesta e excepcionalmente grave" (Rivero, Jean., op. sup. cit., p. 230)

²⁷⁵ Tome-se, para fins de compreensão, os conceitos enciclopédicos de Cretella Jr.: "Em sentido formal ou orgânico, são atos administrativos todos aqueles que emanam do Poder Executivo, da administração. Em sentido material, são atos administrativos todos aqueles por meio dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para que tais situações se formem (...) Ato político é aquele que promana do governo, no exercício do poder político." (Tratado de Direito Administrativo, vol. II, p. 121).

Diz-se que a mesma é relativa, porquanto o ato legal, que gera um prejuízo genérico, a todos os cidadãos, não é considerado falta de serviço.

A independência das conseqüências penais significa uma evidência da característica anteriormente apontada, da relativa independência da legalidade. Não é, tão somente, falta de serviço, aquela que gera conseqüências penais para o praticante do ato, que pode ser penalmente inofensivo, para seu agente, e, mesmo assim, gerar o dever indenizatório.

As duas últimas características apontam para o caráter gradualista da construção. Este caráter, tanto se pode manifestar, no que tange ao próprio surgimento do dever de indenizar, como é o caso da omissão, evocável nos casos de falta grave ou gravíssima, quanto pode transparecer, no momento de fixar a indenização, que será escalonada segundo tratar-se de falta leve, grave ou gravíssima, classificação por suposto pretoriana.

Dividem-se os autores sobre o grau predominante da falta. Prosper Weil entende que a regra é a falta grave, até mesmo para evitar a existência de leis que excluam a responsabilidade, como contrapartida necessária à agilidade administrativa²⁷⁶. Jean Rivero a faz diretamente proporcional à complexidade dos serviços, o que significa dizer que quanto mais complexo o serviço, mais grave deve ser a falta, que gere a obrigação reparatoria²⁷⁷. Modernamente, simbolizando uma evolução, Jacqueline Morand-Deville entende que a falta exigida, em regra, é leve, sem prejuízo do critério de proporcionalidade esposado por Jean Rivero²⁷⁸.

²⁷⁶ "Mas a exigência de uma falta grave tende a voltar (Conselho de Estado, Époux, V, 1992), para serviços que funcionam em condições delicadas (polícia, luta contra fogo, fiscalização sobre serviços públicos descentralizados), embora combinada com muitas exceções. A teoria da falta grave permite que não haja leis excluindo a responsabilidade (op. sup. cit., p. 112)."

²⁷⁷ "Certos serviços só acarretam responsabilidade se a mesma é, no mínimo, grave (polícia, salvo burocracia e armas; bombeiros; médicos; administração fiscal)." (op. sup. cit., p. 243).

²⁷⁸ "A falta exigida é, em regra geral, uma falta simples, mas tanto que as atividades em causa sejam particularmente delicadas no exercício, uma falta grave pode ser exigida." (op. sup. cit., p. 605).

São exemplos jurisprudenciais de falta de serviço simples: lentidão administrativa no atendimento de uma reclamação; instalações desportivas defeituosas; suicídio de um adolescente internado em instituto de reeducação e salva-vidas distantes do local dos banhos.

Ilustram a falta de serviço grave aquelas que ocorrem nos estabelecimentos hospitalares, serviços policiais, serviços penitenciários e serviços de correio, sendo que, nos serviços policiais, entendem-se como excepcionados os acidentes com armas de fogo, nos quais a afirmativa da falta é enquadrada nos limites das faltas leves.

Cumprе salientar que nem sempre com base na falta de serviço é declarada a responsabilidade administrativa. Casos há em que seria violência teórica conceber a existência de tal pressuposto e, mesmo assim, afirma-se o dever administrativo reparatório, demonstrando que o conceito não é suficientemente abrangente para acolher todas as hipóteses em que o imperativo jurídico comanda o dever reparatório.

Nestas hipóteses, doutrina e tribunais administrativos fundamentam este efeito com base na teoria do risco administrativo, que adiante, na análise dos pressupostos da responsabilidade no Direito Brasileiro, será melhor esmiuçada, como derivativa da aplicação do princípio da isonomia, no que condiz com o sacrifício a ser suportado pelos particulares, no desenvolvimento e prestação dos serviços públicos.

Esclarecendo, exemplificativamente, sem apego à teoria da falta de serviço, afirma-se a responsabilidade, com base no risco administrativo, nos casos de acidentes de trabalho sofridos por funcionários públicos; acidentes ocorridos, vitimando servidores, em decorrência do regular desenvolvimento de coisas ou técnicas perigosas e danos sofridos por particulares não usuários por obras públicas.

A igualdade perante a Administração, de forma pura, declara-se pelos danos decorrentes da inexecução de decisões judiciais; em face de medidas excepcionais de ordem econômica e social e por efeito de prejuízos verificados por particulares e causados por delinqüentes ou infratores sob regime de serviços penitenciários e educacionais abertos. Nestas hipóteses excepcionais, reclama-se dano anormal e especial²⁷⁹.

b. Brasil

Exige-se, para que se afirme, tão somente o dano ao particular causado por agente público²⁸⁰, relação que se estabelece de forma mais simplificada que em França, haja vista a aceitação da teoria do risco administrativo²⁸¹, risco este criado em decorrência da aplicação do princípio da isonomia legal²⁸², considerado o conjunto de cidadãos e o Poder Público.

²⁷⁹ “Exceções à teoria da falta grave: são estabelecidas com base no princípio da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos. São casos: 1) desde o século XIX, a solução é aplicada aos danos causados aos não usuários, pelos trabalhos em obras públicas. 2) também aplicada no caso de indenizar os colaboradores lesados pelos serviços públicos, mesmo sem falta (Cames, 1895, Conselho de Estado e Commune de Saint-Priest-la Plaine, Conselho de Estado, 1946); 3) vítimas dos serviços que empregam armas ou engenhos perigosos ou trabalham em condições perigosas (Conselho de Estado, Regnault, Desroziers, 1919; Conselho de Estado, Lecomte, 1949 e ainda Conselho de Estado, Bianchi, 1993); 4) medidas administrativas que rompem de forma manifesta o equilíbrio diante dos encargos públicos, sem que a medida em si seja apreciada (Conselho de Estado, Couitéas, 1923). Pode ser uma lei (Conselho de Estado, La Fleurette, 1938) ou uma Convenção Internacional (Conselho de Estado, Compagnie Generale d’Energie Radioélectrique, 1966).” (Prosper Weil, op. cit., p. 112.)

²⁸⁰ Lapidar, pela síntese, a este respeito, a definição de Caio Mário da Silva Pereira, evocada por Yussef Said Cahali, quando o civilista afirma que se indeniza “o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positive, o princípio de igualdade dos ônus e dos encargos, exige a reparação.” (Responsabilidade Civil do Estado, p. 29)

²⁸¹ “A teoria do risco, sem qualificações, conduziria necessariamente à responsabilidade objetiva em sua plenitude, com a dispensa de qualquer pressupostos de falha do serviço, ou culpa anônima da administração. na verificação do evento danoso. E se mostra compatível - essa teoria do risco - com o caráter publicístico que se irrogou à responsabilidade civil do Estado.(...) A concepção publicística da responsabilidade civil do Estado - em cujo êxito tanto se empenharam os administrativistas - na medida em que consagra a responsabilidade objetiva do organismo estatal, degenera desenganadamente e sem paliativos, na adoção da teoria do risco, risco criado pelas atividades normais ou anormais das atividades da Administração; mostra-se assim incompatível com a concepção da faute du service, com a culpa anônima da administração, como causa da responsabilidade civil do Estado, na medida em que esta nada mais é que uma transposição e adaptação no âmbito do direito público, de uma concepção privatística por excelência.”(Cahali, Said, op. sup. cit., p. 27)

²⁸² Desenvolvida inicialmente no Brasil por Pedro Lessa, que a jungia ao risco administrativo e que a define da seguinte forma: “Desde que um particular sofre um prejuízo, em consequência do funcionamento (irregular ou regular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida. Aí temos um corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.” (Do Poder Judiciário, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915, 2º milheiro, p. 165, Do ponto de vista lógico, a igualdade dos ônus e encargos é mais abrangente que o risco administrativo.

Em cotejo com a teoria vigente na França, estabelece-se uma simplificação, sem dúvida nenhuma vantajosa ao particular. No entanto, convém ter atenção para o fato de que, na prática, muitas das categorias utilizadas na França, para dirimir questões desta natureza, acabam retornando na linguagem efetiva dos Tribunais brasileiros, quando julgam litígios sobre o assunto.

O dano indenizável deve ser certo, se atual e, se futuro, inevitável. Convém aqui, todavia, ter cuidado, caso se deseje ir além de generalidades insuscetíveis de confirmação prática. A ilicitude do ato, que não é fundamento da responsabilidade, retorna quando se observa o pressuposto do dano reparável, na medida em que o dano normal, corriqueiro, ordinário, somente é indenizável nos casos de ato ilícito.

Nos casos de ato lícito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando pedido de reparação decorrente de movimento comercial reduzido, pelas obras de metrô, denegou a reparação, fundamentado no prejuízo geral, insuscetível de comportar-se dentro de qualquer teoria que ampara a reparação do dano administrativo, no Direito brasileiro²⁸³.

A partir da Constituição Federal de 1988, perdeu sentido a "*vexata quaestio*" referente à reparabilidade, ou não, do dano moral, que passou a ser corriqueiramente indenizado, dentro dos mesmos pressupostos com que é concedida a reparação, em casos entre particulares²⁸⁴.

O segundo requisito é o nexos causal, matéria de escassos estudos na literatura jurídica nacional.

²⁸³ É o ponto de vista de Caio Tácito e Sahid Cahali (Cahali, op. sup. cit., p. 44). O assunto é melhor desenvolvido, por nós, logo a seguir.

