

A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ECONÔMICO

Sergio de Andréa Ferreira

Na matéria de contratualização do Direito Administrativo e do Direito Econômico, temos que partir, tal como se estivéssemos iniciando o Curso de Direito, da tradicional distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, a que se acrescentou, modernamente, o Direito Social.

Sabemos que o Direito Privado é, por excelência, o Direito do individualismo, do liberalismo jurídico, político e econômico. Os sujeitos de direito pressupõe-se que estejam em absoluta igualdade de condições: locador e locatário; consumidor e fornecedor, todos têm os mesmos poderes jurídicos e, presumivelmente, a mesma capacidade econômica e de enfrentamento, no sentido de consecução dos seus interesses.

Os indivíduos se vinculam, no Direito Privado, através de relações jurídicas fechadas, criadoras de direitos adquiridos, de obrigações, de créditos, de débitos. E, como se fossem ilhas jurídicas, se inter-relacionam através desses vínculos, que são como que pontes entre essas mesmas ilhas.

No Direito Público, já nos colocamos dentro de um determinado contexto, dentro de um certo espaço ou universo, político, que é o da organização, da instituição estatal. Já não somos indivíduos apenas: somos governantes ou governados; somos parlamentares, juízes, membros do Executivo, de partidos políticos e somos, como todos esperamos, cidadãos. Enfim, estamos em alguma posição jurídica, dentro do contexto estatal.

Tradicionalmente, o Direito Público apresenta-se como Direito de relações de certa supremacia do Poder Público, embora todo poder se origine do povo; mas esta supremacia é tida por necessária, para que o Poder Público possa realizar o seu papel, cumprir as suas funções e, portanto, desenvolver as suas árduas missões.

O Direito Social é, de certa forma, o mais honesto de todos, por partir de um pressuposto inverso do Direito Privado, e absolutamente real: o de que somos distintos uns dos outros. Uns são mais fortes, outros mais fracos; uns têm mais saúde, outros menos; uns têm mais sorte, outros menos; maior riqueza ou menor riqueza; enfim, as posições e condições físicas, sociais, psicológicas e intelectuais são diferentes, e é papel de cada um de nós, e da sociedade como um todo, com a participação governamental, procurar minimizar, já que a equalização absoluta seria impossível, estas distinções. Por isso, o Direito Social também lida com cada um de nós dentro de determinados espaços ou universos sociais, embora diversos do contexto político: a classe social, o universo da profissão, ou, o que nos interessa de perto, o universo do mercado, que é espaço social, de caráter econômico, dos mais importantes.

Dentro deste quadro, temos, no Direito Social, o Direito do Trabalho e o Direito Econômico, assim como, no Direito Público, temos o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, objeto de nossas considerações especiais.

A Constituição Brasileira de 1988 reconheceu a autonomia do Direito Econômico, ao tratar dele, de modo expresso, no artigo 24, inciso I, junto com o Direito Tributário e o Direito Financeiro; e, ao lado, como sabemos, do elenco que consta do artigo 22, inciso I, que é o dos ramos tradicionais, o Direito Civil, o Comercial, o Penal, o Processual, e assim por diante. O Direito Administrativo é da competência das várias unidades federativas.

Dentro do Direito Econômico, enquanto Direito da Ordem Econômica, encontramos o Direito Bancário, e a nossa Constituição dedicou todo um segmento de dispositivos, no artigo 192, exatamente ao Sistema Financeiro, inclusive com a participação bastante relevante do Banco Central do Brasil.

É certo que, na área econômica, ocorre a atuação de ramos do Direito Privado, como o Direito Comercial, o Civil das Obrigações; enfim, o Direito Privado vai, também, inter-relacionar economicamente os indivíduos. Mas, quando tratamos do Direito Econômico, estamos tratando do Direito da Ordem Econômica, que, na nossa Constituição, se apresenta no respectivo Título VII.

O Direito Público marca presença nesta Ordem, na medida em que, regulamentar e repressivamente, no exercício do poder de polícia econômico, o Governo interfere na mesma.

