

Os Serviços Públicos no Estado Moderno

ARNOLD WALD

I — INTRODUÇÃO

DO mesmo modo que não podemos iniciar o estudo do direito civil sem preliminarmente definir, como o faz o nosso Código Civil, a pessoa — sujeito de direitos e obrigações —, o fato jurídico, criador da relação jurídica, e os bens, sobre os quais recaem os direitos, não há estudo de direito administrativo que dispense a análise e a conceituação clara e nítida da noção de serviço público.

Todos os autores especializados, todos os tratados sobre a matéria, até os próprios cursos e manuais, já se referem longamente ao serviço público quando delineiam o âmbito do direito administrativo.

Doutrinadores há mesmo que se esforçam em reduzir o direito administrativo ao conjunto de normas jurídicas regulamentares dos serviços públicos. Tal a idéia-fôrça que domina as obras de Léon Duguit e de Gaston Jèze, inspirando a chamada *escola do serviço público*. Para o antigo deão da Faculdade de Direito de Bordéus, a teoria do serviço público substituiu, na história do direito, o dogma da soberania nacional. O Estado não é, pensa Duguit, um ente soberano; é apenas um conjunto de serviços públicos.

A noção fecunda assim lançada no direito administrativo que, já, com a doutrina de Duguit, veio transformar o direito constitucional, foi levada até o campo do direito internacional público por Georges Scelle, aludindo o professor da Faculdade de Direito de Paris aos serviços públicos internacionais. (1)

Vemos pois a extensão, a hipertrofia sofrida pela noção de serviço público, que deixou de ser um conceito técnico para se ampliar, e, com esta ampliação, adquirir um sentido vago.

Talvez nos seja lícito dizer que o serviço público é um conceito que entrou na moda, porque não existe apenas a moda no tocante à vestimenta feminina, há também uma moda literária, científica, filosófica, jurídica. Já tivemos o ensejo de apontar o conhecimento das ciências físicas como moda nos meios literários do século XVIII (2). Estiveram na moda o super-homem de Nietzsche,

a intuição bergsoniana, a libido freudiana, o existencialismo de Sartre. Em direito, temos agora a moda do direito social. De fato, a moda é um fenômeno de psicologia coletiva, de imitação que se dá em certo meio. E as esferas jurídicas não estão isentas desta coação do meio social. Mas a moda é condicionada por certas constantes. A moda feminina varia com a mudança das estações, com a transformação da moral e dos costumes. A moda jurídica também está ligada à evolução da sociedade, aos dados do direito positivo. A grande polémica entre Thibaut e Savigny sobre a codificação, nos meados do século passado, explica-se pela febre codificadora que seguiu a elaboração do Código Napoleão. Os numerosos trabalhos que surgiram no Brasil sobre o habeas-corpus e a posse de direitos pessoais, inclusive as maravilhosas teses de Rui, foram devidos a extensão desses conceitos por falta de um instrumento processual adequado para proteger os direitos certos e líquidos que não se referissem nem a liberdade de locomoção nem a posse, instrumento este que foi criado com o mandado de segurança. A moda do serviço público justifica-se pela crescente intervenção estatal que alargou o campo das atividades do Estado, trazendo como resultado a considerável ampliação do conceito de serviço público.

Mas, toda moda científica ou jurídica vem dificultar o trabalho do técnico. Era difícil definir o bergsonismo freqüentando os meios mundanos que assistiam aos cursos de Bergson no Colégio de França. É o que diziam os Tharaud: "chez Péguy, chez M. Sorel, chez Maritain et tant d'autres cet enseignement produisait de formidables explosions dont les mondaines qui étaient là ne percevaient aucun bruit et dont j'entendais les échos repercuter à l'infini aux *Cahiers de la Quinzaine*." É preciso pois que o jurista desconfie da moda para voltar ao trabalho sério e ver a estrutura real do instituto, a sua verdadeira conceituação técnica, ambas nubladas pela discussão e pela incompreensão dos leigos. Deve apontar os excessos, repelir as metafísicas e construir assim dogmáticamente o conceito jurídico, atendendo à sua evolução histórica, a seus elementos técnicos e às necessidades sociais.

II — ASPECTO HISTÓRICO DO SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público tem um conceito essencial e eminentemente histórico. Varia com as sociedades e as épocas, as tendências sociais ou individualistas. Depende da vida econômica e da sua

(1) GEORGES SCELLE, *Cours de Droit International Public*, 1948, pág. 557 e seguintes.

(2) ARNOLD WALD — *Racionalismo e ciências físicas*, artigo publicado no Suplemento Literário do "Correio da Manhã" em 9 de julho de 1950.

superestrutura cultural e especialmente moral e filosófica.

O conceito de serviço público não pode ser de modo algum absoluto e invariável. Transforma-se com a história, com as diferentes concepções de vida que dominam momentos históricos diversos.

Esta idéia é brilhantemente resumida por Francisco Campos quando escreve: "O caráter público de um serviço é de ordem histórica, variando com as concepções dominantes, o estado de cultura, a atmosfera espiritual ou econômica em que vive cada geração." (3)

O que poderíamos chamar de serviço público na Grécia não são os serviços considerados públicos na Idade Média; a concepção fisiocrática dos serviços públicos não é aquela do mundo hodierno. As condições econômicas, as posições respectivas no conflito entre o homem e o Estado, referido por Spencer, fazem com que se torne público um número maior ou menor de serviços, aumentando ou diminuindo a intervenção do Estado na vida social.