²⁸⁴ O art. 5º, V, da Carta de 1988, assegura aos particulares a indenização por dano material, moral ou à imagem. O dispositivo que trata da responsabilidade civil extracontratual fala da reparação de danos, abarcando, tanto quanto corriqueiramente vem reconhecendo a jurisprudência, danos materiais e morais.

Vagamente, os autores pátrios mencionam a necessidade da objetividade, ou seja, da relação direta e imediata, passando ao largo do debate que o assunto acarreta, na Europa e mesmo na América Latina, a exemplo do Direito Argentino²⁸⁵.

A imputação pode ser objetiva, quer dizer sem necessidade da identificação de agente determinado. Contudo, caso esta exista, pode ser feita a qualquer agente público que, em sentido amplo, haja de algum modo contribuído para o cometimento do ato danoso²⁸⁶.

O fundamento principal reside no risco administrativo, que sujeita à Administração a indenizar, toda vez que alguém se vê prejudicado, de forma anormal, pela atividade daquela.

Muito já se discutiu sobre a extensão do risco administrativo indenizável. Autores mais modernos entendem ser esta uma falsa questão²⁸⁷. De toda forma, sempre que a omissão do Estado possa gerar prejuízos, apegam-se os doutrinadores ao fundamento da igualdade de todos perante a lei e, em decorrência, perante a Administração²⁸⁸.

²⁸⁵ A respeito do tema, o mencionado trabalho de Alterini, dá idéia do nível investigatório da matéria, na América Latina. Quanto à Europa, para uma síntese do atual estado de estudo do tema, consulte-se Antunes Varela. Das Obrigações em Geral, Almedina, Coimbra, 1991, 7ª edição, p. 879 e seguintes.

²⁸⁶ Assim já vinha sendo julgado, como se pode constatar do acórdão do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, encontrável na p. 490, nº 247, Revista dos Tribunais, ao tempo em que a Constituição falava de funcionário público. A atual Constituição menciona, de forma ampla agente público, acolhendo a posição jurisprudencial eloqüentemente manifestada na ementa do mencionado aresto, a saber: "*Representante do Estado é qualquer previsto que opere em nome do ente público ou exerça qualquer das atividades em que a Administração se manifeste.*"

²⁸⁷ A adoção da responsabilidade objetiva do Estado levou alguns autores a cogitar de uma nebulosa distinção entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo (...). A primeira representaria um sentido absoluto de responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades. A segunda admitiria isenção total ou parcial da responsabilidade, se fosse comprovada força maior ou participação da vítima no evento danoso. No entanto, autores que mencionam, em suas obras, a teoria do risco integral, para adotá-la, admitem a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois, em tais hipóteses, deixaria de haver o nexó de causalidade ensejador das responsabilização. Desse modo, parece inexistir diferença substancial entre o risco integral e o risco administrativo. Yussef Said Cahali, op. sup. cit., p. 100 e Odete Medauar, Direito Administrativo em Evolução, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992. p.401

²⁸⁸ Na medida em que parece artificial, muitas vezes, dizer que o Estado assume o risco de não haver agido, mormente naqueles casos em que sua conduta não decorre de um dever legal imediato.

Em linha de especulação, parece-nos que a teoria do risco administrativo, levada na mais pura acepção do termo, não teria lugar nos danos normais decorrentes de atos administrativos lícitos, enquanto que a teoria da igualdade de todos perante a lei acudiria, com mais conforto, aos particulares, nos danos anormais decorrentes dos atos administrativos lícitos.

D. Hipóteses de Inexistência do Dever de Reparar

Normalmente, os casos em que não comparece o dever indenizatório são sistematizados sob o título de causas de exoneração da responsabilidade.

Aceitamos, neste aspecto, a irretocável ponderação de Almiro do Couto e Silva, em várias exposições magistrais, no sentido da absoluta impropriedade conceitual do substantivo "exoneração".

Pressupõe o mesmo, à semelhança do instituto da imunidade no Direito Tributário, a impossibilidade jurídica, em virtude de norma legal prévia, da ocorrência de um fato gerador ou de suas conseqüências, como, por exemplo, os tributos sobre o livro, o papel e a revista.

Na matéria da responsabilidade administrativa extracontratual não existe esta norma legal prévia de irresponsabilidade. O que normalmente é conhecido, sob este título, é a ausência de um dos elementos do suporte material que constitui a Administração no dever de indenizar.

Em face disto, na ausência de terminologia melhor, mas caracterizando o abandono do título "exoneração", explicitamos a casuística que conduz à improcedência de um pedido reparatório sob o título de "hipótese de inexistência do dever de reparar".

a) França

A aceitação voluntária do risco, em atividades voluntárias, ainda que públicas; o dano causado exclusivamente pela vítima; a força maior e os prejuízos ocasionados por pessoas públicas estrangeiras pré-excluem a responsabilidade administrativa extracontratual, em França, porquanto não há que se falar em falta de serviço²⁸⁹.

A praxis francesa(doutrina e jurisprudência) não aceita a liberação do dever indenizatório, ao menos entendida esta como uma isenção da responsabilidade administrativa extracontratual, no sentido que se emprega tal expressão, no campo do Direito Tributário, ou seja: quando ocorrem os requisitos que fazem nascer o dever de indenizar, mas, em virtude de regra especial, deixam de acontecer as conseqüências do pressupostos, ou seja, a Administração fica isenta do dever de reparar os danos causados.

Neste sentido, as cláusulas que excluem do regime comum assumem um duplo significado.

O primeiro, mais notável, está no sentido de remeter a matéria aos tribunais judiciais²⁹⁰, onde a mesma será avaliada segundo as disposições da legislação comum, no que concerne à responsabilidade civil. Tal construção, via de regra, emana das decisões dos tribunais administrativos, podendo, por facilitação, serem denominadas hipóteses jurisprudenciais de causas excludentes do regime administrativo de responsabilidade.

²⁸⁹ Quanto à situação de risco aceito, veja-se Jacqueline Morand-Deville, op. sup. cit., p. 632. Os demais exemplos são dados por Jean Rivero, op. sup. cit., p. 265.

²⁹⁰ "A responsabilidade do Estado é autônoma, derogatória do Direito Civil, salvo quando a atividade é regida pelo Direito Privado" (Jean Rivero, p. 266).

O segundo reside nos regimes legais extravagantes, que dispõem de forma modificativa da regra geral, seja no sentido de remeter a competência da matéria para os tribunais judiciários, seja no intuito de tarifar os limites indenizatórios. À semelhança do Direito Inglês, a ação legislativa, nesta área, está no sentido de limitar o poder jurisprudencial quando este vai ampliando as fronteiras da responsabilidade administrativa extracontratual para além do desejado pelos ramos executivo e legislativo da Administração²⁹¹.

São hipóteses jurisprudenciais de exclusão, conduzindo, portanto, ao regime da responsabilidade comum (não da irresponsabilidade), as vias de fato; as faltas pessoais do agente e os serviços industriais e comerciais explorados pela Administração.

Entende-se, em França, para estes efeitos, as vias de fato como sendo as operações materiais que atentam contra a propriedade ou a liberdade, praticadas por agente público, maculadas de gravíssima irregularidade, totalmente à margem do Direito, e que, portanto, não podem ser consideradas faltas de serviço²⁹².

As faltas pessoais, igualmente excludentes do regime jurídico-administrativo, bem que poderiam ser enquadradas como subespécie das faltas materiais. É preciso considerar, no entanto, que sendo a doutrina da responsabilidade administrativa extracontratual tipicamente pretoriana, o método indutivo de sua construção doutrinária apanhou estágios jurisprudenciais e os converteu em princípios, nem sempre estes estando aglutinados dentro de uma rígida exposição lógica.

²⁹¹ "A responsabilidade administrativa é construção jurisprudencial. A lei apenas intervém para prever regimes especiais, derogatórios das regras gerais do Conselho de Estado. Ex: danos causados por veículos de propriedade da administração, pelos serviços postais, por atos de terrorismo, por transfusões de sangue" (Prosper Weil, op. sup. cit., p. 113).

²⁹² É a tese contida na obra de Prosper Weil, que acrescenta, a esta idéia, a circunstância de que "a teoria da falta grave permite que não haja leis excluindo a responsabilidade".

Neste sentido, a falta pessoal é caracterizada por atuação do agente administrativo, de forma totalmente discrepante daquela decorrente de suas atribuições²⁹³. Até 1911, enquadravam-se como faltas pessoais, ficando portanto na alçada dos tribunais judiciais, dentro das disposições do Código Civil, as pretensões indenizatórias de danos cometidos por agentes policiais, fora do período em que os mesmos estivessem em serviço, ainda que com o uso de arma integrante do patrimônio administrativo²⁹⁴.

Foi quando sucedeu-se o Caso Anguet²⁹⁵, a partir do qual estabeleceu-se sutil distinção. O acidente pode ser atribuído à falta pessoal, mas se esta ocorreu pela falta de funcionamento do serviço (deficiência de funcionamento), exsurge a responsabilidade administrativa.

Resume a doutrina, que a partir daí passou a ser acolhida, até transformar-se em dominante, a frase do conselheiro de Estado e futuro homem político francês Léon Blum: "*a falta destaca-se do serviço, mas o serviço não se destaca da falta*"²⁹⁶.

Hoje, os tribunais corriqueiramente aceitam a cumulação, da ação baseada na responsabilidade civil comum contra o agente, e da responsabilidade administrativa extracontratual contra a Administração, cada vez que a falta pessoal não está desprovida de todo o liame que a jungiria ao serviço público, como quando a Administração fornece os meios pelos quais o agente pratica a falta.

²⁹³ Lafèrriere, antigo presidente do Conselho de Estado, a definia, em termos literários, como aquela cometida pelo "*homem com suas paixões e seus motivos pessoais*".

²⁹⁴ Conforme Jacqueline Morand-Deville, op. sup. cit., p. 605.