O Direito Privado sempre foi o campo tradicional dos atos de subjetivação jurídica; portanto, dos atos criadores daquilo que se costuma chamar de situações jurídicas subjetivas, que são as situações jurídicas personalizadas, individualizadas, criadas pelos sujeitos de direito, e com a virtude, muito importante, da intangibilidade, da imutabilidade, salvo, é claro, quando possível, a alteração pelo consenso das partes. É o paraíso da garantia da segurança jurídica, e, por isso mesmo, é ele, o Direito Privado, o direito do individualismo jurídico, do liberalismo. Em primeiro lugar, a liberdade na criação e formatação das situações jurídicas; e, depois, de um lado, a salvaguarda da permanência e da proteção dos direitos; e, de outro, da compulsoriedade do cumprimento das obrigações. Nisso residem, enfim, os motivos e o campo fértil para o desenvolvimento do individualismo.

Por isso mesmo, o contrato sobressai no Direito Privado, ao lado de atos unilaterais autovinculativos, como as declarações unilaterais de vontade, as promessas de recompensa. Mas, certamente, é o contrato o instrumento fundamental do Direito Privado.

Já no Direito Público, tradicionalmente, ocorre o oposto. As situações jurídicas nele mais comuns são, diversamente, as chamadas situações jurídicas objetivas, também ditas situações jurídicas estatutárias ou regulamentares, legais, que têm as características opostas às das situações jurídicas subjetivas.

Elas se caracterizam, ao contrário da personalização e da individualização, pela generalização, marca da identidade, ou,

como quer o nosso Pontes de Miranda, da mesmidade, ou seja, é a mesma a situação para todos aqueles que são nela investidos, como é o caso típico da situação do servidor público; ou, então, do usuário em geral dos serviços públicos, dos jurisdicionados do poder de polícia, enfim, daqueles que se encontram, de alguma forma, na condição de administrados. Exatamente por ser objetiva a situação, por encontrar-se seu conteúdo de direitos, poderes e deveres na norma jurídica, no Direito Objetivo, no Direito Positivo, caracteriza-se ela por sua mutabilidade. Mudando a norma, altera-se o conteúdo dos poderes e deveres que constituem o material componente da situação jurídica. Daí, dizer-se que o servidor público está, de certa forma, à mercê das mudanças legislativas. Agora mesmo, em face da aprovação das Reformas Constitucionais, Administrativa e Previdenciária, essa questão de mutabilidade e, portanto, da vulnerabilidade das situações jurídico-funcionais e de seguridade se apresenta como de importância fundamental.

É certo que sempre houve, no Direito Público, uma certa margem de subjetivação. Na medida em que o tempo vai passando e o serviço sendo prestado, há uma incorporação de direitos ao patrimônio jurídico do servidor. Mas tudo isso com muita parcimônia, não só no reconhecimento pela proclamação doutrinária, mas na própria chancela jurisdicional. O Judiciário brasileiro tem sido muito rigoroso na consagração dessa característica regulamentar das situações jurídicas de Direito Público e, conseqüentemente, da sua mutabilidade.

É claro que o contrato sempre teve lugar, também, no serviço público, mas o publicista nunca ficou à vontade com a figura contratual, isto porque, ao lado desta característica de conter situações jurídicas regulamentares, o Direito Público sempre foi marcado pela unilateralidade da atuação do Poder Público, pela imperatividade desta mesma atividade, pela sua auto-executoriedade, pela discricionariedade, pela revogabilidade dos atos, pelo exercício do poder regulamentar, que enriquece, ainda mais, o conteúdo das situações jurídicas objetivas, tudo isso, é claro,

mesmo no Estado de Direito, levando-se em conta a autovinculação e os limites pertinentes. Mas as características sempre foram estas e, por isso, os publicistas, nossos e dos outros Países, nunca se sentiram confortáveis no tratamento do contrato administrativo ou do contrato de Direito Público em geral. Alguns acham que não existe esse instituto jurídico; que a figura do contrato, no campo administrativo, é a mesma figura do contrato do Direito Privado. Outros, ao contrário, sustentam que há uma profunda diferença entre o contrato público e o privado, e falam, quanto ao primeiro, de cláusulas exorbitantes do Direito Comum, de poder de modificação unilateral, de cláusulas regulamentares, o que daria uma supremacia ao Poder Público, contratante, em relação ao contratado.