Este relativismo histórico do conceito de serviço público é reconhecido por todos os autores. De fato, o serviço público não se define nem pelo seu objeto, nem pela sua natureza. É serviço público, diz Duguit, toda atividade que deve ser regulamentada, assegurada e controlada pelos governantes no interesse da coletividade, ou seja, para o desenvolvimento da solidariedade social. Ora, os serviços criados no interesse coletivo são aqueles que vêm prover às necessidades sociais e as necessidades sociais são as mais variáveis; as funções do Estado variam e se desenvolvem com o desenrolar da história. À medida que a civilização progride, as necessidades sociais aumentam, exigindo sempre maior aparelhamento técnico e maiores capitais, criando, para os serviços que as querem satisfazer, responsabilidades mais amplas. A iniciativa particular, por si só, dificilmente comporta tais capitais e tais riscos, tornando-se necessária a intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas. (4)

Diz Vitti de Marco que as necessidades coletivas nascem do contraste entre interesses antagônicos dos grupos componentes da coletividade nacional, intervindo o Estado, através dos serviços públicos, para dirimir estes conflitos. Mas os conflitos variam com as épocas. Por longo tempo, o Estado conseguiu regular a existência destas ati-

vidades contrárias com os serviços públicos de defesa da coletividade, de polícia e de justiça. Mas a partir do século passado teve o Estado que intervir nos conflitos econômicos criando novos serviços como a previdência social por exemplo.

Assim, a noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social. Para esclarecer esta idéia, e como todo instituto só pode ser compreendido pelo estudo da sua própria história, procuremos fixar o conceito de serviço público nos quadros do mundo liberal e individualista, para, a seguir, indicar as tendências sociais da nossa época e a repercussão que têm sobre os serviços públicos.

III — O SERVIÇO PÚBLICO NA IDEOLOGIA LIBERAL

A ideologia liberal do século XVIII apegou-se ao indivíduo, firmando os seus direitos naturais. Como os sofistas gregos, que consideravam o homem como medida de todas as coisas, Rousseau definiu a sociedade como um agregado de indivíduos reunidos consciente e voluntariamente por um contrato social. Transformando-se a palavra aristotélica, era afirmada a precedência das partes sobre o todo. Iniciava-se o reinado do indivíduo num mundo mercantilista, mecanicista e liberal.

Escreve Dunning, professor da Columbia University, retratando essa época: "Individualism came into the foreground. The same nature that ascribed supreme power to the people as an aggregate was found to have set limits to that power in reference to the people as individuals. A sphere was conceived wherein no authority external to the individual could intrude. This theory of natural rights was by some thinkers expanded to its limit; the sphere free from intrusion was made to include the whole field of action, and authority over rational man was denied as irrational." (5)

Os fisiocratas aderiram à teoria individualista, considerando que a intervenção estatal devia limitar-se ao mínimo necessário e indispensável. As atribuições do Estado foram definidas num sentido negativo pela escola liberal. J. B. Say, por exemplo, definiu como governo ideal aquele que não custa muito e atua pouco.

Para os economistas liberais, era a iniciativa individual o grande móvel da evolução social e do progresso. O Estado tinha mera função de proteção a esta iniciativa privada. Era o momento da reação do mercantilismo contra as corporações e a regulamentação da Idade Média. A Enciclopédia, o nacionalismo do século XVIII saudavam a liberdade mais plena em todos os seus aspectos: político, econômico, religioso. A intervenção estatal vinha ferir a ordem natural das coisas, pensavam os autores daquela época.

(3) FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, 1943, pag. 266.

(4) Sobre o relativismo do conceito de serviço público, consulte-se LÉON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, p. 47. Do mesmo autor: *Manuel de droit constitutionnel*, 4.^a edição, p. 72 a 75; *Leçons de droit public général*, 1926, p. 150-152 e *Traité de droit constitutionnel*, 2.^a ed., 2.^o vol., p. 55. No mesmo sentido manifestam-se Ripert, *Le déclin du droit*, p. 199, Temistocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 1943, vol. IV, p. 8-9, e Oliveira Viana, *Direito do trabalho e democracia social*, 1951, p. 47-53.

(5) WILLIAM ARCHIBAL DUNNING, *A History of political theories from Rousseau to Spencer*, 1920, p. 421. Veja-se também Georges Sorel, *Les illusions du progrès*, 5.^a ed., 1947, p. 108-120 e Arnold Wald, *O contrato social*, in *A Época*, n.º 193.

"O papel do legislador, que quizer assegurar a ordem social e o progresso, se limita, pois, a desenvolver tanto quanto possível as iniciativas individuais, a afastar tudo quanto as possa embaraçar, a impedir somente que se prejudiquem umas às outras; e, por conseguinte, a intervenção da autoridade deve reduzir-se ao mínimo indispensável à segurança de todos, em uma palavra, a deixar agir" (6) escreve Charles Gide, refletindo o pensamento da escola liberal.

Natural é o sentido restrito que tiveram os serviços públicos naquela época limitando-se a ter a função de defesa nacional, de policiamento e de justiça.

Mas a história do mundo poder-se-ia resumir numa oscilação perpétua entre idéias sociais e tendências individualistas, entre Aristóteles e os sofistas, entre Montesquieu e Rousseau. Assim breve seria olvidado o individualismo, abandonado o liberalismo. A iniciativa privada não conseguia atender às necessidades sociais. No domínio dos correios e das comunicações em geral a intervenção estatal era exigida. Basta dizer que, na Inglaterra por exemplo, numerosas regiões da Irlanda e da Escócia ficaram desprovidas de vias férreas, porque a criação destas não remuneraria as companhias. (7)

Na realidade, preparava-se um novo movimento social que ia levar os serviços públicos ao apogeu.