²⁹⁵ Julgado pelo Conselho de Estado, em 03.02.1911 (vide Les Grands Arrêts, p. 93 e seguintes). Os fatos da causa podem assim ser resumidos: um particular foi preso e ferido por agentes de segurança pública (falta pessoal), quando saía de uma agência de correios, através de local cuja passagem era proibida, o que fazia em virtude do estabelecimento ter sido fechado antes da hora (falta do serviço). O Conselho confere à vítima o direito de escolha: ou pedir indenização ao agente, nos tribunais judiciais, ou à Administração, nos tribunais administrativos.

²⁹⁶ Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Sirey, 2ª edição, 1958, Paris, p. 94.

Registra-se aí sensível avanço, no sentido da própria expansão teórica do instituto, concebido como forma de proteger a cidadania, haja vista que a exclusão administrativa do pólo passivo, de substancial parte de delitos deste tipo, culminaria por deixar indenidos os prejuízos, face à insuficiência patrimonial dos agentes.

No que concerne aos serviços industriais e comerciais explorados pelo Estado, maior problema não existe no fundamento da distinção, aliás bastante antiga. Age, nestas circunstâncias, a Administração, como um particular, não sendo, a bem da verdade, seus atos, considerados como propriamente atos administrativos.

No que condiz com as hipóteses legais de exceção ao regime geral da responsabilidade corriqueiramente são apontadas quatro. As faltas cometidas pelos educadores²⁹⁷; os acidentes automobilísticos²⁹⁸; as infrações penais²⁹⁹ e os atentados decorrentes de atos de terrorismo³⁰⁰.

As duas primeiras hipóteses remetem a competência para o julgamento aos tribunais judiciários e a regência aos dispositivos da legislação comum, qual seja o Código Civil e a legislação extravagante. As duas últimas estabelecem tarifamento para a pretensão indenizatória, que é, no caso de infrações penais, de 40000 francos (cerca de dez mil dólares).

O Conselho de Estado vem admitindo a responsabilidade decorrente de ato legislativo³⁰¹, sob o interessantíssimo argumento de que não havendo exclusão legal, quanto ao dever de reparar, em virtude deste tipo de responsabilidade, não há qualquer motivo para denegá-la, devendo as pretensões serem concretamente analisadas.

²⁹⁷ Lei de 05.4.37.

²⁹⁸ Lei de 31.12.1957.

²⁹⁹ Lei de 03.01.1977.

³⁰⁰ Lei de 09.9.1986.

³⁰¹ Caso Fleurette (CE, 14.01.98) e nova decisão em 25.1.68, Conselho de Estado.

Tal argumento é diametralmente oposto ao que o mesmo tribunal utilizava, normalmente, para denegar solicitações neste sentido, e que era formulado no sentido de somente deferir indenização se lei houvesse que, nesses casos, expressamente deferisse o direito.

A inexecução de decisões judiciais já ensejou o dever administrativo reparatório³⁰². Foi, no caso, entendido que em virtude de razões de ordem pública pode ser descumprida ordem judicial, mas, simultaneamente, deve ser indenizado o prejuízo de quem dela teria se beneficiado.

No que concerne à responsabilidade administrativa em virtude do exercício da função jurisdicional, hipótese distinta daquela comentada imediatamente acima, a matéria vem evoluindo, do instituto da "*prise à partie*"³⁰³, para a responsabilidade administrativa do Estado.

O primeiro passo na evolução apontada deu-se com lei de 1895, que modificou o Código de Processo Penal, introduzindo, no artigo 446, deste último texto legal, o dever de indenização, pelo Estado, em favor do condenado que fosse declarado inocente em processo de revisão criminal.

Na área civil, dentro do regime comum, foi preciso que transcorressem 38 anos, após o primeiro passo, para que se admitisse a responsabilidade administrativa, em caráter subsidiário, quando houvesse dolo, fraude, concussão ou falta grave profissional, por parte do magistrado, no curso da instrução processual³⁰⁴.

³⁰² Caso Coutéas, Argélia.

³⁰³ Procedimento específico para a responsabilização pessoal dos juizes em virtude dos danos cometidos no exercício da função jurisdicional nos casos de dolo, fraude, concussão ou erro evidente, de fato ou de direito.

³⁰⁴ Art. 505, Código de Processo Civil francês, na redação que lhe foi conferida pela Lei de 7 de fevereiro de 1933.

Último e não menos importante, o ônus da prova é sempre da vítima ou do requerente da reparação. Tal rigor é mitigado pela construção pretoriana da suficiência de início de prova ou presunção do risco administrativo, nos danos decorrentes de obras públicas causados a terceiros não usuários³⁰⁵.

Na idéia dominante, na França e no Brasil, de privilégio da liberdade pessoal acima de outras circunstâncias, em 17 de julho de 1970, a Lei nº 70/643 introduz, no Código de Processo Penal, a regulação da responsabilidade do Estado por danos oriundos de prisão preventiva, estabelecendo dever indenizatório, em favor do detento absolvido, se a detenção causar dano manifestamente anormal e de particular gravidade.

A lei de cinco de julho de 1972, no seu artigo 11, atribui ao Estado obrigação de reparar dano causado pelo funcionamento defeituoso da Justiça, nos casos de falta grave ou denegação de justiça. Por um lado, conforme André Laubadère, tal regra estabelece, bem na índole do Direito Positivo francês, freio à tendência jurisprudencial já manifestada na Corte de Cassação, de responsabilização pela falta administrativa³⁰⁶. Por outro, segundo bem examinado por Jean Rivero³⁰⁷, sepulta a "*prise à partie*" e amplia a responsabilidade do Estado pelas faltas pessoais dos Juízes.

b. Brasil

A primeira causa de exclusão da responsabilidade administrativa extracontratual encontra-se nas hipóteses de força maior³⁰⁸.

³⁰⁵ Morand-Deville, Jacqueline. Cours de Droit Administratif, Montchrestien, Paris, p. 624.

³⁰⁶ Traité de Droit Administratif, Paris, tomo I, p. 829, cumprindo salientar que são colacionadas apenas duas decisões neste sentido que, em virtude da competência da Corte, não podem ser vistas como a última palavra da jurisprudência francesa, a qual, naturalmente, pertenceria ao Conselho de Estado.

³⁰⁷ Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1990, França, 3ª edição, 1965. p. 380.

³⁰⁸ Decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1975, ainda é "leading case" da espécie. Sua ementa é sugestiva: ação fundada em prejuízos ocasionados por inundação de rio. Ocorrência de força maior, a qual conjugada a circunstâncias fáticas emergentes da prova, afastaram a pretensão. Recurso extraordinário não conhecido pela inoccorrência de seus pressupostos constitucionais. (2ª Turma, Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 78, p. 243.)

Registra-se hoje uma evolução, quanto à doutrina administrativista tradicional. Porquanto estudiosos com obras mais antigas entendessem, que tanto o caso fortuito como a força maior excluía a responsabilidade³⁰⁹, o entendimento mais moderno, iniciado através de opinião vanguardeira de Themístocles Brandão Cavalcanti³¹⁰, afasta o caso fortuito como causa exoneratória.

Radica-se a sutil e acertada distinção na constatação de que a força maior, evento externo imprevisível e inevitável, situa-se integralmente fora do âmbito do risco administrativo, enquanto o caso fortuito, evento interno inevitável, mas não imprevisível, está totalmente incluído nesta própria noção de risco.

Em que pese tal orientação freqüentar a totalidade dos autores que mais recentemente abordaram o tema, não foi possível encontrar precedente jurisprudencial que indicasse sua aceitação, sendo de destacar que a diferenciação prática da força maior e do caso fortuito nem sempre se apresenta, na realidade dos fatos, como de fácil dedução.

Washington de Barros Monteiro acentua que mesmo na hipótese de força maior, o fato que a traduz deve ser necessário, sem que haja culpa da Administração no seu desencadeamento³¹¹.

A objeção, embora útil, é logicamente despicienda, porquanto um dos requisitos da força maior é a sua inevitabilidade e, se o evento decorre de ato do pretense obrigado, naturalmente perde a qualidade de inevitável.

³⁰⁹ Veja-se isto em Alcides Cruz, *Direito Administrativo Brasileiro*, Freitas Bastos, São Paulo, 1940, p. 134.

³¹⁰ Themístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III. p. 415.

³¹¹ *Direito das Obrigações*, Forense, São Paulo, 1975, tomo I, p. 332.

Decorre desta exclusão, nos limites que hoje ela é concebida, que a Administração Pública será responsabilizada pela reparação dos danos sofridos pelos particulares, provocados por eventos inevitáveis da natureza, desde que, por omissão ou atuação deficiente, haja deixado de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou as realizado de forma francamente insatisfatória, de tal sorte que o prejuízo poderia ter sido evitado ou atenuado.

Por sua vez, a Administração não poderá ser responsabilizada para reparar danos sofridos pelos particulares, provocados por eventos inevitáveis da natureza, se nenhuma responsabilidade concorrente pode ser-lhe imputada na causa do resultado danoso, ou porque não seria dela exigível a realização de obras que pudessem evitar ou atenuar os efeitos dos fatos da natureza, ou mesmo porque aquelas realizadas seriam as únicas razoavelmente exigíveis³¹².

De outra feita, não se pronuncia a responsabilidade se comprovado procedimento doloso ou culposo do próprio indivíduo, sempre que o mesmo possa ser causa única ou suficiente do evento danoso³¹³.

Basicamente, são estas as duas únicas causas que não conduzem à responsabilidade administrativa extracontratual, se compreendida a hipótese de danos extraordinárias, causados ao cidadão, conforme a distinção anteriormente realizada.

Bem observadas, são as mesmas, na verdade, espécies do gênero ausência de nexo de causalidade, porquanto se admite que sua ocorrência quebra a relação causal que acaso poderia existir entre a ação administrativa e o dano provocado.

³¹² Exemplificação jurisprudencial farta, a este propósito, pode ser encontrada na monografia de Yussef Cahali, já citada, p. 40 e seguintes.

