

O DIREITO E A REALIDADE ECONÔMICA BRASILEIRA

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Na interação do Direito e da Economia, há de identificar-se a existência de um Direito Individualista de um Direito Institucional e de um Direito Comunitário, a empolgar a tradicional distinção entre o Direito Público, e o Direito Privado e, mais modernamente, o Direito Social.

Desde há muitos séculos, vários têm sido os critérios de distinção — a qual é importante, eis que atende à natureza das coisas, ainda que, para muitos, tenha sentido meramente didático — primeiramente, entre o *ius publicum* e o *ius privatum*, e, mais recentemente, também com referência ao Direito Social. O mais antigo é o fundado no *interesse* com base no célebre dizer de Ulpiano “publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”.

O Direito Social diz respeito ao *interesse* de grupo ou classe social, da comunidade, de segmento da sociedade, ou dessa como um todo, inclusive, da Nação, revestida das tradições, das identidades, das perspectivas futuras comuns que a caracterizam.

É certo, todavia, que existem outras etapas a serem cumuladas com a anterior.

Daí o critério que realça a natureza das relações sócio-jurídicas em jogo.

A vida social é vida de *relação*; e a vida jurídica, a área desse relacionamento que é juridicizada.

Podemos caracterizar um relacionamento sócio-jurídico *individual*, constituído de relações de vinculação entre indivíduos jurídicos, em pé de igualdade, como se se tratasse de ilhas isoladas, entre as quais se estabelecesse uma ponte.

Nesse relacionamento, há a auto-regulação, a disposição, a autocomposição dos próprios interesses, no exercício de poderes jurígenos que o ordena-

mento jurídico confere, e a responsabilização decorrente de fatos jurígenos, como na área dos atos ilícitos.

Cumpra assinalar que o Direito atribui a qualificação de indivíduos jurídicos de pólos individualizados de interesses juridicizados, não apenas às pessoas físicas, mas às pessoas jurídicas, e, ainda, a outras figuras que têm parcelas de personalidade, como o condomínio horizontal, a massa falida, o espólio, a herança jacente.

Mas os indivíduos agrupam-se em organizações sociais, em *instituições* em cujo interior, pela divisão de situações jurídicas, com a criação de funções de *comando*, se estabelecem *relações de supremacia*, com vistas, sempre, é claro, à realização do bem comum, dos fins institucionais ou coletivos.

Finalmente, ao contrário das *relações de igualdade*, que se identificam, juridicamente, dissociadas de qualquer contexto, e das de *supremacia* que se formam no interior das instituições sociais, podemos reconhecer a existência das *relações comunitárias*, que têm como cenário um grupo, uma classe, um segmento social, a sociedade inteira, a Nação, contexto não institucionalizado, aberto, a que se pertence por contingências sociais e a que se está vinculado: é o campo dos interesses difusos, transindividuais, embora solidários.

As *relações comunitárias*, enquanto endógenas, são grupais, de agregação, enquanto exógenas, entre grupos, classes, segmentos, ou dos integrantes de uns frente aos de outros, são relações de equilíbrio, na medida em que procuram equalizar, compensando as diferenças naturais e sociais entre os que se relacionam.

Nas *relações interindividuais*, o pressuposto é a igualdade entre os pólos da relação; nas *intra-institucionais*, a supremacia de um dos pólos; nas *comunitárias*, a desigualdade social que se busca superar.

Nenhuma dessas assertivas tem implicações com o princípio da isonomia, que impõe o mesmo tratamento às pessoas (como indivíduos jurídicos) que se encontram na mesma situação jurídica.

O Direito Público Interno é o Direito do Estado como instituição sócio-política, sendo, assim, um Direito Institucional.

No campo do Direito Público, encontramos o Direito Administrativo Econômico, constituído das regras que dispõem sobre a atuação e a organização governamentais no campo da Economia, como as que tratam da posição das empresas governamentais e paradministrativas no contexto estatal; e as de polícia econômica, na prevenção, fiscalização e repressão ao abuso do poder econômico.

O Direito Individual Econômico é composto do Direito Comercial, do Direito Societário, do Direito Civil Econômico.

Mas a grande inovação é o Direito Social Econômico, que é o Direito da Ordem Econômica, da Atividade Econômica comunitariamente ou institucionalmente considerada, eis que o difuso tende a se coletivar, mercê da criação das instituições de defesa dos respectivos direitos e interesses.

É o Direito que desenvolve as regras constitucionais sobre essa ordem e essa atividade econômicas.

Em termos de realidade econômica, vivemos, no Brasil, em crise endêmica e progressiva.