IV — O ESTADISMO CRESCENTE E A TRANSFORMAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Com a reação conservadora que seguiu à Revolução Francesa, consolidou-se a posição do Estado onipotente, passando este a intervir, desde os meados do século passado, na vida social e econômica do país.

Este fenômeno histórico do estadismo crescente já se tornou lugar comum dando margem a ampla bibliografia que já exauriu o assunto.

Em recente entrevista à imprensa declarava André Siegfried que o maior perigo que nos ameaça é o Estado, lembrando, a seguir, que era preciso equilibrar o individualismo com o estadismo, antes que seja tarde. (8)

Um dia depois da publicação das palavras de Siegfried, o professor Arnaldo Medeiros da Fonseca, na aula inaugural dos cursos da Universidade do Brasil, aludia ao Estado "a quem tudo se pede e de quem tudo se exige".

As funções do Estado se multiplicaram. Deixou de ser ele o *Estado-polícia* para se tornar no Estado protetor dos fracos, fiscalizador das condi-

ções de trabalho, fixador dos preços, no Estado armador, comerciante, industrial. Numerosas novas funções públicas foram criadas. O Estado veio a ser um educador; encarregou-se da previdência social, passou a cuidar das condições de saúde dos seus cidadãos.

Abandonada a livre-concorrência, transformou-se a economia de competição numa economia de colaboração dirigida pelos órgãos estatais. Novos serviços públicos foram criados para o controle desta economia de colaboração. Numerosas empresas públicas surgiram substituindo as sociedades comerciais incapazes de bem servir à coletividade. Melhorou-se o nível de vida dos trabalhadores, aumentando os salários, diminuindo os preços e fornecendo uma produção superior quantitativa e qualitativamente. (9)

Assim, em todos os países, os serviços públicos aumentaram ao mesmo tempo que se desdobravam as funções do Estado. Já em 1882, numa visão profética, Laveleye indicava a estrutura industrial do Estado moderno, indicando os imensos poderes do governo:

"Em França, os ministros dispõem, antes de tudo, da soma de três mil milhões, maior do que a renda cadastral das terras. Além disto, fiscalizam o orçamento das comunas, dos departamentos e das instituições de beneficência, que se elevam ainda a nada menos de mil milhões. Mantêm, regulamentam e inspecionam as escolas públicas de toda espécie e de todos os graus; nomeiam os bispos e pagam, com uma das mãos, os ministros dos cultos, e, com a outra, as dançarinas seminuas que exibem suas graças na ópera; custeiam os institutos, as academias, os observatórios, etc.; determinam em quantos hectares se plantará fumo, quantas plantas terá cada hectare e quantas folhas cada planta, nomeando inspetores especiais encarregados de contar tudo; vendem este estupefaciente em estancos privilegiados, cujos inumeráveis agentes, espalhados em todo o país, nomeiam; transportam as cartas, os telegramas, os jornais, o que exige ainda uma legião de empregados, constroem estradas de rodagem e estradas de ferro, pontes e canais; exploram as florestas do domínio público, replantam as regiões altas e superintendem as terras arborizadas, pertencentes a particulares; fazem porcelana em Sevres e tapetes nos Gobelinos; por meio dos direitos de alfândega, outros direitos de entrada e prêmios às indústrias favorecidas, determinam a divisão do trabalho em todos os ramos da produção". (10)

Se quiséssemos fazer hoje a lista das atividades do Estado, poderíamos dedicar ao assunto alguns volumes. Efetivamente está ultrapassada

(6) C. GIDE, *Compêndio d'Economia política*, p. 22.

(7) A. G. WOLFE, *The nationalisation of the railway system*.

(8) In "Diário de Notícias" de 2-3-52, suplemento literário, p. 1.

(9) VANDERVELDE, *O socialismo e a evolução industrial*, p. 112 e seguintes.

(10) LAVELEYE in *REVUE DES DEUX MONDES* — 15 de dezembro de 1882. Sobre o mesmo tema Themistocles Cavalcanti, op. cit., IV vol., p. 26, Duguít, *Leçons de droit public général*, p. 153, Arnold Wald, *A evolução do direito*, in *Revista do Serviço Público*, dezembro de 1951, p. 14.

a fase descrita por Laveleye. Novas funções passou a ter o Estado. Licencia importações e censura livros, regulamenta a velocidade de automóveis e fomenta a imigração, é acionista de bancos e de companhias industriais e obriga os contribuintes a pagarem certas taxas em benefício de centros de ensino industrial.

Há uma hipertrofia do Estado cuja melhor prova venha talvez a ser o aumento astronômico das despesas públicas.

Efetivamente, o Estado tem hoje funções econômicas e sociais de primordial importância. Se a intervenção social do Estado data do século passado, a sua intervenção econômica se fez sentir já na primeira guerra mundial e mais particularmente depois da crise de 1929, quando passaram os países a lutar pela auto-suficiência econômica, pela política de autarcias.

A noção de economia nacional passou a ter duas interpretações: uma nacionalista e a outra internacionalista. A primeira foi dada por List no seu livro *Das Nationale System der Politischen Oekonomie*, apontando o economista alemão a economia nacional como sustentáculo do poder político e das aspirações imperialistas. Coube ao professor de Nancy, Lucien Brocard nos seus *Principes d'Economie Nationale et Internationale* considerar a economia nacional como um elemento para a realização da solidariedade internacional, já que as diversas economias nacionais se completam reciprocamente.