Ao tempo do Brasil Colônia, pelas Ordenações Filipinas, já existiam regras sobre a responsabilidade do Juiz³¹⁴. No Império, o velho Regulamento nº 737 igualmente consagrava disposições neste sentido³¹⁵, o que veio a ser reiterado em quatro artigos do Código Civil, de 1917.³¹⁶

A responsabilidade administrativa decorrente de atos praticados por magistrados, no exercício funcional, somente foi introduzida no Direito brasileiro através do Código de Processo Penal, de 1942, na hipótese de supressão injustificada da liberdade³¹⁷, disposição que sofreu regressão em virtude da legislação que reprime os abusos de autoridade, de nove de dezembro de 1965³¹⁸. No âmbito extrapenal, o Código de Processo Civil de 1973, que tantas inovações trouxe para a prática judiciária brasileira, regrediu para o estabelecimento da responsabilidade pessoal do Juiz, em casos extremados³¹⁹.

³¹³ Há plethora de acórdãos dos tribunais estaduais brasileiros sobre o assunto, bem como do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Boa coleção deles pode ser encontrada na obra de Cahali, acima mencionada.

³¹⁴ Livro III, Título LXXXVIII, § 16: “e o Juiz que isto não cumprir pagará ao órfão toda a perda e dano que isto lhe causar”; Livro III, Título LXII, § 5º - “e o julgador, que tais atos processou, será obrigado às custas no caso, que processou sem citação, ou com citação nula.”

³¹⁵ “Art. 677 - As nulidades argüidas não sendo supridas, ou pronunciadas pelo Juiz importarão: § 2º - a responsabilidade do juiz.”

³¹⁶ “Art. 294 - Ficarã subsidiariamente responsável o juiz que conceder a alienação fora dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar na sub-rogação do preço...”;

“Art. 420 - O juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofra o menor em caso de insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito.”;

“Art. 421 - A responsabilidade será pessoal e direta, quando o Juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna.”;

“Art. 1.551 - Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal - III - a prisão ilegal (art. 1.552)”; “Art. 1.552 - No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano.”

³¹⁷ “Art. 630: O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º- Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.”

³¹⁸ “Art. 6º. O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal: (...) § A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização(...).”

³¹⁹ “Art. 133 Responderá por perdas e danos o Juiz, quando, I- no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude; II.- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao Juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido, dentro de dez (10) dias.”

A resultante, desta tímida determinação legislativa, é a consagração, em termos jurisprudenciais, da irresponsabilidade da Administração pelos atos judiciais, salvas as hipóteses expressamente previstas em lei. É a posição do Supremo Tribunal Federal, em alguns casos julgados na década de 1970, que ainda hoje são tidos e havidos como "*paramount*" sobre o assunto, ressaltando-se a orientação firme do jurista e Ministro Aliomar Baleeiro, em sentido diametralmente contrário³²⁰

A doutrina sobre a matéria praticamente ecoou a jurisprudência, fundamentando a irresponsabilidade na autoridade da coisa julgada e no exercício da magistratura como atributo puro e simples da soberania, excetuadas as posições pessoais e escoteiras de Alcino Salazar e José de Aguiar Dias, no passado³²¹.

A partir da Constituição Federal de 1988, tanto por sua letra, quanto por seu espírito, vem sendo registrada uma alteração do entendimento doutrinário, através de sucessivos artigos técnicos sobre a matéria³²². Duas ordens de argumentos são convocados, para estes efeitos.

Numa delas, é refutada simplesmente a alegação da coisa julgada, a partir da possibilidade da mesma vir a ser desfeita, através da possibilidade processual neste sentido, traduzida na ação rescisória, expressamente prevista na legislação processual civil brasileira³²³.

O melhor trabalho a este respeito conclui que os textos legais, quando contêm previsão da responsabilidade do magistrado, estariam estabelecendo a possibilidade da ação regressiva da Administração, nestes casos, na medida em que a mesma sempre responderia, principalmente, pelos danos causados e o magistrado subsidiariamente.

³²⁰ Recurso Extraordinário nº 70.121 (Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 64, p. 669).

³²¹ Citados por Rui Rosado Aguiar Jr., "A Responsabilidade Administrativa por Atos Judiciais, Revista Ajuris, nº 59, p. 5 e seguintes.

³²² Rui Rosado de Aguiar Jr., no artigo mencionado, referencia nove monografias tratando sobre o tema, a partir de abril de 1988.

³²³ Art. 485, Código de Processo Civil.

Finalmente, alvitra exceção à responsabilidade administrativa fundada no risco, para admiti-la, quando se trata de matéria jurisdicional típica³²⁴, nos casos culposos.

No que tange ao óbice trazido pela doutrina da Soberania, sofreu ele os atenuantes registrados na parte geral deste trabalho³²⁵.

Afora casos de ato administrativo praticado pela jurisdição e de erros judiciários clamorosos, mormente em matéria penal, não se registram decisões jurisprudenciais que subsumam, esta responsabilidade, aos amplos termos da dicção constitucional.

A matéria, que não é objeto específico deste estudo, ainda tem muito que progredir, para que os cidadãos brasileiros vejam-se livres da assustadora descrição do padre Antônio Vieira, ainda nos idos do Brasil colônia³²⁶.

Se em nome da Soberania, pouco ou quase nada progrediu a responsabilidade administrativa em decorrência de atividade judiciária, com os mesmos e mais reforçados fundamentos, sem embargo do acréscimo de outros, tem sido negada a responsabilidade do Estado legislador³²⁷, chamada, por eminente jurista, como o último reduto de resistência ao instituto.

³²⁴ Rui Rosado do Aguiar Jr., op. sup. cit., p. 44.

³²⁵ Como a soberania é um atributo geral do Estado e da Administração, aceitar a tese da exclusão da responsabilidade, em virtude dela, significaria não só isentar o Judiciário como, igualmente, todo o Poder Executivo, o que levaria o argumento à prova por demasia.

³²⁶ *“Vede um homem desses que andam perseguidos de pleitos ou acusados de crimes e olhai quantos o estão comendo. Come-o o meirinho, come-o o carcereiro, come-o o inquiridor, come-o a testemunha, come-o o julgador e, ainda não está sentenciado, já está comido. São piores os homens que os corvos. O triste que foi à forca, não o comem os corvos senão depois de executado e morto; e o que ainda anda em juízo, ainda não está encontrado e morto; e o que anda em juízo ainda não está executado nem sentenciado, e já está comido.”*(Sermões Pregados no Brasil), José Augusto Delgado, "Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Ajuris, nº 29, p.23.

³²⁷ Conforme Cretella Jr., fundamenta a irresponsabilidade do Estado legislador a imunidade parlamentar; a soberania legislativa e o caráter geral e abstrato da lei (citado por Yussef Said Cahali, em Responsabilidade Civil do Estado, p. 224).

Ainda assim, a doutrina administrativista brasileira, e o próprio Cretella Jr. é exemplo disso, reconhece o caráter complexo do assunto, mormente diante do sacrifício de direitos subjetivos legítimos.

Said Cahali, em impressionante monografia sobre o tema da responsabilidade administrativa extracontratual, estrema com precisão o tema e suas falsas questões, ou seja, aquelas que não são atingidas por posições contrárias ou favoráveis ao dever de reparação, não obstante ventilem questões a ele correlatas.

É falsa questão sobre a matéria, o dano causado pela lei inconstitucional, assim declarada, de forma irrecorrível, pelo tribunal competente.

Todos os juristas, mesmo aqueles que não reconhecem a responsabilidade do Estado legislador, de há muito, admitem nestes casos o dever de reparar os prejuízos causados pela lei inconstitucional³²⁸, apenas ressaltando, os mais cuidadosos, que a inconstitucionalidade deve ser declarada em ação principal, não "*incidentaliter tantum*"³²⁹. A tese já mereceu pronunciamento favorável da Suprema Corte³³⁰.

A conceituação unânime da lei inconstitucional como lei nula ou inexistente, com efeitos retroativos à data de sua promulgação, dão à matéria o característico de aparente questão, porquanto o particular, prejudicado pela incidência de lei **declarada** inconstitucional, na verdade teria sido constrangido com ofensa ao princípio constitucional da legalidade, donde, como decorrência lógica, o dever de indenizar.

³²⁸ Veja-se, como exemplo, Themístocles Brandão Cavalcanti. Tratado de Direito Administrativo, vol. I, p. 437.

³²⁹ Yussef Said Cahali, op. sup. cit., p. 227.

³³⁰ Revista de Direito Administrativo, nº 189, p. 305 e 191, p. 175.

Igualmente é questão de indevida pertinência ao tema, o caso do ato regulamentar exorbitante do poder regulamentar da Administração, ou seja, ato praticado sem autorização legislativa para tanto. Porquanto exorbitante, por conseguinte ilegal, maiores objeções não existem ao dever indenizatório³³¹, sendo de mencionar que a hipótese não alcança o decreto inconstitucional por vício de constitucionalidade da lei que o sustenta, haja vista que, nesses casos, o problema seria da lei; nem as hipóteses de prejuízo decorrente de decreto regular, oriundo de lei sem o vício da inconstitucionalidade, caso típico da problemática do Estado legislador³³².

No caso de lei constitucional, somente Cretella Jr. defende doutrinariamente o dever indenizatório, em decorrência dos prejuízos causados a particular, de forma genérica e irrestrita³³³.

Contudo, as hipóteses são mais dilatadas. Otávio de Barros³³⁴, em obra que quase completa cinquenta anos, constrói convincente casuística no caso de lei que transforma atividade privada em serviço público, ou suprime atividade privada em decorrência do interesse público, sem que quaisquer dessas hipóteses corram o risco de ser inquinadas de inconstitucionais.

Nestes casos, quando se trata de simples restrição, nenhuma indenização cabe. No entanto, na supressão da atividade particular anteriormente legítima, conclui pela existência de dever indenizatório³³⁵.

³³¹ Opinião colhida por Cahali, na obra citada, de autoria de Cretella Jr.

³³² Todas essas hipóteses são magistralmente dissecadas por Cahali, na sua citada monografia.