Crisis, is, em latim, significava alteração no quadro de uma patologia, “para melhor ou para pior”, segundo o famoso dicionário Saraiva.

Não obstante encerrar, atualmente, na linguagem mais comum, um sentido negativo, de situação desfavorável, se tomada no campo da Economia Positiva significa o ponto de transição entre um período de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa. De qualquer modo, é, sociologicamente, “situação grave, em que os acontecimentos da vida social, rompendo padrões tradicionais, perturbam a organização de algum ou de todos os grupos integrados na sociedade”.

A noção de *crise* envolve, necessariamente, a de *transformação*, embora se sustente (Nelson Saldanha), que possa haver essa sem aquela. SAINT SIMON distinguiu entre *épocas orgânicas*, ordenadas e criadoras, e *épocas críticas*, agitadas e destrutivas. O que nos transmite o sentimento de crise é que essa transformação destrutiva, essa ruptura do equilíbrio, se dá sem o vislumbre do caminho, da solução para sua superação, o que faz nascer, diante do impasse, a sensação de frustração, de impotência, de sucumbência, e, correlatamente, de medo, ou até de pânico, pela não-visualização da tão invocada e esperada “luz no fim do túnel”. Fase de transição na qual, abalada a ordem estabelecida, ainda não foi ela sucedida por nova.

Carlos Fernando Mathias fala-nos de *crises de época* e de *épocas de crise*: a crise de uma época é um momento que logo se supera, e sem grandes transformações ou maiores alterações no *statu quo* vigente, já, em época de crise, não há outra solução que não profundas transformações, cabendo mesmo falar-se em nova ordem.

Há, biologicamente, no homem, a crise da puberdade, a da adolescência, da meia-idade, da terceira idade, as doenças, mas, num organismo física e mentalmente equilibrado, essas crises, que são naturais, naturalmente também se superam, isto é, de acordo com as leis da natureza, eis que corpo e espírito têm os mecanismos próprios de encontro do novo equilíbrio. O mesmo se passa no social. *Crise negativa* haverá se esses mecanismos não funcionarem adequadamente, seja porque os anticorpos psicossomáticos ou sociais não sejam

eficientes, pelo vulto dos fatores críticos, por sua virulência, pela rapidez da sua atuação, pela existência de elementos antagônicos que intervêm no processo conflitual, dificultando, ou mesmo impedindo, o funcionamento dos instrumentos de superação, ou pelo esgotamento desses.

Aspecto relevante é que as crises podem ser causadas por fatores externos, aleatórios, ou, por fatores internos — falhas, brechas, deficiências, insuficiência do próprio sistema existente.

A crise — e, como se diz, o caos — se caracteriza, em sua máxima potência, quando esses instrumentos não se mostram apenas deficientes, mas revelam-se insuficientes.

Por outro lado, essa transformação radical, ou a própria substituição da ordem vigente, podem, no campo político-social, ser consensuais ou conflituosas, graduais ou repentinas.

No campo social, sublinha Nelson Saldanha, “vivemos num tempo, a época contemporânea, que se parece caracterizar por um acúmulo de transformações, em cujo bojo a impressão de crise se veio tornando uma constante: a noção de crise termina, de certa maneira, por ser um modo de sentirmos as coisas “atuais”. Da insatisfação ou da *malaise* criada pela sensação de crise, podem resultar atitudes as mais diversas, inclusive — e basicamente — o voltar-se para o passado e o voltar-se para o futuro, dois giros que, segundo certos pensadores (e segundo certas orientações em sociologia do conhecimento), exprimem dois tipos fundamentais da utopia”.

Dentro desse quadro, torna-se necessário identificar se há evolução, melhoria; ou se há crise sem evolução, e quais os remédios a serem empregados, as veredas a serem trilhadas, se realmente eficazes, ou se meras panacéias ou retoques de toucador.

Podemos afirmar que estamos em *época de crise*, em face da enorme gama de problemas sociais que se adensam, aumentando em quantidade, grau e intensidade, sem que soluções sejam postas em prática à altura de seu enfrentamento e superação, a gerar mais do que a insatisfação com as repostas, a incerteza, a perplexidade e a angústia: a antevisão do caos, e, até mesmo, da própria destruição, eis que, com o domínio de forças da natureza, o homem, que sempre pôde destruir-se a si mesmo e a seu semelhante, tornou-se capaz de eliminar toda a humanidade.