Na Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 2.300, que foi o antecessor da atual Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93, o então Ministro Saulo Ramos destacou um trecho que reproduz bem essa mentalidade publicista, ao dizer que os contratos administrativos, sujeitos a regime jurídico especial, defere à Administração Pública, que deles participa com supremacia de poder, prerrogativas extraordinárias, traduzidas formalmente nas cláusulas exorbitantes ou derogatórias do Direito Comum. Sempre considerei, essa, uma expressão fortíssima, porque o que derroga ou exorbita sai do campo *do Direito Comum para entrar no campo do direito excepcional*.

O Ministro cita Themístocles Brandão Cavalcanti, primeiro grande sistematizador do nosso Direito Administrativo, dizendo ser justa sua observação, ao abordar este tema de tão profundas dificuldades, quando sustentava: “A teoria dos contratos administrativos constitui um dos pontos mais importantes no estudo do Direito Administrativo, não somente pela relevância de sua aplicação, mas, ainda, porque aqui se encontra a fronteira menos definida do Direito Público com o Direito Privado”. É, portanto, um trecho bastante expressivo, que mostra a perplexidade em torno do tema do contrato no Direito Público.

Sempre tivemos contratos administrativos, como os do final do século passado, de concessões de serviços públicos, de empreitadas, na época em que para aqui vieram os grandes investidores estrangeiros, que trouxeram o seu *know-how*, o seu capital, para desenvolver os serviços públicos de energia elétrica, de transportes coletivos etc. Mas, ainda que em um Estado Liberal, esses eram contratos a que se seguia, desde logo, a expedição de decretos regulamentares, dando esse cunho híbrido, contratual e unilateral, à contratação de Direito Público.

Destarte, se o Direito Privado sempre se estribou, basicamente, na figura contratual, o Direito Público, ao contrário, sempre se expressou, principalmente, através de atos unilaterais. Não só, é claro, o Direito Administrativo, mas também o Direito Legislativo, eis que a lei é, também, um ato jurídico unilateral; e o Direito Processual, por ter igualmente a sentença a mesma natureza de ato jurídico estatal dotado de unilateralidade.

No campo do Direito Social, de um lado sempre tivemos contratos, o contrato individual de trabalho, o contrato coletivo. Mas, por outro lado, se dá a presença do Estado, já agora do Estado Intervencionista, do Estado Bem-estar, do Estado Providência, como se costuma dizer. A presença desse tipo de Estado se caracteriza, exatamente, pela expedição de atos unilaterais, pela atuação através de uma das formas, de um dos segmentos do poder de polícia, que é, talvez, de todas as atividades públicas, uma das mais marcadamente unilaterais, auto-executórias, discricionárias, impositivas e imperativas que existem.

Mesmo no campo do Direito Econômico, a própria “intervenção do Estado no domínio econômico” mostrava que se tratava de uma atividade imperativa, tipicamente, de soberania. Assim, também no Direito Social, se mesclavam os aspectos unilaterais, regulamentares e imperativos, com as figuras contratuais.

A modernidade trouxe, para o nosso Direito e para o Direito Comparado em geral, algumas modificações radicais. Com o esgotamento do Estado Intervencionista na sua expressão máxima; com o

crescimento da noção de cidadania, de participação na coisa pública, que é a razão de ser e a tradução da República; com o desejo inafastável da eficiência, da eficácia, da economicidade, em termos de atuação do Poder Público e de soluções dos conflitos sociais; tudo isso fez com que se constatasse que essa espécie de atuação não tinha produzido os frutos que se desejavam, tendo em vista a consecução do interesse público e do interesse social.