Na prática, todavia, viu-se vitoriosa até a última guerra mundial a concepção germânica defendida por Frederico List. Para evitar o bloqueio em caso de guerra, para suprir à falta de divisas estrangeiras, para dar trabalho a um número sempre maior de *chômeurs*, diversos países adotaram uma economia de autarcia. Tivemos desde 1934, na Alemanha, o controle do comércio exterior e do câmbio. Surgiu a política econômica do *clearing*, ou seja, da compensação de importações e exportações para determinado país. Criaram-se os sucedâneos sintéticos, os *ersatz*, o petróleo e a borracha sintéticos, a lanital e a *Zellvolle* (lã artificial com base em caseína-lanital — e em celulose-zellvolle). Assistimos à elaboração de uma economia de guerra, de uma *Kriegswirtschaftspolitik*. Os preços começaram a ser fiscalizados pelas *Preisprüfungsstellen*, ancestral da nossa C.C.P. Já em 1915, constituía-se na Alemanha o monopólio das importações que era dado a uma sociedade de economia mista, a Z.E.G. (*Zentraleinkaufsgesellschaft*), enquanto as sociedades de guerra (*Kriegsgesellschaften*) intervinham na produção tornando-se breve organismos diretores da economia nacional. O Estado veio a dirigir a moeda e a fazer sentir a sua influência na vida bancária, evitando numerosas falências cujos resultados seriam desastrosos para a nação. Os governos combateram a superprodução com a técnica da armazenagem e do bloqueio, da proibição de novas plantações. No Canadá, o Estado interveio na produção do trigo. O *Farm Board* procurou con-

dicionar a produção do trigo e do algodão nos Estados Unidos reduzindo-a às reais necessidades. No Brasil tivemos a famigerada destruição de 60 milhões de sacas de café para obter a revalorização deste produto. Na França, foi regulamentada a produção de trigo e de vinho. Vastos planos de trabalhos públicos foram organizados, tanto na América do Norte, como na Alemanha, na França e na Inglaterra para combater a falta de trabalho, o *unemployment*. Diversas experiências de deflação econômica com uma política de luta contra os preços foram feitas, seja com o Chanceler Brüning na Alemanha, seja com Laval, na França. Assistimos também à direção do crédito com a *open market policy*. O Estado regulamentou o próprio consumo. Toda a economia veio a sofrer a fiscalização estatal. (11)

Se estudarmos o caso da França, por exemplo, veremos como se ampliaram os serviços públicos paralelamente às novas funções que o Estado aceitou. Sentimos a intervenção estatal na família, na previdência social, na radiodifusão. Há intervenção sanitária e intervenção fiscal. Os bancos mais importantes, as grandes companhias de seguro, os meios de transportes são nacionalizados. E o caso da França, que foi estudado mais minuciosamente por Ripert e Savatier nos seus magníficos trabalhos, é sintomático. O mesmo se dá em toda a Europa e, em escala menor, nos Estados Americanos.

Efetivamente, o Estado passou a proteger a família, introduzindo para este fim especial artigo nas constituições. (12) O legislador interveio para limitar o pátrio poder. Exigiu em numerosos países o certificado pré-nupcial, olvidadas as críticas que lhe possa ter feito um Bourget.

O seguro contra acidentes de trabalho se torna obrigatório. Numerosos organismos para-estatais de previdência social são criados. Entre nós, o deputado Aluísio Alves propôs a nacionalização e o monopólio estatal do seguro contra acidentes de trabalho. (13)

A intervenção sanitária se manifesta pela fiscalização das condições de trabalho, pelo fechamento dos bordéis, vindo os códigos a considerarem como crimes a corrupção e a instigação à prostituição (14), sendo organizados serviços de exames médicos das prostitutas. Outrossim, o segredo profissional sofreu sérias limitações, ficando obrigado o médico a declarar imediatamente aos servi-

(11) HENRY LAUFENBURGER, *La intervencion del Estado en la Vida Económica*, passim; L. Mises, *Kritik des Interventionismus*; Rowe, *Markets and men*; L.R. Franck, *L'experience Roosevelt* etc.

(12) Artigos 163-165 da Constituição Brasileira vigente; Cf. Mirkine Guetzevitch, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, tradução de Sabino Gendim, Madrid, 1934, p. 88 e seguintes.

(13) ALUISIO ALVES, *Acidentes de trabalho*, separata publicada pelo DASP em 1949.

(14) Artigo 228 do nosso código penal.

ços sanitários os casos de certas moléstias infecto-contagiosas. (15)

A intervenção fiscal afirmou-se com os impostos de solteiro existente na Itália, com a exigência do depósito nos cofres públicos das moedas de ouro, com os empréstimos forçados. No Brasil, vimos o artigo 17 do Código Comercial que protegia os livros do comerciante contra a indiscrição dos agentes do fisco revogado sucessivamente para os efeitos de fiscalização do imposto de consumo, de renda e do selo. (16)

No campo cultural, o Estado operou por meio da censura: censura de livros e revistas, de jornais, do cinema, do teatro. As emissoras de radiodifusão foram nacionalizadas ou constituem concessões feitas pelo Estado a particulares. Tivemos aliás recentemente um ato legislativo que reforçou o controle estatal sobre as estações de rádio. Quanto à vigilância que o Estado exerce sobre a imprensa basta lembrar o caso de *La Prensa*, cotidiano argentino que foi desapropriado por motivos políticos.

No domínio dos seguros, lembremos que os contratos tipos devem ser aprovados pelo Departamento de Seguros Privados.