Saliente-se que a crise é individual e social em sua globalidade, a envolver os aspectos íntimos da moral, da religiosidade, da saúde física e mental, e as grandes questões coletivas e comunitárias, no setor familiar, educacional, das condições de habitação, de trabalho na cidade e no campo, de lazer, de segurança, de tranqüilidade, de saúde, de meio ambiente, de comunicação social,

em que valores são destruídos, ídolos e ideologias são forjados, a violência e os conflitos se disseminam e agravam.

Essas várias crises se fundem, potencializando-se pela interpenetração, na grande crise contemporânea, sentida, de modo mais aflitivo, nas sociedades mais carentes, eternamente colonizadas, exploradas, espoliadas.

Tudo isso evidencia que a solução não pode ser departamentalizada, mas produto do emprego harmônico dos mecanismos das diferentes áreas, que permitam, englobadamente, dar resposta a cada uma das crises setoriais, e à sua resultante.

Nisso se radica a diferença entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social, porque, como salientou Arnoldo Wald, “a História revela que os planejamentos puramente econômicos fracassam, quando não acompanhados e complementados por mudanças de estruturas e de mentalidade social”. O Direito do Desenvolvimento seria o Direito Econômico humanizado e democrático.

É certo que há esperança, pois que a História nos mostra que as crises da sociedade humana têm-se superado através dos tempos.

Em face de tal diversidade crítica, cabe acentuar, neste passo, que a solução poderá advir dos mecanismos do próprio sistema, de medidas suplementares especiais, de emergência, ou exigir a transformação profunda ou a substituição do sistema, da ordem estabelecida.

Fixemo-nos na crise econômica brasileira.

A realidade mundial das economias e o quadro jurídico apontados nos mostram que não há lugar para a economia liberal *smithiana*, nem para a estatização soviética, sendo certo que a socialização mais ampla não parece ser solução que possa, mesmo para os que a defendem, ser adotada em breve prazo.

Côncios de dados inquestionáveis, como a imperfeição humana; o ser o desejo de lucro inerente ao homem, a necessidade de balanceamento entre a liberdade e a autoridade, a tendência, ao abuso, de quem detém o poder; partamos para o viável, sempre acalentando o propósito de aprimoramento contínuo, com a certeza de que nunca se chegará ao ideal.

De tudo que foi dito pode concluir-se que a crise econômica brasileira é estrutural e não conjuntural.

Mas de que estrutura estamos tratando?

A ordem jurídico-econômica estabelecida pela Consituição Federal vigente é equilibrada, em linhas gerais.

Garantindo as liberdades patrimoniais e exigindo o mercado como espaço social próprio do exercício da atividade produtiva e de trocas, a CF contemplou um sistema que, no jargão tradicional, se diria capitalista.

Capitalismo, como sistema econômico, que não se confunde, todavia, com liberalismo (Eros Roberto Grau), que é, apenas, um dos regimes compatíveis com aquele, como o são outros. Quer na sua forma pura, do “laissez-faire, laissez-passer, le monde va par lui-même”, quer na travestida de um falso neoliberalismo.

Como acentua José Paschoal Rossetti, mesmo em regime de abstenção do Estado, admite-se, ainda que muito limitadamente, sua intervenção na vida econômica, termo que denota que se trata de atuação em setor que lhe é estranho, do qual ele não participa não é partícipe, parte; sempre respeitados os princípios nucleares do regime. Assim, era papel do Poder Público a defesa contra agressões externas e a preservação da ordem e a tranquilidade internas; a manutenção de planos de assistência social, à época chamada de *caridade pública*; a humanização das relações entre o capital e o trabalho; o desenvolvimento da ciência; o apoio à colonização; a realização de serviços públicos não enquadrados na esfera de interesse da iniciativa privada; e a manutenção de plano educacional.

São atividades de apoio, civilizatórias e de policiamento. No exercício das funções tradicionais do Poder Público, circunscritas, ademais, pelos princípios do regime absenteísta do Governo, esse só tangenciaria a atividade econômica em pontos restritos.

Mas, mesmo em Países liberais, identificam-se, como nos Estados Unidos da América, as figuras do *public utility* e do *business affected with a public interest*.

O verdadeiro *neoliberalismo* surge a partir da obra de John Maynard Keynes, principal teórico do intervencionismo moderado, construtor da moderna Análise Macroeconômica e autor da obra em que se estabeleceram os novos rumos da Política Econômica neoliberal: “The General Theory of Employment, Interest and Money” (1936). Surgida após a Grande Depressão iniciada em 1929, essa Política se baseou no manejo de mecanismos fiscais, associado a uma nova compreensão dos instrumentos monetários, a par do emprego de expedientes de controle direto, com o afastamento da extremada posição do *laissez-faire*.