Com todo o pano de fundo da globalização, da desregulamentação, da privatização, da desestatização e, volto ao ponto, de busca de um Estado mais eficiente, de uma sociedade mais harmônica e coesa, constituem, expressamente, principiologia, teleologia e ideário da nossa Constituição, objetivos fundamentais da nossa República, a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos; o primado do trabalho, a realização da justiça social. Nada disso, nós sabemos, se tem realizado concretamente, e uma das veredas para que isso se possa tornar realidade é o afastamento do Estado unilateral, impositivo, ainda que paternalista em certos pontos, para se fazer um Estado que seja co-partícipe, com o cidadão, das preocupações dessa ordem que estamos focalizando e da própria criação e execução do Direito. Há, assim, a substituição progressiva ou, pelo menos, a diminuição do campo da unilateralidade, da imperatividade, em favor da consensualização. Isso, no campo do Direito Público e do Direito Social e, muito especialmente, no campo do Direito Econômico: daí, falar-se em “economia concertada”, “economia contratada” ou “contratual”, que são traduções da participação do cidadão, tomando-se a expressão no sentido amplo, abrangendo, também, as pessoas jurídicas, a empresa, no contexto social e no contexto público.

Este fenômeno é mundial, e nele o Brasil vai, progressivamente, se engajando. O fenômeno é o da subjetivação jurídica do Direito Público e do Direito Social, superando-se, portanto, em

grande dose, a **objetividade**, o caráter **estatutário, regulamentar**, do seu universo. Todo aquele poder público de império, quer no campo específico do Direito Estatal, quer no do Social, cede lugar a essas formas consensuais de participação.

Para citar um grande autor ibérico, Cabral de Moncada, podemos dizer que, hoje, o contrato, o consenso, é uma das formas normais de exercício da soberania. Não se trata de arredar a soberania: cuida-se de integrar o cidadão, a empresa, enfim, os vários agentes da sociedade, no próprio exercício da soberania, superando, de certa forma, esta distinção entre Direito Público, Privado e Social; entre o setor público e o setor privado da economia. Por outro lado, já se fala de um Terceiro Setor, manifestação da socialização do privado.

Tudo isso, portanto, está a mostrar que o caminho da participação se dá, modernamente, no caso do Direito Público e do Direito Social, através da contratualização de situações. E, mais do que propriamente a contratualização formal, eis que, mesmo não havendo a figura específica do contrato, mesmo em se tratando, às vezes, de atos unilaterais, como a concessão de incentivos fiscais, estamos diante de situações de subjetivação, de individualização, de personalização, que foram produto de consenso, de tratativas, de acordos, de compromissos, de protocolos, de ajustes. Enfim, há toda uma série de espécies de co-participação do Poder Público e do particular, no Direito Público e no Direito Social, no processo de criação das situações jurídicas, e na sua vivência, na sua execução.

No Direito Constitucional, temos que considerar que o nosso maior contrato é a Constituição, a qual é, certamente, o contrato social. A Constituição não é, apenas, uma lei ou mais uma lei, a lei suprema como se costuma dizer, ou seja, uma lei que se coloca no ápice da hierarquia normativa.

Ela é lei, na medida em que também cria situações objetivas, na parte de estruturação governamental, por exemplo. Mas, em sua maior parte, ela é essencialmente contratual e subjetivadora, e não é

à toa que vivemos a falar em direitos públicos subjetivos, em direitos sociais subjetivos.

Ora, se estamos falando em direitos públicos subjetivos e em direitos sociais subjetivos, é porque a Constituição subjetiva situações e, neste sentido, ela é o grande pacto social, o grande contrato social.

Podemos dizer que, no próprio Direito Constitucional, essa participação do cidadão, no desenvolvimento das funções estatais é consagrada na nossa Carta Magna Nacional, embora, ainda, sem uma eficácia prática à altura daquilo que o constituinte previu. É o caso do referendo, da iniciativa popular, do plebiscito, o que está ligado às deficiências da representatividade dos Parlamentos e dos eleitos. É certo que se pensa em plebiscito para a deliberação sobre assuntos humanos e sociais da maior envergadura, como é o caso da pena de morte, do aborto, que não poderiam, sob certa ótica, ser resolvidos, simplesmente, pelos representantes, pelos mandatários, por mais ilustres que sejam ou que tivessem que o ser.