³³³ José Cretella Jr.. O Estado e a Obrigação de Indenizar, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 286.

³³⁴ Otávio de Barros. Responsabilidade Pública, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1956. p. 77.

³³⁵ *"No caso de limitação de uma atividade e sua regulamentação, a fim de atender-se ao interesse público, nenhum ressarcimento será devido, desde que a limitação se exerça dentro do conceito de poder de polícia, que aliás a pressupõe. Mas, se através dessa regulamentação, a atividade do particular for atingida em suas condições de vida e existência, impondo sua supressão, ter-se-á, na verdade verificado o dano especial, anormal, o sacrifício do particular, em consequência da lei de interesse da coletividade. Sendo assim, cabe o direito à indenização. Já aqui o problema transcende a simples conceituação do poder de polícia, que vê na finalidade do ato administrativo a condição precípua da sua legalidade, o limite do poder discricionário da Administração."*(m. aut., op. cit., p. 75-76).

Esta brecha, ao monolitismo doutrinário denegatório da responsabilidade administrativa do Estado legislador, encontrou respaldo jurisprudencial, em tribunal estadual de atividade notoriamente reconhecida, em casos nos quais legislação ambiental retirou o atributo dominial do uso de propriedade imobiliária³³⁶.

³³⁶ Revista dos Tribunais, nº 431, p. 141, o acórdão é do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 1ª Câmara, apelação 28.084, lavrado em 11.8.75.

Conclusões

Pressupostos Gerais

Distingui-se conceitualmente Poder da Força, de tal sorte que o primeiro conceito aponta para a capacidade, ou seja a potencialidade que têm os homens de determinar o comportamento de outros homens, enquanto o último expressa a pura intervenção física voluntária de uns contra outros, no intuito de dominá-los.

A Política é o campo preferencial de exercício do Poder. O Poder Político é o mais eficaz condicionador de comportamentos sociais, sendo dotado das características de exclusividade, universalidade e inclusividade.

Adotamos o conceito de Max Weber de Política como relação social de comando e obediência, baseada no monopólio do Poder para uso da Força, sendo sua concretização realizada principalmente através do Estado.

O Estado é uma instituição de caráter político, onde o aparelho administrativo exerce o monopólio da legítima coerção física, destacando-se, na sua concepção e desenvolvimento, as características de Soberania, Administração, Legitimidade e Legalidade.

O conceito de Soberania nasceu relacionado com a faculdade de declarar a paz e fazer a guerra e evoluiu para seu aprisionamento ao ordenamento jurídico, pressupondo este a Lei, que é resultante do exercício da vontade popular. Todo o debate a respeito de sua sobrevivência conceitual radica-se mais no aspecto interno, que no externo.

A Administração Pública transmuta a natureza do próprio Poder Político, porquanto a dominação pela Administração supõe uma racionalidade de comando que pressupõe a existência de uma ordem normativa impessoal e uma igualdade jurídica entre os administrados.

A tolerância ou o consentimento a este comando, é, grosso modo, o substrato da noção de legitimidade. Esta consubstancia-se pela legalidade, entendida a lei como resultante do exercício direto do Poder pelo povo ou seus representantes.

A idéia de iniciativa privada nasce como bipolaridade, através de implicação recíproca, com a própria idéia de Estado Nacional. A noção de política econômica estatal contínua e planejada nasce com o Mercantilismo, levando em conta a iniciativa privada e a interferência estatal na economia, concepções que surgiram contemporâneas, não opostas.

O fortalecimento do Estado nacional deu-se pelo incremento da participação do Estado na economia, com estabelecimento de regras uniformes e pela fiscalização do seu cumprimento. Sintomaticamente, isto se fez em nome do racionalismo e do individualismo

O Brasil, um estabelecimento da empresa colonial mercantil, sem ser um Estado, recepciona o Liberalismo nos seus aspectos políticos, sem uma economia correspondente ao estágio nacional em que se desenvolveram as idéias de Adam Smith, Locke, Montesquieu e Rousseau.

A Revolução Russa e a Grande Depressão gestaram o descrédito na ortodoxia do livre mercado, fazendo surgir o Estado planejador e intervencionista. Na década de 30 do Século XX nasce o Estado Social, sendo que, após 1945, praticamente todos os Estados adotam práticas de administração e planejamento econômico.

. A aceitação, no Brasil, do Estado Social, deu-se por influência cultural da Constituição de Weimar(1919). A intervenção estatal na economia e a planificação administrativa nasceram em virtude da necessidade econômica de substituir o superado modelo agrário-exportador pela chamada substituição de importações, com reflexos na criação de um mercado interno. Socialmente, o modelo foi condicionado pela ascensão das classes médias e do proletariado no cenário político. Politicamente, as lideranças condutoras desta modificação recortaram-se num figurino autocrático e centralista, muito mais influenciado pelos exemplos fascista e nacional-socialista, que pelos paradigmas do "*New Deal*" e das nascentes sociais-democracias européias.

Chama-se Pós-moderno o período posterior aos anos 1960, quando se entende encerrado o ciclo modernista. O reflexo econômico e político da pós-modernidade, acentuado a partir do final da década de 80, do século XX, denomina-se "globalização" ou "mundialização".

O fracasso do socialismo de Estado soviético abalou as crenças nos programas estatais que combinavam, pragmaticamente, a esfera pública e privada, o mercado e o planejamento. Procurou-se substituir essa "*terceira via*" por um viés ideológico(utopia neoliberal), baseado exclusivamente no indivíduo, em detrimento das soluções coletivas.

. Economicamente, salientam-se como fatores a interdependência de economias nacionais; a emergência de um sistema transnacional bancário, produtivo e de comunicações dominante, com intensa mobilidade do capital, contornando regras e controles estatais; o acréscimo permanente da taxa de juros nos países periféricos; o surgimento de novas potências industriais; o crescimento de poder das empresas transnacionais e o corte de gastos públicos para equilibrar o orçamento e pagar o serviço da dívida.

Politicamente, releva-se o desprestígio do conceito de não-intervenção das grandes potências em assuntos internos das demais; o desmantelamento de boa parte das instituições do Estado Nacional e do Estado do bem estar social de vários países do 3º Mundo; a hegemonia da ideologia neoliberal; a degradação ambiental e a influência dos meios de comunicação de massa.

Socialmente, demonstram-se o aumento da exclusão na sociedade e no espaço geográfico; a concentração crescente da renda internacional e local; o achatamento dos salários; o desemprego estrutural; a flexibilização dos direitos sociais; o sentimento generalizado da insegurança no trabalho; a redução dos gastos públicos sociais; a debilitação de identidades individuais e das solidariedades de classe; as migrações internacionais; o consumismo desenfreado e o fundamentalismo reativo e violento dos não-incluídos.

Culturalmente, destaca-se a substituição crescente das identidades nacionais-populares por uma identidade urbana internacionalizada, transformando-se fronteiras em divisas, mercê da influência dos meios internacionais de comunicação de massa

Tudo indica ocorra a redefinição da Soberania interna em face de regramentos internacionais, o que, no plano formal, antes de a eliminar, a reafirma, visto que a legitimidade desta ordem internacional repousa no reconhecimento dos seus signatários como representantes de países soberanos. Não há evidência de que exista substituição de políticas nacionais capaz de equilibrar tendências cooperativas e competitivas, eliminar desigualdades regionais e prover serviços coletivos.

. **A planificação econômica, ainda que circunscrita ao espaço capitalista e limitada pela negativa de um dirigismo estatal apto a eliminar a livre iniciativa, não parece estar com os dias contados**

. **Seguramente o Estado passa por uma crise conceitual, e é o Direito quem estabelecerá a legitimidade à nova forma de exercício do Poder Político que possa derivar desta revisão. Esta legitimação procurará, ainda que adaptada a forma, conservar as idéias de Soberania e Administração do Estado de Direito, ampliando suas dimensões, que provavelmente abarcarão uma cidadania mundial.**

Pressupostos Jurídicos

Reconhece o pensamento social, a dicotomia público e privado, atendendo a primeira esfera ao conjunto de atividades de interesse marcadamente coletivo e a última àquelas de preponderância individual.

. **Compete ao Poder Político estabelecer os lindes, nem sempre nítidos, entre as duas dimensões de vida em sociedade, sendo sua a última palavra na regência dos assuntos referentes ao campo público.**

A complexidade desta tarefa, numa matéria de contínua mutação, conduz a um conflito entre o Direito e o Poder Político. Essa tensão é mais acentuada face à **ampla indeterminação** das finalidades do Poder Político e a **relativa determinação** dos princípios fundamentais do Direito.

A sociedade deixa ao Direito a limitação do arbítrio do Poder Político. Essa limitação desdobra-se em obrigações de conteúdo positivo e negativo. A estruturação jurídica do Estado moderno constituiu o Poder Político na obrigação de garantir o desenvolvimento econômico dos setores dominantes da economia nacional, bem como garantir a sobrevivência das classes prestadoras de trabalho pessoal.

. A passagem para o Estado Liberal interpelou o Poder Político no sentido de constituir-lhe uma abstenção, um dever de respeito, em relação aos direitos e garantias individuais, entre eles a propriedade.

A mutação para o Estado Social fez com que o Poder Político passasse a responder por deveres específicos de desenvolvimento dos membros da coletividade, dos cidadãos, nas suas dimensões sociais e econômicas.

Na pós-modernidade, altera-se substancialmente o Direito Internacional, adrede baseado no Direito exclusivo das soberanias internas sobre os Estados, em relação a três pontos fundamentais: os direitos humanos, que passam da garantia dentro do Estado para garantia contra o Estado; a democracia política representativa e o meio-ambiente,.

A Constituição de 1988 demarca exatamente o campo da pós-modernidade e o ingresso em uma ordem jurídica própria da globalização, como se pode ver do capítulo nela dedicado à Ordem Econômica e Social. Assim, é a primeira, no Brasil, a fazer a afirmação explícita do regime capitalista da livre iniciativa, ao contrário das demais em que o tema, ou era tratado de forma sub-reptícia, ou era revelado pelas garantias do direito de propriedade.