As nacionalizações se sucedem. Na França, citemos o caso das minas de carvão do norte e do Pas-de-Calais, das empresas de gás e eletricidade, do *Banco de França*, do *Banco da Argélia*, do *Crédit Lyonnais* e outros estabelecimentos bancários, das usinas Renault, da *Société des moteurs Gnome et Rhône*, da *Air France* e das empresas proprietárias de publicações que tenham sido editadas durante a guerra. (17)

O Estado veio a ser acionista nas sociedades de economia mista. Em França, vimo-lo participar na Sociedade para a navegação do Reno e na Companhia dos serviços contratuais das Messageries Maritimes. (18) Ao mesmo tempo, criou organismos fiscalizadores das atividades bancárias, sejam comissões de controle dos bancos, sejam conselhos nacionais de crédito. (19) No campo bancário, tivemos recentemente projetos nacionalistas tendentes a diminuir o papel desempenhado em nosso país pelos bancos estrangeiros. Mais lógico e útil seria o controle destes bancos, impondo-se-lhes a obrigação de depositar parte do capital num banco governamental a exemplo do que realiza nos Estados Unidos o Federal Reserve Bank. Tal é a tese defendida, já em 1934, por Herbert Levy num interessante trabalho sobre os *Problemas*

atuais da economia brasileira em que já se apresentam as qualidades de grande economista que o deputado paulista havia de revelar. (20)

Por motivos de ordem fiscal e causas sociais, o Estado transformou-se em industrial. No Brasil, tivemos o Estado industrial explorando o ferro da fundição do Ipanema, encarregando-se dos transportes marítimos (Lloyd Brasileiro) e terrestres (E. F. Central do Brasil). "Na França, para os grandes monopólios fiscais do fumo, dos fósforos, da pólvora e do correio, o Estado tem algumas indústrias de pouca importância — porcelanas de Sevres, tapetes de Gobelins, gravuras do Louvre, imprensa nacional, coudelarias, estabelecimentos termiais nas cidades de banhos, etc. Entre os cartazes das estações de Paris lê-se: *Pastilles Vichy-Etat*. Eis o Estado farmacêutico." (21)

Deixando de lado a Inglaterra socializada pelos trabalhistas, vamos encontrar a mesma hipertrofia do Estado na terra por excelência do liberalismo, na América do Norte.

Basta compulsarmos um livro de direito constitucional americano para logo sentirmos a extensão dos serviços públicos existentes nos Estados Unidos.

O Estado federal ampliou as suas atividades como o denota uma vista de olhos na bibliografia dos últimos anos. C.B. Swisher refere-se, num livro publicado em Chicago, em 1946, a *The growth of Constitutional Power*; um ano antes, M.J. Pusey escrevera um trabalho intitulado *Big Government-Can We Control It?* e P.H. Appleby denominou seu livro simplesmente *Big Democracy*, sendo que na palavra de Ogg e Ray "the country's big government of which we hear much, pro and con, is primarily big administration". (22)

Vamos encontrar nos Estados Unidos as sociedades de economia mista cuja existência já assinalamos na Europa e que estão a desenvolver-se em nosso país com a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Siderúrgica Nacional, o Banco do Brasil, o Banco do Crédito da Borracha etc. . . . As *government corporations* que correspondem às nossas sociedades de economia mista são regulamentadas pelo *Government Corporation Control Act* de 1945. Entre as principais sociedades de economia mista citemos a *Reconstruction Finance Corporation*, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, a *Tennessee Valley Authority*, entre numerosas outras companhias do mesmo gênero.

As comissões e os departamentos independentes se desenvolveram em particular com o advento da política de Roosevelt. Embora já na época da primeira guerra mundial tivéssemos assistido à criação da *Federal Trade Commission* e da *United States Tariff Commission*, foi com o *New Deal*

(15) A ressalva da justa causa no artigo 154 do código penal.

(16) Decreto-lei 385 de 2-4-1938, artigo único; artigo 140 § 1.º do Decreto-lei 4.178 de 13-5-1942 e artigo 58 do Decreto-lei 4.655 de 3-9-1942.

(17) RIPERT, *Le déclin du droit*, p. 200. Do mesmo autor, *Les aspects juridiques du capitalisme*, p. 318.

(18) RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948, p. 246. Do mesmo autor: *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951, p. 587-591.

(19) RIPERT, *Traité*, p. 772-773.

(20) HERBERT V. LEVY, *Problemas atuais da economia brasileira*, 1934 p. 51-53.

(21) C. GIDE, op. cit., p. 175, nota 2.

(22) OGG and RAY, *Introduction to American Government*, 9.ª ed., p. 467.

que Washington se transformou, na palavra de um comentarista, num labirinto de novos estabelecimentos, denominados pelas respectivas letras iniciais do nome, e que estavam mais ou menos frouxamente ligados a um ministério, sendo mesmo a maioria desses serviços independentes. (23)

Os *Anti-Trust Acts* constituem um dos aspectos mais importantes da intervenção estatal na vida econômica norte-americana. O *Sherman Act* de 1890 visava proteger os consumidores contra monopólios comerciais. Os primeiros casos a se apresentarem foram os da *Standard Oil*, do *Sugar Trust* e da *Northwestern Securities*, tendo a Suprema Corte feito diversas distinções a fim de suavizar a lei. Fêz uma discriminação entre monopólios de produção e de comércio, vindo posteriormente a elaborar a "*rule of reason*" pela qual diferenciava as combinações que apenas criavam restrições razoáveis ao comércio interestadual ou internacional daquelas que entrevavam irrazoavelmente estes comércios, só considerando ilegais as segundas. (24)