Além disso, vamos encontrar, também no campo da Federação, a figura do consenso, nos convênios entre União, Estados e Municípios; na formação de consórcios municipais, tudo isso mostrando que, também no conjunto estrito do Direito Constitucional Federativo, na estruturação e no funcionamento da Federação Brasileira, está presente a consensualidade.

No próprio Direito Penal, hoje, com a Lei dos Juizados Especiais, está lá o consenso, o acerto, o acordo, entre o Ministério Público e o réu. E, mesmo no campo da jurisdição, a começar no Direito Social e Processual do Trabalho, a passar pelo Direito Processual Civil, estão, nesta linha, as figuras do acordo, da conciliação, e isso se torna ainda mais importante nesses juizados especiais.

Esses institutos mostram que a participação do cidadão, do interessado, do jurisdicionado, também está presente no Direito Processual, e não podemos esquecer o grande êxito que hoje

tem a arbitragem, ou seja, a cláusula compromissória, o compromisso, além da transação, é claro. A arbitragem, com o congestionamento da máquina judiciária, é um instrumento que se tem desenvolvido, e têm-se formado escritórios para a solução de litígios através do juízo arbitral.

No campo do Direito Administrativo, apresenta-se com especial relevo o fenômeno da **contratualização**, que está presente nos vários segmentos deste ramo jurídico.

Ao lado dos tradicionais contratos administrativos de empreitada de obra pública, de fornecimento, e de prestação de serviços; dos contratos de concessão; a própria permissão de serviço público, que sempre foi considerada uma forma de ato unilateral, revogável, precário, da Administração, passou, pelo artigo 175 da Constituição Federal, e pela própria legislação específica sobre a matéria, em nível infraconstitucional, a ter caráter contratual.

Na área do servidor público, sempre tivemos os celetistas, em situação jurídica contratual, e ainda os temos em vários setores. Mas, ainda mais interessante que os celetistas, que nada mais são que empregados do Direito do Trabalho no campo do Poder Público, vamos encontrar, hoje, o contrato administrativo de trabalho, ou seja, uma espécie contratual, administrativa, que difere do contrato de prestação de serviços, porque o prestador de serviços continua sendo um terceiro em relação à Administração, enquanto o contrato administrativo de trabalho posiciona o contratado como servidor público, não se tratando, porém, do contrato de trabalho, de Direito Laboral, nem da situação estatutária típica do servidor público em geral. O contrato administrativo de trabalho incorpora a pessoa física contratada nos quadros de pessoal da Administração Pública; e isso que vinha sendo desenvolvido pela doutrina e praticado em certos Estados e Municípios, o Supremo Tribunal Federal veio a consagrar, ao dizer que é perfeitamente legítimo o contrato administrativo de trabalho, desde que a sua adoção não seja um meio de burla ao princípio do concurso

público. Na ADIN nº 1.500, do Espírito Santo, o Ministro Carlos Veloso nos diz ser perfeitamente possível o contrato administrativo, desde que respeitada a exigência da competição aberta, para a admissão do contratado. Além disso, desenvolveu-se o contrato temporário, previsto no artigo 37, IX, da Constituição Federal, exatamente para os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público. Neste campo, inclusive, adotou-se primeiramente a locação de serviços, que era um contrato morto, pelo fato de ninguém se arriscar a contratar por ela, e a Justiça do Trabalho caracterizá-la como contrato de trabalho. Mas ela foi revivificada pela legislação da Administração Pública. Depois, superou-se essa figura da locação de serviços, e a legislação passou a adotar o contrato administrativo de trabalho. Não se trata, portanto, de um contrato trabalhista, e nem de um contrato de locação de serviços, mas de uma forma do contrato administrativo.

Na organização administrativa, o contrato também passou a estar presente. Até então, a organização administrativa se caracterizava pela hierarquia, na Administração Direta, e pela tutela ou supervisão administrativa, no relacionamento da Administração Direta com a Indireta ou Fundacional.

