

PROCEDIMENTO JURÍDICO DO ESTADO INTERVENCIONISTA

ORLANDO GOMES

1 — INTRODUÇÃO

Qualquer tentativa para alcançar uma visão jurídica da realidade contemporânea demanda, muito mais do que a interpretação do direito positivo, a fixação dos traços essenciais da estrutura *política* e da constituição *econômica* da sociedade em que recai.

Não constitui tarefa simples o mais abreviado esboço desses lineamentos. A incapacidade de traçá-lo sugere o emprego da tática, que será obedecida neste estudo, de selecionar, delimitando-o, algumas notas características, na política e na economia, da experiência dos povos do Ocidente, no propósito de apanhar suas repercussões jurídicas e, através dessas lentes, entrever a imagem transeunte da sociedade na ótica do jurista.

2 — A GRANDE MUDANÇA

Na estrutura *política*, a grande mudança em curso é, na síntese mais apertada, para além dos dogmatismos e em qualquer “temperatura social”, a tendência do Estado para se apossar do indivíduo e dirigir a sociedade, tornando-se o protagonista indiscutível da aventura confusa deste fim de século. Ocorreu, como sabem todos, uma reviravolta. Distante não está o tempo em que o principal papel cabia ao *indivíduo*. Não importam as causas que o destronaram, seja até, como parece a deterministas simplórios, a sua perda de peso na dinâmica da produção em consequência da consolidação da produção em massa, ou, em palavras outras, a “degeneração do sistema econômico liberal”. Interessa, para o

momento, o registro da agonia do *indivíduo* à medida que o *Estado* se totalitariza. Interessa ir adiante para averiguar se essa mudança tornou antiquada a *ordenação jurídica*.

3 — DUAS SUCESSÕES

Avançando nesse itinerário, depara o jurista com duas substituições relevantes no panorama político:

- a) — a do Estado *liberal* pelo Estado *social*;
- b) — a do Estado abstencionista pelo Estado intervencionista.

4 — ESTADO LIBERAL

Não há necessidade de descrever o *modelo jurídico liberal* para mostrar que foi ultrapassado. É indispensável frisar, no entanto, que se deve ao *liberalismo* a idéia e a noção de *Estado de direito* na sua mais larga significação, isto é, a organização política cujos elementos estruturais são “os *direitos e garantias fundamentais*, a *separação dos poderes*, a *subordinação do poder à lei*, a *independência da magistratura*” e alguns outros. Um Estado, em síntese, no qual “não reinam os homens, mas a lei”.

5 — ESTADO SOCIAL

Do Estado liberal passou-se, pelas causas conhecidas, ao *Estado social*, que, no seu modelo radical, ou extremista, se preferem, suprime, ou esvazia, o conteúdo das liberdades individuais, elimina a divisão dos poderes e faz da lei mero instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores de *poder*. Já no figurino *moderado*, a substituição do Estado liberal se dá pelo *Estado social de direito*, que introduz, entre os direitos fundamentais, diversas *garantias e direitos sociais*, como procedeu, pela primeira vez, a Constituição de Weimar, há 50 anos. Deixando de lado o problema da compatibilidade ou da completa fusão dos elementos do Estado liberal e do Estado social, tem o jurista de partir para o exame do problema que parece ser o mais importante no encadeamento dessa mudança.

6 — SENTIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tal como elucida *Forsthoff* (*Concetto e natura delle Stato sociale di diritto, in Stato di Diritto in trasformazione*, trad. de Carlo Amirante, Dott. A. Giuffré, Milão, 1973, p. 45) as *garantias* oferecidas pelas Constituições do Estado de Direito têm a sua própria lógica preexistente no conceito mesmo de lei: são *limitações*. Todos os direitos fundamentais clássicos — acentua esse escritor — são *limitações* porque criam setores diante dos quais o poder do Estado deve conter-se.