A Carta de 1988 é uma Constituição capitalista e liberal. Todavia, condiciona esta adesão aos limites da justiça social e à observação dos valores do trabalho e da dignidade humana, tendo, como paradigma, a Constituição vigente da República Federal da Alemanha. A livre iniciativa é circunscrita ao seu valor social. A Ordem econômica reafirma princípios da Soberania nacional, em prol do desenvolvimento, tendo para isto, em caráter não compulsório, como instrumento previsto no seu texto, a planificação.

A persistência das características pós-modernas não parece anular qualquer dessas limitações, mas deslocar o foco de produção e discussão das regras jurídicas para uma dimensão cada vez mais supranacional.

A mutação, já enfocada, do conceito de Soberania foi a solução encontrada pelos juristas para minimizar as ações e omissões arbitrárias do Poder Político. O resultado final foi a engenhosidade de uma solução que gerou a indissolubilidade entre o Direito Positivo e a Soberania, que pode ser resumida na seguinte máxima: *"a Lei é uma expressão da Soberania, mas a Soberania é exercida nos limites da Lei"*.

O caráter ideológico da construção não esconde a existência de "buracos negros" do Direito, onde o Poder reina fora das categorias jurídicas tradicionais e a Soberania expressa sua mais íntima face. Contenta-se o sistema jurídico em circunscrever os limites onde esta excepcionalidade pode ser exercida.

Resulta deste processo de engessamento jurídico da Soberania, a íntima conexão do Direito, mormente o Direito Público, com a Política. A inserção do dado político na Constituição e na própria exegese da norma constitucional e o condicionamento jurídico do Poder Político, não só à omissão como à comissão de providências, que, embora demandem conduta discricionária da Administração, não admitem a omissão do administrador.

Tem-se assim, numa ordem crescente de limitações quanto ao exercício do Poder, o Poder Político, que pode sancionar leis afeiçoando sua vontade ao ordenamento constitucional; o Poder de Administração, que permite a concretização da vontade política nos limites da legislação e o Poder Administrativo que se manifesta no momento em que esta concretização atinge interesses particulares de um cidadão.

O Direito não só condiciona o Poder Administrativo, nos seus deveres de abstenção no campo do Privado, como o interpela, mesmo na área discricionária, para que assuma tarefas que o ordenamento constitucional acomete aos poderes administrativos, sendo que estes apriorismas fornecem significado ao conceito dos direitos subjetivos públicos.

Reconhece-se, por decorrência, a distinção entre atos executivos e atos administrativos e, em virtude disto entre atividade da administração e atos administrativos. Os atos administrativos configuram-se no momento em que o administrador, por suas ações, atinge o interesse de particulares.

A classificação dos poderes administrativos não é propriamente uma enunciação de espécies distintas de uma mesma classe, mas características de um único Poder.

O poder administrativo vinculado é aquele no qual existe a máxima subordinação ao princípio da legalidade. O poder administrativo discricionário, o grande reduto do Poder Político, é reconhecido como aquele, em cujo exercício, compete ao administrador o "se" e o "como" da atividade administrativa. Entre a vinculação e a discricção do Poder Administrativo, descobriu-se a categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam determinadas qualificadoras jurídicas, aptas a serem concretizadas pelo Poder Administrativo, capazes de determinarem, de maneira específica, a finalidade pretendida pelo legislador.

São também características do Poder Administrativo os chamados poderes hierárquicos e disciplinares, cuja relevância está na possibilidade da Administração a si mesmo ordenar-se, para cumprir suas funções estatais, subordinando seus colaboradores às finalidades almejadas.

. O poder de polícia é a característica do Poder Administrativo que evidencia a interferência na esfera individual, sendo ínsita a toda e qualquer atividade administrativa, acompanhando, em toda a extensão, todo e qualquer ato administrativo

. Na acepção jurídica, a economia é a situação concreta pela qual se gera a riqueza social, através da produção e circulação de bens. Diferencia-se a economia social da Ordem Econômica, conquanto este último conceito aponta para uma situação normativa que compreende um conjunto de regras integrantes de um setor da ordem jurídica. Ambas, economia social e Ordem Econômica compõem integralmente o conceito de Economia (teoria e prática).

A Ordem Econômica integra o campo do Direito Público, representando a contrapartida jurídica da manifestação do Poder Político, no sentido de delimitar qual a área de atuação **possível e desejada**, pelo Estado, para atuação dos agentes econômicos privados.

É característica do Século XX a inclusão das normas da Ordem Econômica no bojo das Constituições, gerando o fenômeno denominado, pelos estudiosos, de Constituição Econômica, conceito que tem por pressuposto uma nova economia social, que deve ser alcançada mediante a intervenção administrativa do Estado, através dos meios que a ordem constitucional põe à sua disposição.

Nos países que reconhecem a economia de mercado, as Constituições dirigentes delimitam a forma privada de exercício de três direitos básicos para este tipo de sistema econômico: o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade contratual de trabalho.

A interferência na atividade econômica pelo Poder Político comporta graus de atuação que vão de medidas acidentais, pontuais e restritas; passam pela ação sistemática em nome de princípios e culminam na planificação. Podem classificar-se em medidas diretas, mediante a normatização e a fiscalização; medidas indiretas, como a planificação e os incentivos de ordem tributária e formas de atuação direta, no caso dos monopólios estatais

Fiscalização da economia é a atuação do Estado, prestando um serviço público, no sentido de verificar e exigir a conformidade das situações econômicas e de seus agentes aos princípios, valores e finalidades da Ordem Econômica constitucional, nos limites da legislação aplicável à matéria, tendo a característica, para os particulares, de uma limitação das prerrogativas que o Direito Privado outorga-lhes, no sentido de agentes produtores de riqueza econômica

O Poder Administrativo de fiscalização, nas sociedades pós-modernas, passa por um aparente paradoxo. Quanto mais cresce o discurso neoliberal, hoje predominante na dimensão planetária, mais aumentam os encargos estatais com o exercício dessa atividade.

Planificar, em Economia, significa ajustar participantes de uma atividade econômica, mediante o emprego de meios determinados, para a persecução de determinadas finalidades.

Num sentido estrito, o planejamento é um sistema de opções priorizadas, tomadas por uma . autoridade pública, de forma deliberada, visando objetivos econômicos. **Muito embora o plano pertença aos domínios da Economia e Ciências Auxiliares, o que o caracteriza, enquanto forma notável, a merecer estudo, é a utilização de formas jurídicas para sua exteriorização.**

Conclusões específicas

Impossível é classificar, cientificamente, as diversas formas de ação do Estado na economia. Reconhecem-se hoje, como mais relevantes, cinco espécies: a) regulamentação e sanção administrativas; b) repressão ao abuso do poder econômico; c) controle de lucros; d) controle do abastecimento; e) controle de preços e f) colaboração com particulares.

Quatro são os limites para a fiscalização da administração pública na economia: legalidade, igualdade; proporcionalidade e defesa.

Conforme a relação entre o Público, através da Administração, e o Privado, pela economia, que varia conforme o tipo de regime econômico adotado, concebem-se quatro formas de planificação: a) a planificação decorrente da intervenção liberal na economia, para restabelecer as condições de livre concorrência; b) a planificação suave, que deixa o papel principal, na vida econômica, à livre iniciativa; c) a planificação parcial, caracterizada pela existência de uma dicotomia de atuação na ordem econômica, qual seja o setor público da economia convivendo com o setor privado e a planificação integral, onde o Estado açambarca, de forma praticamente integral, toda a vida econômica.

A trajetória evolutiva do Estado no Século XX permite que se fale de uma função planificadora, como integrante das funções típicas administrativas. As disposições do planejamento econômico comprometem a própria responsabilidade do administrador, gerando direitos aos particulares que a ele decidirem adaptar-se. O fato de que o Estado não possa garantir que os objetivos sejam atingidos conforme a planificação realizada, não veda que o mesmo não deva vincular-se à planificação que apresenta e que, seja por organismo ou entidade administrativa, deva comprometer-se para que isto de fato aconteça.

Os objetivos mediatos da planificação, malgrado a flexibilidade que os documentos jurídicos que os incorporam possuem, não são mutáveis, mas permanentes, sendo que, com base neles é possível o controle jurisdicional, para averiguar a existência da obediência concreta aos limites jurídicos do plano. Nos países em que a planificação é prerrogativa administrativa esses objetivos figuram no texto da Lei Maior,

A forma jurídica típica, de regulação da atividade administrativa do planejamento, é a lei geral do planejamento, também chamada lei do plano, ou, simplesmente, plano. As leis de planificação são espécies "*sui-generis*", síntese de lei e atos administrativos, contendo na primeira parte princípios gerais e na última soluções materiais para situações concretas e bem definidas. Nada obsta que existam planos ou planificações distintas, conforme as finalidades previstas para o exercício dessa função.

Quanto mais parece o Estado afastar-se da planificação, reduzindo-se, tão somente, ao controle dos meios monetários de expansão, mais começa a cobrança, inicialmente política, pelo abandono da Soberania no planejamento econômico nacional

Limitam a função de planejamento os direitos fundamentais e os princípios gerais do sistema econômico adotado, implícita, ou explicitamente, pelo ordenamento constitucional interno. Como em qualquer espécie de ato administrativo, o "*error in procedendo*" desencadeia a própria invalidade do ato. Afora esses limites, até mesmo pela defesa da racionalidade do mercado, sem a qual o próprio mercado perderia sua justificativa teórica, é ampla a criatividade do administrador.

O controle jurisdicional aos limites da planificação administrativa é matéria de extrema dificuldade, pois é muito difícil distinguir a atividade administrativa da atividade política, no exercício desta função, onde remanesce, muito do que se considera área irreduzível da Soberania.

Contudo, encontram-se superadas as noções que consideravam as normas gerais da planificação como dotadas de conteúdo meramente programático, incapazes de gerar qualquer efeito de natureza jurídica.