Sob a influência das idéias de Karl Marx, a Rússia implanta, revolucionariamente, o socialismo (para muitos capitalismo) de Estado, mediante a chamada planificação global da Economia, com pleno domínio do Poder Público na ordem econômica, basicamente constituída, apenas, do setor governamental.

O sistema de plena intervenção passou a enfrentar, igualmente, uma série

de problemas ligados aos entraves criados pelas centrais de planificação, o que levou à diversificação setorial e à abertura do leque de atividades.

O esforço bélico da 2ª Grande Guerra, por seu turno, fez com que as Economias liberais se aproximassem, ainda mais, das técnicas de planificação.

O despertar das Nações subdesenvolvidas, que não chegaram, ao século XX, beneficiadas com o desenvolvimento econômico, levaram os *policy makers* das Economias, e que aspiravam pelo desenvolvimento, a recorrer a novos modelos de intervenção, capazes de, num regime misto, conciliar estímulos da livre empresa com a orientação, a indicação moldada na Política e Programação Econômicas, e que produziram a aceleração do crescimento.

O sistema-síntese, que podemos chamar de *capitalismo social*, caracteriza-se, por conservar, como instituições fundamentais, o mercado, a empresa, as liberdades econômicas, tendo, porém, no Estado, no Poder Público, a situação de agente e de sujeito econômico, partícipe, e não mero interventor — e, daí, dever falar-se de participação e não de intervenção governamental —, atuando como pólo de fixação dos objetivos globais e de gestão da Política e do Programa Econômicos, segundo limites de conteúdo, limitações de exercício quanto à propriedade dos meios de produção, distribuída entre o setor privado e o setor público. O exercício do livre empreendimento convive com a iniciativa governamental setorial; a concorrência empresarial passa a submeter-se a uma certa dose de orientação e estímulo dos instrumentos de Governo; o mecanismo das forças do mercado conjuga-se com a função orientadora e atuante do Poder Público.

Esta é, em linhas gerais, a moldura constitucional de nossa ordem econômica, com um ideário dos mais nobres e com instrumentação adequada; em grande parte, de exequibilidade plena, inclusive na qualificação, que não é meramente programática, da parte substantiva, e que serve de bitola do poder discricionário legislativo e administrativo, e cuja extrapolação identifica o abuso de poder, a viciar a atuação governamental.

No mais, carece de complementação legislativa e da imprescindível atividade executiva.

Legem habemus, todavia, mas, como costuma ocorrer, não é cumprida, executada ou aplicada.

E legislação abundante, quer no campo do Direito Material, quer Processual, a abarcar o abastecimento, a criminalidade empresarial, a repressão ao abuso do poder econômico, a defesa do consumidor.

Constituição e legislação como toda obra humana, com imperfeições, a exigir permanente aprimoramento e atualização.

Mas o cerne do problema nelas só não está, e sim, conforme gizado, na

sua execução, vivência e aplicação, ou seja, em sua concretização, pelo homem público, ou pelo particular.

Como salientou, com propriedade, Orlando Gomes, “os juristas insurgem-se, com maior ou menor veemência, contra o *individualismo jurídico*, mas, no fundo, conservam o respeito, a admiração e o fervor por essa harmoniosa racionalização de interesses privados. Não externam confessadamente esses sentimentos. Procuram, antes, dissimulá-los. Sente-se, porém, que os conservam, porque, nas suas dissecações mais arrojadas, suspendem o bisturi sempre que percebem que vão atingir o ponto vital. O individualismo, com efeito, permanece com uma força de atração, que, simultânea e paradoxalmente, desencadeia impulsos de ódio e amor”.

Nesta visão, é que se pode lembrar que, de há muito, se fala da *crise do Direito*. De modo mais completo, porém, em oração de sapiência proferida, em 1952, na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, o mestre Afonso Arinos de Melo Franco fez a oposição *Crise do Direito e Direito da crise*.

Delimitou, à época, o grande e saudoso jurispublicista e político, a crise do Direito, ao Direito Positivo em sua formulação, execução, vivência e aplicação, e não, certamente, quanto ao conhecimento jurídico, à sua cientificidade.