Sucede que o *Estado moderno*, insuflado de energia autoritária, tende a desrespeitar as *limitações* que por acaso dificultem a sua ação crescentemente alargada, muito embora os países assim modelados hajam subscrito a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* em reconhecimento de que a humanidade civilizada temnos como valores insubstituíveis da organização estatal, sejam quais forem os suportes ideológicos ou pragmáticos em que assenta.

7 — ESTADO DE DIREITO

O jurista honesto reconhece — considerando o significado histórico e ético desse documento — que o *Estado de Direito* não se confunde, nem é peculiaridade do *Estado Liberal*, mas um modelo político que possui “valor eterno e universal” quando, concebido “essencialmente de modo formal”, tenha, como apanágio, “garantir a certeza das liberdades asseguradas na lei”. Nenhuma incompatibilidade se manifesta, desse modo, entre o Estado de Direito, com seus clássicos direitos fundamentais do homem, e o Estado Social, que os acrescenta sob a forma de *direitos de participação*, ou preenche seu conteúdo diversamente, mas sem alteração da substância.

8 — ESTADO INTERVENTIVO E CONQUISTAS LIBERAIS

A possibilidade da coexistência desses direitos individuais e das exigências políticas antiliberais não sofre limitações em consequência da outra mudança que ocorreu com a adoção da política de intervenção do Estado no domínio econômico. Ao contrário do que afirmam os adversários do *liberalismo*, a superação do estilo liberal em economia não significa necessariamente a rejeição, em

política, de conquistas liberais que podem sobreviver coexistindo com o intervencionismo naquela área. Estado interventivo não significa inevitavelmente Estado totalitário.

9 — CARÁTER JURÍDICO DA ATIVIDADE DO ESTADO INTERVENTIVO

Não é, entretanto, esse aspecto *político* das mudanças em causa que interessa considerar nesse estudo, mas, primeiramente, o *caráter jurídico* da atividade que o Estado passou a exercer. Na lição de respeitável publicista alemão, a *intervenção* veio a se processar por dois modos diferentes:

- a) — pela modificação autoritária da ordem social;
- b) — pela participação ativa do Estado nas funções da vida social, atribuindo-se, ele próprio, a função de produtor, comerciante ou distribuidor de bens (*Forsthoff, Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Bruxelas, 1969, p. 131).

10 — O ESTADO-EMPRESÁRIO

A novidade do *Estado-empresário* haveria de dificultar, no começo, a sua ação porquanto estava organizado apenas para a própria defesa e para assegurar o livre jogo dos interesses individuais. Tornando-se uma *empresa*, é compreensível que a sua organização administrativa e seu ordenamento jurídico se revelassem incapazes de acompanhar a *mudança*. Surgiram, em consequência, *novas estruturas jurídicas*, inexplicáveis pelas noções sedimentadas do Direito Público. O Estado intervencionista desempenha misteres que escapam às *técnicas* de *proteção* e de *controle* jurídicos do Estado Liberal (*Forsthoff*), sem ter criado outras adequadas ao seu novo estilo de vida, chegando ao ponto de trocar “as formas rígidas da administração autoritária e burocrática” pelas formas do direito privado, quando substitui o particular, ou com ele entesta, no exercício de atividade econômica.

11 — CLASSIFICAÇÃO DAS MUTAÇÕES

A assunção das novas funções reclamou, como sabe toda gente neste auditório, *técnicas* diferentes que *Farjat* classifica em

4 tipos na perspectiva das modificações que representam em relação às técnicas do Estado Liberal. As *mutações* mais notáveis sucederam:

- 1 — nas técnicas de direção;
- 2 — na evolução da noção de serviço público;
- 3 — no aparecimento do Estado-empresário;
- 4 — na utilização de técnicas mistas (*Le Droit Economique*, pág. 176).

As mudanças interessam ao teórico do direito, na primeira faixa, na medida em que significam *limitações à liberdade de contratar*.