De qualquer modo, a tutela e a hierarquia, apesar de todas as forças centralizadoras que prevalecem em nosso País, estão cedendo lugar, em nossa Administração Pública, a partir do Direito Comparado, às figuras contratuais que buscam, exatamente, a criação do que os autores estrangeiros chamam de cultura da empresa em termos administrativos, ou seja, a modernização, a mentalidade empresarial em sede de Administração Pública, não só quando ela se organiza em empresas públicas e sociedades de economia mista, mas, com a configuração própria, também em sede de Administração Direta, Autárquica e fundacional. Tudo isso, sempre fazendo a distinção necessária entre o que é serviço público, o que é serviço social, e o que constitui atividade concorrencial, portanto, atividade econômica no sentido estrito. E surge o **contrato de gestão**.

No Direito Comparado, a fixação de metas e de critérios de avaliação de desempenho, de fixação de responsabilidades dos administradores, se faz em contratos, como os chamados contratos de programas, os contratos de plano, os contratos de objetivos. No nosso Direito, especificamente, adotou-se o contrato de gestão, que é uma figura já utilizada no inter-relacionamento entre o Poder Público e suas empresas, embora muito parcimoniosamente, e que veio a ser consagrado, de forma expressa, na legislação para a vinculação entre o Governo e uma nova personagem, a organização social. Está previsto, expressamente, que, no contrato de gestão, estabelecer-se-ão as formas de controle, as formas de avaliação da atuação dessas organizações sociais, enfim, todo um sistema de inter-relacionamento entre o Poder Público e essas entidades, dentro da preocupação de fazer com que o sentido social dessas instituições, como do resto das atividades do Poder Público em geral, possa ser compatibilizado com o espírito e a realidade empresariais, ou seja, para que, mesmo não se tratando de empresas, os entes públicos e sociais ofereçam a maior eficiência possível no atingimento dos seus fins, segundo o princípio da economicidade, já constitucionalmente consagrado, no art. 70 da Carta Magna Nacional.

O contrato de gestão é considerado forma moderna e atual, e, não obstante os exemplos de percalços que o Direito Comparado nos tem apresentado, se oferece ele como uma solução ou, pelo menos, como uma tentativa de dinamização da Administração Pública e de suas criaturas e satélites. Podemos lembrar que essa figura do contrato de gestão, em termos de organização administrativa, de descentralização administrativa, é consagrada pela Reforma Administrativa. Isso porque a grande preocupação nesta área é o aditamento, aos tradicionais controles jurídico e financeiro, do controle de gestão, gerencial, de resultados, operacional, para se saber se os melhores resultados estão sendo obtidos com os menores ônus. Diz o § 8º do art. 37 dessa Reforma que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta, poderá ser ampliada mediante con-

trato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, e que terá por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação, de desempenho, direitos e obrigações e responsabilidades dos dirigentes, remuneração de pessoal. É, esta, portanto, uma figura bastante importante, no campo contratual de Direito Público, no que diz respeito à organização administrativa.

No que toca aos usuários de serviço público, cada vez mais se entende que a situação jurídica desse usuário é contratual. Se se tratar de serviço público concedido, tem-se o chamado contrato administrativo de segundo grau, eis que o de primeiro grau é o próprio contrato de concessão, enquanto o contrato derivado é o celebrado entre o concessionário e o usuário. Mas, mesmo que não se trate de serviço concedido, e sim de serviço prestado diretamente pela Administração, também está presente a figura do contrato, e o usuário tem que ter, tal como o consumidor no campo do Direito Social, todo um mecanismo, à sua disposição, de defesa e de afirmação dos seus direitos. A nossa Constituição já dizia algo, em seu artigo 37, § 3º, a respeito da figura do usuário, mas a Reforma Administrativa diz ainda mais, passando a estabelecer que a lei disciplinará as formas de participação, do usuário, na Administração Pública direta e indireta, regulando, especialmente, as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e de avaliação periódica, externa e interna, da qualidade de serviços; garante o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; e disciplina a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função, na Administração Pública. Assim, sob esse aspecto, a Reforma Administrativa merece aplausos.

Em se tratando de Direito Social, e, especialmente, de Direito Econômico, o contrato tem tido, também, a sua importância engrandecida no moderno Direito Brasileiro e no de outros Países.