Em verdade, porém, tem havido progresso no Direito Substantivo e Adjetivo, apesar de certo desprezo pelos estudos, pela pesquisa, em nível científico, do Direito; pelo predomínio do sentido pragmático, imediatista, utilitário, na busca apressada, aligeirada, de soluções concretas para os magnos problemas da humanidade, de cada Nação ou indivíduo, com olvido de que, sem sólida base científica, e com o abandono do aprofundamento e do progresso da Dogmática Jurídica, as soluções, na formulação da regra, e na sua tradução concreta, seja pela vivência de seus destinatários, seja na execução pela AP, ou na aplicação pelo Juiz, serão inadequadas, estéreis, quando não desastrosas. Ao invés de medicina preventiva ou curativa, teremos o curandeirismo e o charlatanismo jurídicos.

Dá a insatisfação crítica com o Direito posto, e o surgimento de ordens paralelas, marginais, às vezes até mais bem estruturadas, inclusive no chamado “crime organizado”; sem nos esquecermos do surgimento de opções, como a da Escola do Direito Livre e do Direito Alternativo.

É, exatamente, em época de crise que se deve solidificar e prevalecer o que há de permanente e básico na Ciência Jurídica, seja em termos de principiologia; de categorias fundamentais, seja de hermenêutica e de concretização, com respeito às garantias individuais, coletivas, sociais e políticas inerentes ao Estado Democrático do Direito.

A visão do perene jurídico decorre de que o Direito existiu e existirá

sempre no meio social, de sua cientificidade, Ciência Social que é, com seu mecanismo de causalidade, de imputação de efeitos a fatos geradores através da incidência da regra jurídica; com seu núcleo permanente, embora sempre sujeito a novas descobertas, pois que lida com princípios e elementos cuja existência independe de nós. Essa inteligência da fenomenologia jurídica não é, pois, imobilista, e não pode significar o represamento da evolução científica e positiva do Direito; nem que a busca — sempre incompleta — do equilíbrio, da harmonia e da segurança sociais, equivalha à estagnação e, muito menos, ao retrocesso.

E a prova da grande evolução jurídica foi, exatamente, o desenvolvimento do Direito Social, de que é parte o Direito Econômico, que se somou às conquistas jus-políticas do individualismo jurídico, retirando-lhe os excessos, escoimando-o dos abusos, evitando que leve à opressão pelo mais forte, pelo que se privilegia, em desfavor do carente, do subjugado; para, na participação da sociedade civil; na institucionalização de suas manifestações associativas; na minimização das desigualdades naturais e sociais, ascendam o deficiente e o hipossuficiente.

A crise é, portanto, de concretização da ordem jurídica, constitucional e mesmo legal. E a superação desse quadro não se dará sem a atuação concreta do Estado, como agente econômico, normativo, regulador, incentivador, fiscalizador, planejador; e como sujeito da atividade econômica, como produtor de bens e serviços, ou como consumidor.

As grandes deficiências estão no próprio homem, pela falta de condições, desde pré-natais, passando pelas de saúde e educação, tudo isso imerso em profundo abalo das instituições sociais, mesmo não diretamente econômicas.

Neste contexto, o próprio Governo não poderia deixar de estar, também, em crise.

A organização administrativa brasileira, que somente se desenvolveu a partir de 1930, fê-lo sempre tumultuadamente, sem programação e método definidos, a sofrer, periodicamente, necessárias “reformas”, que, de um lado, evidenciam a consciência da inadequação da estrutura vigente; mas que, de outro, se têm mostrado incapazes de superação de problemas, quando não geradoras de novos vícios e deficiências.

Aos males do autoritarismo do centralismo, da burocracia, do bacharelismo, do cartorialismo, do corporativismo, se somaram os da tecnocracia, da visão megalomânica.

Mas o que ocorreu é que, sob a invocação inicial de “enxugamento” da máquina administrativa, da “desestatização” do que não se enquadrava na moldura do art. 173 da CF, do corte de excessiva “regulamentação” da Eco-

nomia, caracterizando o que seria o abuso do poder atribuído pelo art. 174 da CF, partiu-se para uma postura, não neoliberal, mas liberal ortodoxa, com o Estado limitado a atribuições até aquém das que tradicionalmente lhe cabiam, embora sob a alegação de poder ele melhor desempenhá-las. Chegou-se ao desmantelamento, ao esfacelamento da AP brasileira, com seu enfraquecimento, o seu aviltamento; com a extinção de órgãos e entidades importantes e, até mesmo, vitais, inclusive na chamada administração econômica; o sucateamento do quadro de servidores, com despropositadas e onerosas inativações por disponibilidade, e o perverso achatamento remuneratório da maioria dos funcionários, não obstante a existência de uma pequeníssima minoria privilegiada. A partir de uma falsa campanha contra “marajás”, criaram-se sultanatos e emirados. Ao invés do aprimoramento, da agilização, inclusive pela descentralização sem despojamento (cf. art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67), chegou-se à desagregação.