A própria discricionariedade da atuação administrativa é questionada, por serem, as normas de planificação, muito mais apropriadas aos conceitos jurídicos indeterminados, que à liberdade discricionária do administrador, possibilitando, em tese, mais ampla cognição jurisdicional.

Os interesses privados jamais podem, em países de moldura constitucional igual à brasileira, deixar de ser levados em conta, em conexão com o interesse público concreto que anima a decisão do agente administrativo.

O paradigma clássico da preocupação do controle jurisdicional reside nas hipóteses de execução do planejamento administrativo, em prejuízo de interesses particulares. É inédita investigação sobre a obrigação do administrador de promover o planejamento.

Nada existe que excepcione a responsabilidade jurídica do administrador, no que condiz com a necessidade de propor planejamento e, uma vez determinado o plano, executá-lo. Ao contrário, parece haver consenso que o exercício dessas funções configura poder-dever do Estado

No Brasil, a natureza e o tipo predominante de planificação constituem problema cuja solução está nos limites do próprio texto constitucional, na medida em que o art. 175, da Carta vigente, expressamente fala das funções estatais de planejamento e, em acréscimo, sinaliza o caráter não cogente, dos planos econômicos, para o setor privado. Por sua vez, a pletora de dispositivos constitucionais sobre a matéria aponta três objetivos permanentes do planejamento administrativo na economia:

a) o desenvolvimento econômico com realização dos valores da Justiça Social, pela erradicação da pobreza e desigualdades regionais(objetivo maior); b) a ordenação do espaço urbano com o fito de garantir o bem-estar dos habitantes das cidades e c) a política agrícola com o escopo de realizar a função social da propriedade rural.

O Brasil tem uma estruturação jurídica, no plano normativo, similar à francesa, embora bem mais simplificada. A planificação geral é instituída em Lei, cujos termos são, no entanto, cuidadosamente vazados para não gerar direitos subjetivos. Assim, as prioridades e metas contêm-se em anexos ao documento legal. Por outro lado, o Poder Executivo fica com amplos poderes para fins de alterar indicadores, ações e mesmo metas, essas últimas apenas condicionada à inalterabilidade dos recursos orçamentários. Em verdade, a análise cuidadosa da atual legislação brasileira demonstra uma depreciação do planejamento, que ao contrário de conduzir o orçamento é, por ele, condicionado.

São raras as demandas referentes à responsabilidade administrativa no exercício dos poderes de fiscalização e planificação econômica. Quanto às últimas, os registros são praticamente inexistentes.

Foi admitida, nas demandas a propósito do assunto, a responsabilidade administrativa nos danos causados aos particulares, principalmente quando sobrevêm alterações no planejamento, baseadas na quebra da confiança emprestada pelo particular(Alemanha), na falta do serviço público(França) e no risco administrativo(Brasil).

No Brasil e na França, a evolução da responsabilidade administrativa extracontratual, os pressupostos de sua exurgência e as hipóteses em que não se verifica desautorizam qualquer exclusão das atividades de planejamento, que já não estejam contidas na sistemática tal como hoje desenvolvida.

Tanto pela deficiência do serviço, ou mesmo do risco, sendo a primeira própria da França e a última dominante no Brasil, os poderes administrativos de fiscalização e planificação podem ensejar a responsabilidade administrativa extracontratual, tanto por ação, como por omissão do agente administrativo. A dificuldade sobre o assunto reside na matéria de prova e na exata configuração da legitimidade processual, nos casos de omissão.

No sentido de apoiar esta última conclusão, cada vez mais é colocada a cheque a abstenção da responsabilidade do Estado legislador, chamada, por eminente jurista, como o último reduto de resistência ao instituto, em nome da Soberania.

O Brasil registra precedente conspícuo no qual a supressão da atividade particular anteriormente legítima implica em dever indenizatório. Ao mesmo tempo a restrição de atividade, por força de lei, não tem encontrado respaldo nas decisões dos tribunais para ensejar o dever de indenização.

Bibliografia:

Almino, João. Os Democratas Autoritários(Liberdades individuais, de associação política e sindical na Constituinte de 1946, São Paulo, Brasiliense, 1980.

Aguiar Jr., Rui Rosado. A Responsabilidade Administrativa por Atos Judiciais, Revista Ajuris, nº 59, p. 5 e seguintes

Alterini, Atilio Anibal e outros. La Responsabilidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Aquino, Tomás. Suma Teológica, Faculdade de Filosofia "Sedes Sapientiae", São Paulo, 1956, volume XVIII, tradução portuguesa do latim por Alexandre Correia.

Aragão, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes, Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais, Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 786, 4/2001, p. 11-56.

Barcelos, Tanya Maria Macedo de(coordenadora). A Política Social Brasileira, Fundação de Economia e Estatística, Porto Alegre, 1983, 2ª impressão.

Barros, Otávio de. Responsabilidade Pública, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1956.

Basbaum, Leôncio. História Sincera da República. Editora Alfa-Ômega, 4ª edição, São Paulo, 1975-76, vol. 3.

Bastos, Celso Ribeiro e André Ramos Tavares, As Tendências do Direito Público nos Rumos de um Novo Milênio, São Paulo, Saraiva, 2000.

Beviláqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Francisco Alves, 1ª edição, 1916, Rio de Janeiro.

Bobbio, Norberto(org. e aut.) Dicionário de Política, trad. de Ferreira, João-Varriale, Carmem e outros. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, tradução da edição italiana de 1990, por Carlos Nelson Coutinho.

Brêtas, Anchises e outros. Direito Econômico do Planejamento, Fundação Vale Ferreira, Belo Horizonte, 1980.

Burns, Edward. História da Civilização Ocidental, Globo, Porto Alegre, 2ª edição, 1970, traduzido da 4ª edição norte-americana por Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro, dois vols.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1989, 4ª edição.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, nº 15, 4/5/-1996, p 6 e seguintes.

Cahali, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

Carrion, Eduardo Kroeff Machado. Globalização e Mudanças no Estado, palestra realizada no 6º Encontro Nacional de Entidades de Profissionais

Liberais, na cidade de Natal, em 25 de maio de 2001, cujo texto básico foi-nos franqueado pelo seu autor.

Cassin, R. e outros, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, 2ª edição, 1958, Paris.

Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, Freitas Basto, Rio-São Paulo, 1956, 3ª edição, vol. II e III.

Chacon, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

Chase, Anthony. *Law and History The Evolution of The American Legal System*, The New Press, New York, 1997.

Chevalier, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*, Editora Agir, São Paulo, 1971.

Comparato, Fábio Konder. *Regime Constitucional do Controle dos Preços no Mercado*, *Revista de Direito Público*, nº 97, 1/3-1991, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 17-29.

Corail, Jean Louis de. *La Crise de La Notion Juridique de Service Public em Droit Administratif Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965.

Cretela Jr., José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Saraiva, São Paulo, 1980.

Cretella Jr., José. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio-São Paulo, 1996, vol. II.

Cretella Jr., José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª edição, 1993, vol. VIII, art. 170 a 232.

Cruz, Alcides. Direito Administrativo Brasileiro, Freitas Bastos, São Paulo, 1940, p. 134.

Delgado, José Augusto. Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Ajuris, nº 29, p.23

Dias, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, Forense, 6ª edição, 1979, Belo Horizonte- Rio de Janeiro

Duguit, Léon. Manuel de Droit Constitutionnel, Paris, 2ª edição, Albert Foulemong, 1907.

Dvorkin, Ronald. O Império do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1999, traduzido da edição norte-americana "The Law's Empire", Harvard University Press, 1986, por Jefferson Luiz Camargo.

Eisenmann, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, vol 456, 7.70, p. 416-59.

Faoro, Raymundo. Os Donos do Poder, São Paulo, Globo-Publifolha, 10ª edição, 2000, dois vols.

Faria, José Eduardo(org.). Direito e Globalização Econômica, Implicações e Perspectivas, São Paulo, Malheiros Editores, 1ª edição, 2ª tiragem, 1999.

Farjat, Gerard. Droit Economique, Paris, PUF, 2ª edição, 1982.

Fausto, Boris. A Revolução de 1930, São Paulo, Brasiliense, 1976, 4ª edição.

- Ferrarese, Maria Rosaria. *Diritto e Mercato*, Torino, Giappichelli, 1992.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, 2ª edição.
- Freund, Jules, *L'Essence du Politique*. Éditions Sirey, 1986, Paris.
- Furtado, Celso. *Um Projeto para o Brasil*, Rio de Janeiro, Saga, 3ª edição, 1968
- Galbraith, John Kenneth. *A Era da Incerteza*, São Paulo, Pioneira, 1980, 2ª edição, tradução de F. R. Nichelsen Pellegrini, da edição norte-americana de 1977.
- Gentili, Pablo(org.), *Globalização Excludente*, Petrópolis, Vozes, 3ª edição, 2000.
- Giddens, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*, São Paulo, UNESP, 1991, tradução do original inglês, edição Polity-Press, Basil Blackwell, 1990, por Raul Fiker.
- Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 6ª edição, 2001.
- Grau, Eros Roberto. Poder de Polícia, função administrativa e princípio da legalidade: o chamado "Direito Alternativo", *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, vol. 1, 1993, p. 89.
- Grau, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1978.

Hayek, Friedrich. O Caminho da Servidão, Rio de Janeiro, 1994, Biblioteca do Exército Editora, tradução e revisão Anna Maria Capovilla e outros.

Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução da 20ª edição alemã, 1995, C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, "*Grundlage des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*", por Luís Afonso Heck.

Hirst, Paul e outro. Globalização em Questão, Petrópolis, Vozes, 3as edição, 2001, tradução do original inglês, edição de 1996, por Wanda Caldeira Brant.

Hobsbawn, Eric J. A Era das Revoluções, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

Hobsbawn, Eric. J. A Era dos Impérios, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª edição, 1988, tradução do original em inglês "The Age of Empire, 1875-1914", por Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo, revisão técnica Maria Célia Paoli.