Não obstante o *Clayton Act* de 1914, destinado a esmagar os trustes e inspirado por Wilson, a Suprema Corte firmou, seis anos depois, no caso da *United States Steel Corporation*, uma jurisprudência ainda mais liberal e benévola em relação aos trustes, declarando que não bastava a má intenção inicial para provocar a dissolução judicial da firma, era preciso que o intento de restringir a liberdade de comércio se tivesse realizado. (25)

Suspensas as leis contra os trustes pelo *National Recovery Act* de 1933, reiniciou-se a campanha contra os monopólios com a nomeação em 1938 de Thurman W. Arnold, professor da Universidade de Yale, para a chefia da divisão encarregada de impedir a constituição de trustes e filiada ao Ministério da Justiça. Thurman W. Arnold e seu sucessor, Wendell Berge, foram ambos grandes lutadores, "*trust-busters*", que combateram com fervor os "*bottlenecks of business*". Basta lembrar que nos doze últimos anos numerosos processos com base no *Anti-Trust Act* foram movidos contra a *Associated Press*, a *Pullman Car Company*, a *Aluminum Company of America*, a *General Electric*, a *Investment Bankers Association of America* e centenas de outras firmas comerciais.

A Suprema Corte por certo tempo, nos anos de 1935-36, tentou defender os direitos individuais contra a política do *New Deal*. Considerou inconstitucionais o *National Industrial Recovery*

Act e o primeiro *Agricultural Adjustment Act*. Mas breve a oposição dos tribunais à política intervencionista e social de Roosevelt foi vencida. Os *Justices*, membros da Suprema Corte, passaram a olhar mais tolerantemente para a expansão do executivo e a delegação dos poderes legislativos ao Presidente da República. Ao livro de Lambert, que analisava profundamente o governo dos juizes, já responde Roger Pinto com os seus trabalhos sobre *Des juges qui ne gouvernent pas* e *La fin du gouvernement des juges*. Efetivamente, quando, há pouco, o presidente Truman, diante da ameaça de uma greve na indústria do aço, decidiu intervir encampando os altos fornos e fundições do país, os proprietários destas fábricas apelaram para a justiça, declarando o Tribunal Federal, presidido pelo Juiz Alexander Holtzchoff, perfeitamente legais as medidas tomadas pelo governo. (25B)

Ao lado das normas gerais como os *Anti-Trust Acts*, há uma legislação especial que se constituiu destinando-se a determinados ramos da vida econômica do país. Neste sentido, podemos citar o *National Industrial Recovery Act* de 1933, o *Securities Act* do mesmo ano, o *Securities Exchange Act* de 1934, o *Public Utility Holding Company Act* e o *Federal Power Act* de 1935 e o *Commodities Exchange Act* de 1936. O primeiro destes atos que é o mais conhecido visou combater a concorrência desleal e o desemprego, controlando a atividade bancária e a especulação de bolsa e amparando a agricultura. As diversas leis sobre *securities* visam a proteção e a informação dos compradores dos títulos quanto ao valor destes. As outras medidas legislativas se referem à fiscalização dos *holdings* e ao controle das especulações sobre produtos agrícolas.

Durante a segunda guerra mundial, medidas drásticas de intervenção do Estado na vida econômica do país foram tomadas. Criado o *Office of Price Stabilization and Civilian Supply*, os preços foram congelados em maio de 1942 na base dos preços do mês de março do mesmo ano. A indústria automobilística e as fábricas de rádio foram transformadas a fim de servirem à produção bélica. E numerosas outras reformas foram feitas no mesmo sentido.

Numerosas instituições bancárias paraestatais norte-americanas mereceriam um estudo mais profundo inclusive para sua possível adaptação em nosso país. Tal é o caso, por exemplo, do *Federal Reserve System* que opera simultaneamente como banco de depósito, câmara de compensação e freio à especulação descontrolada. Outras instituições de grande importância são: a *Federal Deposit Insurance Corporation*, sociedade de economia mista, que assegura parcialmente os depósitos bancários em caso de falência de banco, realizando assim, no campo bancário, função análoga à do nosso Instituto de Resseguros quanto às companhias de

(23) Cf. Herring, *Federal Commissioners; a Study of their careers and qualifications*. No mesmo sentido: R. E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*; Anderson Jr. *Federal and State Control of Banking*; Warburg, *The Federal Reserve System; its origin and Growth*.

(24) Ogg & Ray, op. cit., p. 650. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, 1921, p. 140. Albert M. Kales, *Good and bad trusts* in Harvard L.R. 30, 871.

(25) Ogg & Ray, ibid.; Lambert, ibid.; E. Lambert et J.R. Xirau, *L'ancêtre américain du droit comparé*, 1947, p. 289.

(25B) Posteriormente, esta sentença foi cassada pela Suprema Corte.

seguros e diversos estabelecimentos de crédito como a *Federal Housing Administration*, a *Reconstruction Finance Corporation*, organizada a pedido de Hoover depois da crise de 1930, a *Farm Credit Administration*, a *Home Owners' Loan Corporation*.