Na segunda, em quanto difundam, pela variedade e extensão, por efeito da *massificação* de importantes vínculos jurídicos, algumas figuras de caráter contratual duvidoso, como as *condições gerais de contratação*, as *relações contratuais de fato* e os *negócios de atuação*.

O interesse de apreciá-las resume-se, na terceira, à observação de particularidades da *empresa pública*.

Na quarta, as *mutações qualitativas* despertam curiosidade, menos por terem provocado o aparecimento de novas estruturas jurídicas, do que pelo desmantelamento da morfologia clássica do Direito, nivelando o Estado e o particular na condição de *sócios* e, mais curioso ainda, fazendo do *contrato* “um meio de exercício da *soberania*”.

12 — O CONTRATO

Todas as *repercussões* jurídicas da *intervenção do Estado na economia* identificadas nessas quatro faixas deslocam antigos marcos do loteamento do Direito, para usar expressiva imagem. Deve ser precedido o seu exame, todavia, de uma observação de relance acerca do deslocamento de um desses moirões, o *contrato*. Apesar das perplexidades acerca de sua função como principal instrumento da vida econômica, em decadência no contexto do voluntarismo jurídico, o *contrato* ainda é encarado e tratado como se houvesse perdurado, imobilizada, a época do seu apogeu, no século XIX. Nos estreitos limites de sua definição clássica não cabem as mais frequentes e interessantes vinculações atuais, embora

insistam doutores e legisladores em reduzi-las ao esquema contratual desatentos para a consequência lógica do novo estilo caracterizado pela adesão de uma das partes às condições preestabelecidas pela outra parte ou por terceiros, que é a de se estar conferindo *poder legislativo* a particulares.

13 — LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE CONTRATAR

As *mutações nas técnicas de comando* percebem-se mais claramente onde já se implantou a política do *dirigismo econômico*. Examinadas à luz de reflexos, no campo do direito, dessa política, a intervenção opera, nessa faixa, por meio de crescentes e cada vez mais enérgicas *limitações à liberdade de contratar*.

Sabe-se que, na ordem jurídico-privada do Estado Liberal inspirada no voluntarismo jurídico e sistematizada pela escola das Pandectas, imperava o princípio da liberdade de ação, limitadíssimas sendo as restrições a seu uso. Assegurava-se aos particulares largo poder de *auto-regulação*, pelo *negócio jurídico*, dos seus interesses, concedendo-se-lhes uma *autonomia* que não devia ser cerceada nem diminuída, por ser “expressão de sagrado respeito à liberdade individual”.

14 — SIGNIFICAÇÕES DA LIBERDADE CONTRATUAL

Aplicado no terreno do Direito das Obrigações, o princípio de *autodeterminação* dos indivíduos desdobrou-se, como *liberdade contratual*, assumindo pelo menos cinco distintas significações:

- 1.^a) — a de concluir contratos ou abster-se de contratar;
- 2.^a) — a de estipular livremente, de comum acordo, o conteúdo dos contratos;
- 3.^a) — a de substituir pontos de esquema legal do contrato;
- 4.^a) — a de realizar contratos não previstos na lei, e
- 5.^a) — a de escolher a pessoa com a qual se quer contratar.

15 — OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR

A *liberdade de abster-se de contratar* sofre atualmente derrogações nos negócios jurídicos em cuja formação falta a uma das partes espontaneidade na vinculação. Diz-se que certos sujeitos de

direito, como os concessionários de serviços de *assistência vital* e os donos de empresas monopolizadoras, têm *obrigação de contratar*. A liberdade vira, nesse caso, necessidade.

16 — CONTRATO REGULAMENTAR

Um dos elementos considerados imprescindíveis à *técnica* da contratação era a liberdade de fixação do *conteúdo* do contrato. Os interessados em contratar determinavam livremente, como ainda procedem em diversos contratos, as cláusulas do negócio a ser entabulado, disciplinando, como lhes convinha, os interesses contrapostos. Hoje, essa liberdade sofre, em certas áreas, algumas *limitações*, que não procedem apenas de *lei* através da imposição às partes de um *regulamento* da relação jurídica, mas que derivam igualmente de "*normas jurídicas individuais*" estabelecidas pelos particulares em condições de prescrevê-las e de impô-las.