Hobsbawn, Eric. J. A Era dos Extremos, O Breve Século XX, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, tradução Marcos Santarrita, revisão técnica Maria Célia Paoli, original inglês de 1994, edição Pantheon Books.

Huberman, Leo. História da Riqueza do Homem, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 21ª edição, 1986, original inglês "Mans Worldy Goods", 3ª edição, 1959, Monthly Review Press, New York, tradução de Waltensir Dutra.

Ianni, Otávio. A Era do Globalismo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 5ª edição, 2001.

Jellinek, Georg. System der Subjectiven Öffentlichen Rechte, Freiburg in Brisgau, 1892.

Jèze, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1949, tradução da 3ª edição francesa, tomo III, p. 69-70.

Justen Filho, Marçal. *Empresa, Ordem Econômica e Constituição*, *Revista de Direito Administrativo* nº 4/6-1988, Rio de Janeiro, p. 110-129.

Keynes, John Maynard. *Inflação e Deflação*, Abril Cultural, São Paulo, 1978, tradução da edição inglesa "Essays in Persuasion", Part II, "Inflation and Deflation", seleção de Paul Singer, tradução de Rolf Kuntz e Paulo de Almeida.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Madri, Editora Revista de Derecho Privado, 1958, tradução de Jaime Santos Briz, Tomo I."

Laubadère, André de. *Droit Public Économique*, Paris, Dalloz, 1974.

Lessa, Pedro. *Do Poder Judiciário*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915, 2º milheiro.

Lima, Ruy Cirne. *Preparação à Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, Sulina, 1958.

Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1987, 6ª edição.

Lisboa, José da Silva. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, fac-símile da Edição Original, Lisboa, 185, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1976.

Locke, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, São Paulo, Abril Cultural, tradução de Aroer Aiex e E. Jacy Monteiro, 2ª edição, 1978, edição original inglesa de 1690, *Concerning Civil Governement, second essay*.

Malmesbury, Thomas Hobbes. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo, Nova Cultural, 1999, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

Mannori, Luca e Bernardo Sordi. *Storia del Diritto Amministrativo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.

Marx, Karl. *Manuscritos Economia Y Filosofia*, Madrid, Alianza Editorial, 1972, 4ª edição, tradução de Francisco Rubio Llorente.

Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, conferências proferidas em Porto Alegre, na UFRGS e ULBRA, em 03 e 4/2000, traduzidas por Luís Afonso Heck.

Medauar, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1990, 20ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio B. Aleixo e José E. Burle Filho.

Melo, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

Melo, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1991.

Mendes, Gilmar Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Novas Leituras. Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de julho de 2000, 14;2000, caderno I, p. 372.

Meyer, Otto. Derecho Administrativo Alemán, traduzido do francês Le Droit Administratif Allemand por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1949-1954, Editorial Depalma, 3 volumes.

Miranda, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2ª tiragem, 1974, tomo V.

Moncada, Luís S. Cabral. A Problemática Jurídica do Planejamento Econômico, Coimbra Editora, 1985.

Monteiro, Washington Barros. Direito das Obrigações, Forense, São Paulo, 1975, tomo I, p. 332.

Morand-Deville, Jacqueline. Cours de Droit Administratif, Montchrestien, Paris, 1991.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, Forense, Rio-São Paulo, 2ª edição, 1974.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, Mutações de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 2001.

Moreira, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo, Centelha, Coimbra, 1978.

Müller, Friedrich. Strukturiende Rechtslehre, Duncker C. Humboldt, Berlim, 1984.

Nabuco, Joaquim. Um Estadista do Império, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, 2 vol.

Neumann, Franz. Estado Democrático e Estado Autoritário. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1969, tradução de "The Democratic and the Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory, The Free Press of Glencoe, New York, USA, 1957, por Luiz Corção.

Nicz, Alvacir Alfredo. A Liberdade de Iniciativa na Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

Novais, Fernando. O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial, ensaio em Brasil em Perspectiva, organização Carlos Guilherme Mota, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1968.

Orlando, Vittorio Emanuele. Princípios de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, traduzido da 2ª edição italiana do mesmo título, Barbera, Firenze, 1892.

Ortiz, Gaspar Ariño, Princípios de Derecho Publico Económico, Granada Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

Perez, Marcos Augusto. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função, Revista Trimestral de Direito Público, 23;98, Malheiros Editores, p. 124 e segs.

Poulantzas, Nicos. A Crise das Ditaduras - Portugal, Grécia, Espanha, original francês do mesmo nome, edição François Maspero, Paris, 1975, traduzido por Lia Zatz, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.

Prado Jr., Caio. História Econômica do Brasil, São Paulo, Brasiliense, 1977, 20ª edição.

Prata, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Almedina, Coimbra, 1982.

Rivero, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, tradução da "*polycopié*" depositado na Biblioteca Santa Genoveva, na Place du Panthéon, Paris, curso proferido em 1969, por José Cretella Jr.

Rivero, Jean. Le Plan Monnet et Le Droit, Recueil Dalloz, 1947, 34^o Cahier-Chronique, p. 129-132;

Rivero, Jean. Droit Administratif, Dalloz, França, 3^a edição, 1965.

Roll, Eric. História das Doutrinas Econômicas. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1972, 3^a edição, tradução da edição inglesa de 1956, por Lia Silveira.

Romano, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, tradução de Maria Helena Diniz.

Rousseau, Jean-Jacques. Do Contrato Social, Globo, 1962, Porto Alegre, (in Obras de Jean Jacques Rousseau, vol. II, Obras Políticas), tradução de Lourdes Santos Machado, do original, edição C. E. Vaughan, Manchester, 1947.

Sader, Emir e outro(org.). Pós-Neoliberalismo II - Que Estado para que Democracia?, Petrópolis, Vozes, 2^a edição, 1999.

Schwartz, Bernard. Direito Constitucional Americano, Forense, Rio de Janeiro, 1966, traduzido de American Constitutional Law, Cambridge University Press, London, 1955, por Carlos Nayfeld.

Shapiro, Martin. Independent Agencies, US and EU, European University Institute, The Roberto Schuman Center, Jean Monnet Chair Papers, 1996.

Skidmore, Thomas. Brasil: de Getúlio a Castelo, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976, 5ª edição, tradução da edição inglesa "Politics in Brazil, 1930-1964, An Experiment in Democracy, Oxfordo University Press, Inc. N. Y, tradução brasileira coordenada por Ismênia Tunes Dantas.

Silva, Almiro do Couto e. O Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, conferência na XI Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, Porto Alegre, outubro 1989, retirado da página institucional do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, endereço eletrônico www.ufrgs.br/mestredir.

Silva, Almiro do Couto e. A Responsabilidade do Estado no Quadro dos Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, Revista Forense, nº 278, p. 368-370 (tese aprovada no III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Canela RS, 9/81).

Silva, Almiro do Couto e. Problemas Jurídicos do Planejamento, Revista de Direito Administrativo, nº 170, outubro; dezembro de 1987, Fundação Getúlio Vargas, p. 1-17.

Silva, Clóvis Veríssimo do Couto e. O Planejamento na Economia Brasileira, Revista dos Tribunais, nº 659, 09/90, p. 13-23.

Silva, Hélio. 1934 - A Constituinte, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969.

Silva, José Bonifácio Andrada e. Projetos para o Brasil, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

Smith, Adam. Uma Investigação Sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações, Hemus, 2001, Curitiba, tradução da edição inglesa de 1789 por Norberto de Paula Lima.

Soboul, Albert. História da Revolução Francesa, Zahar Editores, 3ª edição, tradução de Hélio Pólvora, Rio de Janeiro, 1981, traduzido da edição francesa "*Précis d'Histoire de la Revolution Française, Éditions Sociales*", Paris, 1962.

Souza, Paulino José Soares de(Visconde de Uruguai), Ensaio sobre Direito Administrativo, Brasília, Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar da edição de 1862.

Souza, Washington Peluso Albino de. A Experiência Brasileira da Constituição Econômica. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1989, nº 305, 01-03/89.

Souza, Washington Peluso Albino de. Conflitos Ideológicos na Constituição, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 74/75-17, UFMG, 1/7-92, p. 17 e seguintes.

Souza, Washington Peluso Albino de Souza, Direito Econômico do Planejamento, Revista da Faculdade de Direito de Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 18, p. 78-164.

Stammler, Rudolf. Wirtschaft und Recht nach der Materialistischenb Geschichtauffassung(Eine Sozialphilosophische Untersuchung), 3ª edição, Leipzig, Veit e Comp., 1914.

Stern, Klaus. Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Barcelona, 1986.

Swisher, Carl Bent. Decisões Históricas da Corte Suprema. Forense, Rio de Janeiro, 1964, traduzido de "Historics Decisions of the Supreme Court", D. Van Nostrand Company Inc., 1958, USA-Canada, por Arlette Pastos Centurion.

Reifner, Udo, *The Lost Penny - Social Contract Law and Market Economy*, em *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Thomas Wilhemsson e Samuli Hurri, Aldershot, Ashgate Publishing, 1999.

Taylor, Graham. *State Regulation and the Politics of Public Service*, London-N. York, 1999.

Urmson, J. O. *Enciclopedia Concisa de Filosofia y Filósofos*, Cátedra, Madrid, 2ª edição, 1982, tradução por Ana Sánchez da "The Concise Encyclopedia of Western Philosophy and Philosophers, 2ª edição, 1975.

Varela, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Almedina, Coimbra, 1991, 7ª edição.

Venâncio Filho, Alberto. *Intervenção do Estado e Liberdade Econômica no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 418-459, em *Tendências Atuais do Direito Público*, Paulo Bonavides e outros, estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

Weber, Max. *Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1991, dois volumes, tradução da quinta edição, adotada e revista por Johannes Winckelmann.

Weber, Max. *História Geral da Economia*, Editora Mestra Jou, São Paulo, 1968, tradução Calógeras da edição alemã de 1958

Weil, Prosper et Pouyaud, Dominique. *Le Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 16ª edição, 1994, Paris;