E o que ocorreu, como adiantado, foi a deficiência ou até insuficiência da atuação do Poder Público, mesmo nos setores justamente tradicionais, como os da segurança pública, da saúde, da educação, da previdência social. Encetou-se uma política de “privatização” aleatória, a dilapidar o patrimônio público; a favorecer o setor privado não produtivo, privilegiando a especulação financeira e até mesmo imobiliária; a criar flancos em setores estratégicos; e a espriar muitos outros males, de difícil, senão penosa recuperação.

“Terceirizações”, “parcerias”, concessões e permissões devem ser cautelosamente praticadas. “Flexibilizações” não devem significar destruição.

Ameaças pairam sobre a própria infra-estrutura, como o setor viário e o de telecomunicações, que sorveram, muitas vezes, em obras despropositadas, para não se dizer criminosas, recursos fabulosos, concausa do agigantamento da dívida externa, interna e social; e que se pretende, agora, entregar a terceiros, que, aliás, se valem de muitas dessas facilidades, pagando preços públicos vis.

Nos modismos de má inspiração, sob a invocação da “modernidade”, a “privatização” chega a ser apresentada como a chave para a solução de todos os males nacionais, e os mais engajados partem para privatizar estradas (com implicações na liberdade de ir e vir) e estabelecimentos prisionais. Efetuado, o pagamento, com as chamadas “moedas podres”, lesa-se o domínio nacional, e não se desenvolve a Economia.

Esquece-se de que a ordem constitucional, que abrange a ordem econômica, deseja o Estado-empresário, nos termos do estatuído pelo art. 173 da CF. E quer o Poder Público normatizando, regulando, fiscalizando, incentivando, planejando, consoante a prescrição do art. 174.

A AP tem que ser forte, embora não autoritária e nisso a estrutura, os meios humanos e materiais, se apresentam indissolúvelmente ligados.

Forte, pois que bem estruturada, sem excessos nem deficiências organizacionais, com os órgãos da Administração Direta, as entidades da Indireta e da Fundacional, e os ofícios e instituições da Paradministração bem distribuídos, de acordo com a natureza da função que exercem, da autonomia de que necessitam, e com a necessária participação da sociedade civil.

A estruturação tem de ser feita com uma perspectiva, pelo menos, a médio prazo, para que não ocorra a modificação estrutural contingencial, conjuntural, ao sabor dos caprichos políticos de cada Governo que chega ao Poder. Aliás, nem mesmo a previsão, em nível constitucional, das diretrizes básicas da organização administrativa tem feito com que pelo menos um mínimo de estabilidade e de coerência venha sendo observado no particular, com a criação e extinção de Pastas, distribuição e redistribuição arbitrária de competências.

O concreto é a implantação de uma estrutura estável, coerente, balanceada, que atenda, adequadamente, às necessidades para o bom desempenho das atividades-meio e das atividades-fim da AP, com o máximo de eficiência, de economicidade, de eficácia, com os melhores resultados e os menores ônus, para que se realizem as grandes metas do Planejamento e da Planificação Econômicas. A confiabilidade do planejamento assenta-se na eficácia jurídica dos planos, inclusive no balizamento do discricionarismo na execução da política econômica, com possibilidade, nas hipóteses de desvio, pela AP, de sua responsabilização.

As contingências circunstanciais, as questões conjunturais devem ser atendidas por órgãos, inclusive Ministérios, extraordinários. A estrutura permanente só deve ser alterada quando os rumos básicos o forem, sem prejuízo, é claro, dos aprimoramentos, dos retoques.

Sob o aspecto funcional, a força da AP estará no pertinente desenvolvimento de suas atuações — meio e fim.

Na repartição entre o que deve ficar com o setor privado ou com o público, é certo que a CF já fez a discriminação (não prevendo a monopolização de novos setores: cf. art. 163 da Carta de 67/69), impondo-se a hábil repartição entre o que, no setor governamental, deva ser serviço público, sob um regime de direito público, ou atividade econômica, em concorrência, ou não.

Certamente, o Brasil é um País de carentes. E a CF impõe a proteção dos desamparados (art. 6º), pobres, marginalizados e desfavorecidos (art. 23, X) e deficientes (arts. 24, XIV; 37, VIII e 203, IV), buscando superar as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 43, e §§), o que faz com que os serviços

sociais tenham de ter sua área significativamente ampla, na educação, na saúde, no saneamento básico, na habitação.