17 — REGRAS IMPERATIVAS

Num crescendo que parece irrefreável, aumentam as *disposições imperativas* no regime legal dos contratos e diminuem os preceitos *dispositivos* ou *supletivos*, de tal sorte que muitos temem a *socialização dos contratos*, a sua transformação em mera formalidade, a sua subordinação estrita a indefinidos interesses coletivos e a sua constante adaptação às circunstâncias econômicas cambiantes.

18 — CONTRATOS ATÍPICOS

A liberdade de concluir *contratos atípicos*, conquanto seja uma das expressões da liberdade contratual que estão a sofrer mudanças qualitativas, não entende essas mutações com as técnicas de comando. Consistindo no poder de auto-regulação dos próprios interesses por meio de combinações contratuais ou de contratos inominados *stricto sensu*, suas restrições progredem no compasso das limitações e contrações da propriedade privada dos bens de produção, tendo desaparecido completamente onde a aquisição de bens foi circunscrita ao setor do "consumo e conforto pessoais".

19 — CONTROLE ENCOBERTO

As derrogações e delimitações da liberdade contratual pelos métodos e processos que acabam de ser sumariados apresentam-se em cores mais vivas quando se classificam entre as medidas de *controle preventivo* exercido pelo Estado sobre a atividade patrimonial dos indivíduos. Vai, todavia, intensificando-se o *controle a posteriori* do seu exercício, mas através dos *tribunais de justiça*. Não se cinge à *interpretação* da vontade dos contratantes, nem à invocação dos conceitos imprecisos de *ordem pública* e *bons costumes*. Até esse tipo de *controle* engrossa na medida em que ganham objetividade certas noções como a *boa-fé* e o *abuso de direito* ou entram em circulação alguns valores éticos em processo de formalização jurídica. Não são no entanto essas mudanças no *controle aberto* dos contratos que assinalam com originalidade e significação moderna o verdadeiro alcance das transformações da repressão aos abusos da liberdade contratual. O que há de novo e característico no particular é o chamado *controle encoberto* que os tribunais exercem através da aplicação da *teoria objetiva da causa*, da interpretação das "cláusulas de excessiva dureza" nos contratos de adesão, e da proteção às partes frustradas em legítimas expectativas.

20 — NOVAS TÉCNICAS

Por todas estas alterações, que fazem do contrato, numa feliz imagem, um *frasco de perfume vazio*, o Estado moderno emprega *técnicas* novas para dirigir a economia e exercer maior controle da vida social.

21 — A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO

O que *Farjat* registra como "evolução da noção de serviço público" é a transformação no caráter jurídico da administração pública mediante a sua participação ativa nas funções da vida social. Comprometido, de certo tempo aos dias correntes, a administrar bens como empresa e a prestar serviços de vital interesse para a população, o Estado moderno envolveu-se em *relações jurídicas* que, por sua formação e natureza, se afastam do *contrato* e reclamam tratamento especial. Detenha-se, por instantes, a aten-

ção nas *relações contratuais* de fato que ele trava às carradas na medida em que passa a ser o fornecedor exclusivo de energia elétrica, de água, de gás, de transporte e de comunicações, todas já *massificadas*. Na esteira dos Simitis, dos Siebert, dos Larenz e de tantos outros doutores, a nova fonte de obrigações, descoberta há pouco mais de trinta anos por *Haupt*, vem sendo invocada para explicar fatos jurídicos irredutíveis ao *contrato*, mas principalmente para esclarecer que nessas *prestações "uti singuli"* do Estado não podem ser aplicadas as regras do regime legal dos contratos quanto à formação, à capacidade dos intervenientes, aos vícios da vontade, à extinção e à interpretação. Autocriam ordenação jurídica semelhante — é verdade — à que deriva de um contrato no aspecto externo e nos efeitos, mas conservam a originalidade posta em realce justamente pela mudança no caráter jurídico da administração pública.