Especial estudo também mereceria a magna experiência da Tennessee Valley Authority (T.V.A.) que constitui na realidade *the keystone of the New Deal Arch* e que foi, em plano muito maior, uma tentativa do que estamos nos esforçando a fazer no vale do Rio Doce. Tanto pareceu vitorioso o empreendimento da T.V.A. que não hesitou Roosevelt em recomendar, em setembro de 1944, a criação de um regime análogo para a Missouri Valley. E em 1946, "no fewer than ten bills were before Congress proposing valley authorities for different areas of the country although none became law". (26)

Já vemos pois a que ponto chegou a intervenção estatal nos Estados Unidos. Verdade é que algumas vezes a justiça se insurgiu contra as medidas governamentais não as homologando. Recorreu então o governo a meios mais pragmáticos. Assim, conta-nos Herbert Levy que, tendo o governo fixado um limite máximo de 50.000 dólares por ano para a distribuição de lucros das estradas de ferro a cada um dos diretores, devendo ficar o restante disponível para eventual indenização dos ferroviários que fôssem dispensados por falta de serviço, o diretor de uma das companhias, julgando a exigência ilegal, retirou como sua cota de lucros 100.000 dólares. Nenhuma medida judiciária pôde tomar o governo já que os tribunais consideravam inconstitucional a norma legal limitativa das retiradas. Aconteceu todavia que, pouco tempo depois, a companhia em questão teve um empréstimo de um milhão de dólares a vencer-se num dos bancos filiados ao *Federal Reserve Bank*. Por intervenção do governo foi-lhe negada a reforma, mesmo parcial, do empréstimo e não podendo cobri-lo, o diretor da companhia viu-se obrigado a restituir os 50.000 dólares retirados em excesso, dando-se logo depois a reforma de vencimento da obrigação. (27) Assim o governo sempre conseguiu satisfazer os seus intentos.

A regulamentação excessiva e a legislação minuciosa também são encontradas nos Estados Unidos. Se Ripert ironiza a lei francesa por dar-nos *lições de coisas* e fazer a educação culinária dos seus leitores, pois distingue entre tipos de azeites, de queijos e vinhos, catalogando-os e caracterizando-os (28), poderemos também criticar a lei americana nas mesmas bases. Herbert Hoover apontou por diversas vezes a desorganização existente na administração, já que havia, em alguns casos, cerca de quarenta seções em departamentos diferentes tendo funções idênticas. Disse em certa

ocasião o antigo presidente da República que os ursos escuros (*ursus arctos*) estavam sob a jurisdição do Ministério da Agricultura, os ursos grizzli (*ursus horribilis*) sob a guarda do Ministério da Fazenda e os ursos brancos (*ursus maritimus*) sob a proteção da Secretaria do Comércio.

Em resumo, tanto na Europa, como na América, assistimos a um desenvolvimento fabuloso da atividade estatal, a uma ampliação considerável dos serviços públicos.

Se, de passagem, antes de fazer um estudo posterior mais minucioso, pensamos na intervenção do Estado na sociedade brasileira, havemos de nos lembrar da existência de uma série de serviços industriais do Estado (Correios e Telégrafos, Radiocomunicação) de autarquias administrativas (Instituto do Açúcar e do Alcool, Instituto do Mate, do Sal, do Pinho, Institutos de Previdência Social e Caixas de Aposentadoria e Pensões — IAPC, IAPI, IAPTEC etc. — Instituto de Resseguros do Brasil, Administrações dos portos, a E.F. Central do Brasil e o Lloyd Brasileiro, a Ordem dos Advogados e as Caixas Econômicas) de sociedades de economia mista (Banco do Brasil, Banco de Crédito da Borracha, Companhia do Vale do Rio Doce, Companhia Siderúrgica Nacional) de concessões, de organismos e comissões especiais (C.C.P.) que atestam a limitação da iniciativa privada pelos órgãos estatais e o aumento dos serviços públicos. Destas entidades faremos um estudo detalhado em trabalhos futuros. Agora apenas queremos fixar o panorama geral da transformação dos serviços públicos, as linhas mestras da evolução do Estado.

Na realidade, em todo o mundo, como o escreveu espirituosamente Sidney Webb, "o edil individualista anda no calçamento municipal alumiado pelo gás municipal e varrido pelas vassouras municipais com água municipal. Vendo no relógio municipal do mercado municipal que é muito cedo para ir ao encontro dos filhos ao voltarem da escola municipal, situada ao lado do asilo dos alienados do condado e do hospital municipal, servir-se-á do telégrafo nacional para dizer-lhes que não venham pelo parque municipal mas tomem o *tramway* municipal para com êle se encontrarem na sala municipal de leitura, contígua à biblioteca municipal e ao museu municipal, onde deseja consultar certas publicações nacionais por motivo do próximo discurso que pretende pronunciar na sala municipal do conselho acerca do serviço de canalização e para aumentar a fiscalização do governo sobre as estradas de ferro."

Vivemos numa sociedade em que a iniciativa particular e a sua consequência lógica que é a responsabilidade individual foram banidas, sendo substituídas pela obediência que exige o indivíduo dos riscos criados pela sua atividade. É o século do desaparecimento dos patrões, dos grandes industriais, dos *brasseurs d'affaires*, dos capitães de indústria, que tiveram os seus lugares tomados pelos funcionários, pelos burocratas, pelos *ronds-de-cuir*, que não correm riscos e não são responsá-

(26) Ogg & Ray, op. cit. p. 707 — D. Lilienthal TVA — *Democracy on the March*.

(27) HERBERT LEVY, op. cit., p. 180.