A crise econômica tem, outrossim, sensível repercussão na área das licitações e dos contratos administrativos (art. 37, XXI, da CF), com ônus maiores para a AP, dado o emprego necessário das chamadas cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica (cláusula “rebus sic stantibus”, teoria da imprevisão, indexação), sendo certo que o princípio da licitação e o regime peculiar de contratação, “em todas as modalidades”, abrange, no sistema da atual CF, a AP Direta, Indireta e Fundacional, e empresas sob seu controle: art. 22, XXVII, da CF.

Fixemos o caso específico das empresas estatais “lato sensu”.

Há de distinguir-se, econômica e juridicamente, entre: (a) as empresas estatais que prestam serviços públicos, que, tal como particulares concessionários e permissionários, agem economicamente, de modo mais ágil, mas que têm sua lucratividade limitada pelo fato de que seu preço é a tarifa, preço público; (b) aquelas que prestam serviços sociais e que atuam sob o regime do preço social, sendo certo que muitas — como as ferroviárias — prestam, em geral, mesmo sem eficácia, serviços deficitários, compensáveis por outros de que decorram resultados positivos; (c) e, finalmente, as empresas que explorem atividade econômica, no sentido da disposição do art. 173, *caput* e § 1º, da CF, com identidade de regime jurídico com a empresa privada (particular), embora nunca com perda de seu fim público e social, tanto que o § 3º do mesmo artigo dispõe que “a lei regulamentará as relações da empresa pública (“lato sensu”) com o Estado e a sociedade”.

Destarte, na aferição da maior ou menor lucratividade das empresas estatais, o julgamento deve obedecer a critérios diferenciados, conforme o conjunto em que se enquadrem.

Aspecto fundamental é a escolha dos integrantes das agências governamentais e das empresas estatais; seu comportamento e respectivo controle; a interação com o setor privado. Resta saber se seus tão mal limitados poderes serão sempre utilizados, objetivando o verdadeiro interesse público. Pode haver, como acentua Fábio Nusdeo, um período criador inicial, quando pessoas habilitadas e dedicadas dão muito de si, mas, superado o *élan* inicial, consolidada a agência ou empresa, ela passa a ser alvo de interesses, tanto da burocracia, como do setor privado, com reflexos nitidamente negativos. Ocorre, muitas vezes que, com o tempo, o órgão ou entidade passe a preocupar-se mais com a sua sobrevivência burocrática e sua influência no conjunto da AP, do que com a realização de seus fins públicos e sociais. Por outro lado, o caráter representativo e democrático corre sempre perigo.

A Ciência Econômica, por seu turno, tende, nas suas abstrações, a marginalizar dados importantes da vida real, o que faz com que os técnicos mais influentes numa determinada agência — o que se potencializa, quando são seus dirigentes — centrem-se em determinados objetivos, conferindo-lhes prioridades excessivas, não condizentes com a importância relativa deles no conjunto da política governamental.

Há, também, o perigo da priorização de metas que propiciam projeção pessoal, como o desenvolvimento econômico, inclusive o regional, com negligência quanto a limitações, como a preservação ambiental e a contenção inflacionária.

A pulverização de órgãos e entidades também gera problemas de superposição e conflitos de competências.

Ponto crucial é, certamente, a atividade dos chamados grupos de pressão. Primitivamente, prevaleceu o entendimento de que eles se equilibrariam mutuamente, mas hoje se sabe que o grupo menor, oligopolizado, é mais eficiente do que uma federação; com prevalência do capital sobre o trabalho. A *cartelização* é elemento do poder dos grandes grupos econômicos na manipulação de preços, com decisiva influência no agravamento da inflação.

Nesse ponto, é de se salientarem os níveis alarmantes da sonegação; a expansão da chamada economia informal ou alternativa, a criar toda uma estrutura paralela, com regras e práticas próprias, sem se falar da conexão com o denunciado crime organizado, com desdobramentos gritantes na prática das fraudes e corrupções. O empresariado chega a falar de uma resistência civil.

O poder normativo traduz-se pela abundância da legislação, particularismo, tecnicismo e mobilidade das regras e dispersão das fontes jurídicas, com a objetivação das relações jurídicas.

A presença do Legislativo se faz por leis amplas (*lois cadres*, dos franceses), sendo o *punctum dolens* a falta de agilidade dos Parlamentos, o que leva a formas de delegação interna e ao Executivo e agências da respectiva AP.

A legislação genérica, dúctil, tem de ser vivificada pelo exercício do poder administrativo regulamentar, para lhe dar exequibilidade, sempre trazendo incertezas para empresários, investidores, trabalhadores e consumidores, dada a grande margem de discricionariedade atribuída ao administrador.