Nas palavras de Cabral de Moncada, em seu trabalho sobre Direito Econômico, “desta perspectiva, o Estado Intervencionista não atua sempre de forma impositiva e unilateral, antes adotando uma atitude convencional para lograr os seus fins, através de recursos a técnicas consensuais. A intervenção do Estado revela, sim, uma certa privatização das suas formas, contratos-programa, contratos de preço, contratos de desenvolvimento para exportação etc., de que resulta, em boa medida, a especificidade do Direito Público da Economia. O contrato é, hoje, um meio normal de exercício da soberania. A razão de ser da opção estatal pela utilização de formas contratuais e paracontratuais - fenômeno conhecido pelo nome de economia contratual - aí donde dantes os Poderes Públicos emitiam atos unilaterais regulamentares e imperativos, reside no fato de que por este processo se assegura uma maior eficácia da decisão pública, relativamente à Economia. Na verdade, a decisão pública passa pela mediação do seu destinatário, que passa a estar interessado na elaboração e execução dessa mesma decisão. O particular tem, assim, não só acesso ao processo de produção e aplicação das normas, como também se atribui à sua vontade caráter constitutivo da ação administrativa, ou seja, a vontade jurígena, a vontade do usuário, neste caso do agente econômico, atuando com caráter constitutivo da ação administrativa, reduzindo-se as zonas de fricção entre as autoridades administrativas e os particulares, e eliminando-se, assim, resistência da parte destes, e acelerando-se a integração político-social de certas zonas muito importantes da vida social e econômica que os Parla-mentos têm dificuldade em representar fielmente.

Deste modo, o Direito Público da Economia dá testemunho de novas exigências de participação e democracia direta e de integração política da atividade econômica. Este fato tem provocado uma certa crise na Teoria Geral do Direito Administrativo clássico, no tocante à caracterização da atividade administrativa como atividade preferencialmente unilateral, surgindo um apreciável conjunto de autores a propor novas tipologias da atividade administrativa, suscetíveis de abranger estes novos fenômenos

convencionais; a propor novos conceitos de atos jurídicos específicos do Direito Público e Econômico. Sob o aspecto funcional, o interesse desses processos convencionais, de fomentar a intervenção dos Poderes Públicos na Economia, consiste no clima de paz social e de concórdia que são suscetíveis de criar e desenvolver. A participação dos particulares na criação e execução do Direito Administrativo e Econômico é um processo seguro de evitar conflitos com as autoridades e de eliminar resistências à execução das normas de Direito Administrativo”.

É, pois, um trecho que bem traduz as finalidades e os propósitos desse tipo de contratação, no caso do Direito Econômico e do Direito Social. Nos Países em que há planejamento, é claro que esses contratos procuram compatibilizar a atividade do empresário com os planos nacionais. Ao invés da regulamentação, do tabelamento de preços etc., há a convenção a respeito da matéria. Os incentivos, a atividade de fomento do Poder Público, inclusive no campo dos incentivos fiscais, também se apresenta sob a forma contratual; o que é útil, de um lado, para o Poder Público, porque pode cobrar, exercer a sua pretensão quanto à realização daquelas metas que foram convencionadas com o agente econômico; e, de outro, o agente econômico pode ter a certeza de que aqueles incentivos manter-se-ão e de que poderão fazer os investimentos correspondentes, sem maiores surpresas.

Não é apenas no campo econômico estrito, que se apresenta essa contratualização do Direito Social. Devemos lembrar os contratos de previdência privada, hoje tão comuns, tanto na Previdência aberta, quanto na Previdência fechada.

O importante é que essa contratualização, ou essa noção da subjetivação das situações jurídicas de Direito Público e Social não fique, apenas, no campo das empresas, no setor bancário, enfim, na área econômica e no campo da organização administrativa, mas vá atingir, também, outros segmentos, tão nobres quanto estes, do Direito Público e do Direito Social. Refiro-me aqui, de modo muito especial, ao caso dos segurados da Previdência Social.