22 — SOCIEDADE ANÔNIMA PÚBLICA

No desdobramento dessa política de exercício e execução de atividades antes reservadas aos particulares, o Estado faz-se *empresário*, utilizando-se das categorias jurídicas do *direito privado* para participar dos negócios, quando menos em setores básicos da economia. Na sua própria organização e funcionamento, procura assemelhar-se a uma *empresa* que planeja e executa sua atividade visando obter o maior rendimento, dirigida comercialmente por tecnocratas e executivos. Ao passar a exercer *atividade econômica* na condição de produtor e vendedor de bens de consumo, teve de organizar “unidades produtivas fundadas na divisão do trabalho”, para explorar determinado empreendimento industrial ou comercial. Surgiu, como se sabe, a *empresa pública*, e naquelas que adotaram a forma da sociedade comercial por excelência, que é a *sociedade anônima*, a necessidade de aproveitar apenas o mecanismo desse tipo de organização jurídica da empresa determinou alterações na sua composição e funcionamento que estão repercutindo na própria noção dessas sociedades e em sua estrutura no campo do Direito Privado. E, como a *sociedade anônima* é atualmente uma forma singular de *propriedade* que não recai em bens corpóreos nas que possui significação social e política infinitamente superior, podem-se imaginar as

conseqüências da metamorfose por que passa esse mecanismo jurídico sob o impacto de suas desarticulações para ser utilizada pelo *Estado-empresário*.

23 — ADMINISTRAÇÃO CONTRATUAL

A utilização de *técnicas mistas*, tanto na economia como na administração, tanto, por outras palavras, pela difusão das sociedades que se formam pela associação do capital privado ao capital público como pela associação de particulares à administração pública com suas prerrogativas, também repercute nas técnicas jurídicas. Dentre as novidades nessa mudança, salienta-se a denominada “participação jurídica” dos particulares. O Estado, em vez de intervir autoritariamente para estabilizar, por exemplo, preços, contrata com os particulares o seu congelamento, dando-lhes compensações. Surgiram na França, em conseqüência, os *contratos de estabilidade* (1965) e os *contratos de programa* (1966), procedentes ambos dos mesmos mecanismos. Estão aumentando, por semelhante técnica, os *órgãos privados de intervenção* nas atividades econômicas. Pratica-se, em última análise, a “*administração contratual*”, modalidade de concerto entre “os poderes públicos e os poderes econômicos”, titulado num *contrato* para a elaboração, realização ou execução de um regime administrativo.

Interessa ressaltar, nessas práticas, a suspeita de que traduzem o paradoxo da *privatização* do *Direito Público* e ressuscitam a figura sepultada do *quase-contrato* para execução dos *planos* oficiais, por outros qualificados como *promessas de comportamento*.

24 — A PUBLICAÇÃO DO DIREITO

Ora, esse novo Estado militante que faz valer suas prerrogativas onde não cabe intervenção autoritária, que concorre em determinados setores com os particulares, que se descomede na sua política expansionista na área econômica e ao mesmo tempo imita o particular na organização de suas empresas e empreendimentos, submete sua atividade produtiva e comercial às regras aplicáveis aos particulares e parte para a administração contratual, procede tão contraditoriamente que, no território do Direito, estouram as muralhas que separavam o *direito público* do *direito*

privado, causando uma *confusão* que leva perigosamente à suposição de que, apesar dos recuos paradoxais, tudo se tornou, está se tornando, ou se tornará *público*, nenhum setor se subtraindo, na onda do totalitarismo, ao domínio do *direito público*.

25 — “TROPPO STATO”?