O *poder de polícia*, nas suas feições preventiva, fiscalizadora e repressora dos abusos (é o que o art. 174 da CF chama de fiscalização), detalhando as limitações no exercício de liberdades, enfim, de direitos, poderes e faculdades, tem de ser atuante no campo econômico em crise, mas não pode — e esse é ponto fundamental — ser o único caminho: a questão econômica não é uma “questão de polícia”, pois que exige as disposições do Direito Social.

E, neste ponto, é que surge a atuação econômico-social da AP, como agente de Direito Econômico e dos outros ramos do Direito Social, o que não se confunde com a polícia econômico-social, que se mantém nos lindes antes fixados.

Uma coisa é ser fiscalizador, outra, agente normativo, atividade essa última fundamental nos períodos de crise.

O fomento — setorial (arts. 23, VIII; 170, IX; 171, § 1º; 172; e 174, § 2º) e regional (art. 43, § 2º, da CF) — de segmentos básicos para a revitalização da economia é, igualmente, atuação fundamental do Poder Público, sem, certamente, poder descambar para privilégios, discriminações, favorecimentos tão lesivos ao patrimônio público e ao social, inclusive sob a forma de injeções pecuniárias em empresas fracassadas pela má gestão ou desvirtuamento de fins e sem nenhuma vinculação com o interesse social.

Dando um sentido global à ordem econômica, surge o planejamento, eis que campo fundamental do Direito Econômico é o do Direito do Planejamento Econômico, na fixação da Política e da Programação Econômica, na elaboração de planos, programas e projetos de atividade econômica (arts. 21, IX, XVIII e XX; 22, VII e IX; 23, IX; 29, X; 30, VIII; 43; § 1º, II; 174, § 1º; 182, e §§; e 187 da CF).

O § 1º do art. 174 da CF é incisivo, ao prescrever que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

O planejamento é, aliás, ao mesmo tempo, princípio do Direito Econômico e do Direito Administrativo (arts. 6º, I; e 7º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67): é a negação do “pacote”; do falso “plano”.

Nas épocas de crise, certamente medidas emergenciais têm de ser tomadas, mas não de exceção, sempre respeitados os direitos individuais, coletivos e sociais. O Direito Econômico não é um Sobredireito, havendo de se ter cautela na aferição do exercício do poder regulamentar e no emprego das medidas provisórias, cujo objeto tem de estar constitucionalmente nas atribuições do Poder Executivo (art. 62, e parágrafo único, da CF). O elemento “surpresa”, o “apanhar desprevenidos” os sujeitos econômicos não é necessário à atuação econômica governamental. E sem se perder a perspectiva do planejamento a prazo mais longo, e a consciência das razões estruturais da crise. Nada de ficar em operações “tapa-buraco”, em medidas com aparência de sistêmicas, mas que apenas anestesiaram o corpo social, sem curar seus males.

Como vemos, a presença da AP é indispensável. Mas é preciso que ela se dê democraticamente. E isso só se aperfeiçoa com a participação da socie-

dade civil, tendo voz ativa; debatendo, apoiando, controlando, criticando, deflagrando os procedimentos punitivos, quando for o caso. É a Administração participativa. Temos de consagrar o Estado Participativo (Carlos Ayres de Brito).

Só com a solidariedade pregada pela Constituição Federal (art. 3º, I), é que a Nação se une e se fortalece, e pode resolver seus problemas internos e enfrentar as pressões externas, governamentais, estrangeiras, das agências internacionais ou das empresas multinacionais, transnacionais.

Um verdadeiro pacto social, genuíno, autêntico, querido, vivenciado, com representação dos vários segmentos econômicos, é vital neste momento em que se desenvolve a reforma constitucional, que terá de ser grande oportunidade de progresso, e não de retrocesso, de perda das conquistas sociais e nacionais, que a vigente Carta Magna trouxe, o que corresponderia a fatal vitória do reacionarismo; o atingimento lesivo de direitos adquiridos dos indivíduos e da Nação.

Solidariedade e pacto social para que, mesmo sem emenda da Carta Magna, mas em face da teologia dos instrumentos constitucionais, legais e administrativos, se realizem inadiáveis reformas de base concretas (a agrária, a urbana etc.), sob pena de cairmos em funesto caos sócio-econômico, traduzido na intolerável concentração de riqueza.

O econômico é fato social e fato político e tem de estar subordinado à Ética e ao Direito.

O importante é que a visão macroscópica não desumanize a Economia e o Direito, e a visão microscópica não faça prevalecer o individualismo egoísta.