Sabemos que é no Direito Público e no Direito Social, os quais lidam com situações que permanecem no tempo, que, por excelência, há direitos que são adquiridos em determinado momento, mas que só serão exercidos anos, ou até mesmo décadas, depois; e aí é que surgem as grandes questões de Direito Intertemporal, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito. Isso porque, no Direito Privado, exatamente por se basear ele em contratos, em declarações unilaterais autovinculativas de vontades, essas questões certamente se colocam com menor vulto, embora estejam tratadas na Lei de Introdução ao Código Civil, que, na verdade, é uma Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Infelizmente, essa matéria não tem sido bem tratada no campo do Direito Público e do Direito Social. Vislumbram-se simples expectativas de direito, quando, na verdade, já se trata de direitos adquiridos, não se fazendo, com a necessária precisão, a distinção entre a aquisição do direito e o seu exercício.

Hoje, avulta de importância o princípio da segurança jurídica, pelo qual se entende que, passado determinado tempo, claro que afastadas as hipóteses de má-fé, de fraude, de dolo, enfim, de qualquer tipo de invalidade consciente, ao Direito é preferível manter-se o ato inválido; faz-se maior justiça preservando-o, ele que já se consumou, que consolidou situações, do que desfazê-lo, em nome do direito em tese, em nome de um princípio da maior relevância, que é o princípio da legalidade, mas, certamente, já a essa altura, superado pelo princípio da segurança jurídica. Prefere-se a manutenção dos atos inválidos, ou, pelo menos, dos seus efeitos já produzidos, do que desfazê-los com eficácia *ex tunc*. E sabemos que essa questão da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, em termos de invalidação, cada vez se torna mais importante, com as declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Discutiu-se, por exemplo, a situação dos servidores do Banco Central, que foram excluídos do regime único estatutário em 1990, e portanto, continuaram celetistas. No final de 1996, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a exclusão, e, com isso, eles foram reconhecidos como servidores públicos. Ora, em seis ou

sete anos, ocorreram todas as espécies de fenômenos, factuais e jurídicos: morreram pessoas, levantaram-se quantias do Fundo de Garantia, houve a versão de contribuições e o pagamento de benefícios, na CENTRUS, fundação de previdência privada patrocinada pelo Banco; enfim seria impossível, fática e juridicamente, querer agora apagar toda essa série de atos e efeitos que foram produzidos.

Especificamente no campo da Previdência, Pontes de Miranda, em seu Tratado, que é de Direito Privado, mas que trata do Direito Público e do Direito Social, já nos dizia que a relação jurídica previdenciária é contratual, embora pertença ao campo do Direito Público; e que, portanto, superado o período de carência, o segurado tem direito adquirido aos benefícios, sendo esta uma colocação fundamental diante da Reforma Previdenciária. Porém, isso tudo ainda fica muito na doutrina, sendo de execução muito difícil, até mesmo em termos de recursos à Justiça.

Toda esse conjunto de questões referentes à contratualização, à consensualização, à subjetivação, à atuação bilateral, traduz a velha e eterna luta entre a liberdade e a autoridade. A superação dessa batalha, afinal de contas, é o papel do Direito Público, reforçada, agora, por essa tentativa de fazer com que os agentes sociais atuem no campo do Direito Social e do Direito Econômico, de forma harmônica, de maneira que os mais fortes não esmaguem os mais fracos.

Os criadores do Direito têm a obrigação de ter em mente que as limitações jurídicas são algo legítimo, e que, portanto, se a **liberdade**, como grande opção de vida, como direito absoluto, não é passível de ser institucionalizada, as **liberdades** têm de ser regulamentadas, e esse é o papel do Direito, na distribuição dos bens da vida, na busca da harmonia social, na prossecução da justiça, sendo, certamente, muito nobre, democrático e republicano fazer-se essa regulamentação, essa disciplina, harmonizarem-se todos esses interesses, através do contrato, do consenso, por meio, portanto, da co-participação.

Desta forma, tratando-se de contratos no Direito Público e Social, estamos cuidando daquilo que é fundamental para todos nós, e que é a liberdade com responsabilidade: a liberdade dentro dos limites adequados e sempre com os objetivos supremos do Direito, que são limitar o Poder Público e, de outro lado, harmonizar os interesses sociais, na eterna busca da realização da justiça.