Tanto se ampliaram e diversificaram as tarefas do Estado moderno que já se indaga se não temos Estado em demasia, em excesso, em sobejidão. Menos importa, entretanto, essa tendência expansionista do que a restauração da “prática da desigualdade entre o Governo e os governados”, designadamente na subtração da atividade administrativa à “força obrigatória das leis de aplicação geral”. Observa *Friedmann (El Derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino Torner, Fondo de Cultura Económica, Mexico — Buenos Aires, 1966, p. 405) que os tribunais ingleses, durante a última guerra, em vez de aproveitarem a oportunidade para eliminar, ou ao menos reduzir, a margem de desigualdade entre governantes e governados, fizeram precisamente o contrário, e que, no direito norte-americano, a legislação comum é inaplicável ao Estado a menos que a lei a ele expressamente se refira.

Contra esse tratamento discriminatório levantam-se vozes que ainda acreditam na legitimidade e eficácia de medidas e garantias jurídicas para proteção do indivíduo contra as arbitrariedades da burocracia. Quando se aceita, porém, a tese de que as autoridades públicas devem ser protegidas pelo “*escudo da Coroa*”, como se diz na Grã-Bretanha, recusa-se aplicá-la nas situações decorrentes de atividades que põem o Estado ao nível dos particulares, como se configuram no exercício das atividades industriais e comerciais do Estado. A tese — observa o autor citado — corresponderia a uma interpretação inteligente das muitas atividades novas do Estado sem sacrificar a liberdade de ação do Governo em outras esferas.

Estando, porém, a prosperar nos tribunais a opinião de que deve ter, em qualquer esfera, uma posição de privilegiado e de incontrastável supremacia, desenvolve-se a propensão para atribuir até significação diversa ou efeitos diferentes a vínculos jurídicos esquematizados pelo direito privado somente porque uma das partes é o Estado.

Reflexo dessa orientação, no aspecto que nos interessa, é a oposição entre o sistema, os conceitos e o método do Direito Civil e a teoria do Direito Administrativo. Justifique-se esse divórcio ou não, é fora de dúvida que as construções dos administrativistas sobre as atividades do Estado moderno refletem fundamentalmente a mudança em sua conduta e missão.

26 — CONCLUSÃO

Indicadas, como acabam de ser secamente, algumas repercussões, na dogmática e na técnica jurídicas, da evolução social contemporânea no seu *aspecto político*, caracterizada pela amplitude e intensidade da ação do Estado, é tempo de concluir com breve alusão à urgência com que os juristas devem atentar para o tema da *participação do Estado* na vida econômica da sociedade. Defrontamos, nos países ocidentais, uma via que leva, nas palavras de *Barcellona (Distritto Privato e processo economico*, Jovene Editore, Nápoles, 1973, p. 300) a um compromisso entre os dois modelos extremos: a *economia de mercado livre* e a *economia totalmente planificada*, na tentativa de realizar uma combinação da liberdade individual com a direção da economia pelo Estado. Esse é, como adverte o citado autor, o problema capital da *organização jurídica* das relações econômicas.

Todavia o que mais importa para nós juristas, se formos lúcidos, é compreender a inutilidade de tentar “reconduzir a realidade jurídica ao modelo da liberdade contratual”, expressão da livre iniciativa. O modelo é hoje de uma economia que esvazia a autonomia privada e minimiza o negócio jurídico. São suas novas técnicas e suas categorias jurídicas próprias que devem ser estudadas, definidas, interpretadas, sem nos esquecermos, contudo, de que esse direito novo não deve ser a negação do Direito.

A corporação dos advogados de Nova York realizou, em 1970, um simpósio para discutir a viabilidade de adaptar os institutos jurídicos às necessidades da sociedade em transformação desta segunda metade do século XX, tendo publicado os debates num livro que intitulou *Is law Dead? Está o Direito Morto?* Um leitor comentou que o próprio simpósio respondera à interrogação tão afirmativamente quanto seria a conclusão a que chegaria um congresso promovido pelo Vaticano para discutir se Deus está morto (Bernard Schwartz, *The Law in America*, p. 325).