(28) RIPERT, *Le déclin du droit*, p. 67-79.

veis, e querem controlar, vigiar, fiscalizar tôdas as atividades do indivíduo. O Estado moderno já foi aliás definido como uma grande sociedade de socorros mútuos. Coube a Jules Romains descrever em *Jean Le Maufranc* o aspecto ao mesmo tempo protetor e despótico da administração, como no-lo refere Ripert. A mesma transformação da sociedade foi hábilmente focalizada por Maurice Druon em seu livro *La fin des hommes* no qual aponta a metamorfose sofrida pelo meio social, antes dominado pelas *grandes familles*, hoje dirigido pelos funcionários. O homem moderno trocou a sua liberdade de ação pela sua segurança. Prefere ser funcionário, empregado, deixando as preocupações de iniciativa e responsabilidade a outros. O mesmo fenômeno aliás se repete entre as nações. Elas também abdicam das suas soberanias para que lhes seja garantida a paz por uma ordem supra-estatal. Talvez seja uma nova psicologia característica da nossa época. O homem, como o Estado, abandona a sua liberdade de ação para se integrar e se enquadrar em sua função social. O homem deixa de ser um particular para se tornar quase exclusivamente um cidadão, um membro da coletividade social.

Aliás já Alexis de Tocqueville, há mais de um século, num livro que havia de se tornar profético — *De la Démocratie en Amérique* — previu esta evolução da sociedade contemporânea apontando, já então, a centralização dos poderes e o aumento das atribuições estatais. Mostra Tocqueville que “c’est l’État qui a entrepris presque seul de donner du pain à ceux qui ont faim, des secours et un asile aux malades, du travail aux oisifs; il s’est fait le réparateur presque unique de toutes les misères... L’éducation est devenue une affaire nationale... Partout l’État arrive de plus en plus à diriger par lui-même les moindres citoyens et à conduire seul chacun d’eux dans les moindres affaires.” (29) Indica Tocqueville o aspecto de guia que vai adquirindo o Estado, passando a vigiar tôdas as atividades do indivíduo, sendo comerciante e industrial, firmando cada vez mais o seu poder com o desenvolvimento da ciência administrativa. Assim “les citoyens tombent à chaque instant sous le contrôle de l’administration publique; ils sont entraînés insensiblement et comme à leur insu, à lui sacrifier tous les jours quelques nouvelles parties de leur indépendance individuelle, et ces mêmes hommes qui, de temps à autre, renversent un trône et foulent aux pieds des rois, se plient de plus en plus, sans résistance, aux moindres volontés d’un commis.” (30) E explica o autor de *L’Ancien régime et la révolution* como o despotismo estatal pode conciliar-se com a soberania do povo, dizendo que os homens sentiam a necessidade de ser dirigidos, de obedecer e por outro lado queriam ser livres. Assim aceitavam

a opressão desde que escolhessem os seus tutores. O livro de Tocqueville vem esclarecer sobremodo a evolução do direito público e a hipertrofia do Estado, podendo ser colocado neste campo ao lado das melhores obras dos grandes juristas contemporâneos.

O estudo do direito constitucional vem confirmar a análise de Tocqueville. Em diversos trabalhos B. Mirkiné Guetzevitch procurou fixar os rumos que iam tomando as constituições contemporâneas. Assim é que escreveu: *Les Constitutions de l’Europe Nouvelle; Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel* e *Les nouvelles tendances des Déclarations des droits de l’Homme*. Nestes seus brilhantes estudos, apontou o antigo professor da Faculdade de Direito de Petrogrado os aspectos sociais característicos das constituições posteriores à guerra de 1914-1918 e moldadas na Constituição de Weimar. Passando-se em revista as diversas cartas magnas, nota-se, ao lado das liberdades individuais, já consagradas pela Revolução Francesa, os direitos sociais do homem, podendo dizer Mirkiné Guetzevitch, com muita razão, que no século XX o sentido social do direito não é uma doutrina ou uma escola jurídica, é a própria vida. Até na própria Declaração dos Direitos do Homem da O.N.U. de 10-12-948 vamos encontrar as disposições de ordem social. (31) Aliás o nosso Rui, ainda em 1919, já pugnava pelo reconhecimento dêstes direitos sociais. (32)

Assim, estamos numa época profundamente socialista (no sentido lato da palavra), numa época de socialização do direito, em que haviam de se desenvolver os serviços públicos, em que quase tôdas as atividades humanas deveriam transformar-se em serviços públicos, em que os contratos de trabalho cujas linhas gerais são aprovadas pelo Estado fazem com que os empregados não trabalhem mais para patrões particulares mas estejam como que integrados em serviços públicos. (33)

A esta época, econômica e politicamente socializada, havia de corresponder uma superestrutura cultural também profundamente impregnada dos sentimentos sociais e veremos pois o espírito desta época, concretizado em sua filosofia do direito, tendo as mesmas preocupações sociais, olvidando o indivíduo e reagindo veementemente contra o mecanicismo racionalista e contra o liberalismo dos fisiocratas, para debruçar-se com ternura sobre os serviços públicos, criando até a Escola do Serviço Público, e, com Duguit, reduzindo tôda a teoria do Estado à teoria dos serviços públicos.

(31) Artigos 22 a 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

(32) RUI BARBOSA, *A questão social e política no Brasil*, edição da Organização Simões, 1951, p. 83, 29 e 30.

(33) SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 2.^a ed., 1950, p. 15.

(29) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La Démocratie en Amérique*, pages choisies, Librairie de Medicis, Paris, 1947, p. 20-21.

(30) Ibid., p. 31.

V — A HISTÓRIA DA FILOSOFIA DO DIREITO, O ROMANTISMO JURÍDICO E A TEORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Se formos estudar a história da filosofia do direito desde o fim do século XVIII, veremos que todas as escolas filosóficas posteriores a esta data se põem em oposição flagrante com o racionalismo individualista e liberal que dominou os filósofos da Enciclopédia. O racionalismo mecanicista com base nas ciências físicas que formou a geração dos discípulos de Descartes, o individualismo atomista de Rousseau, o liberalismo ligado ao mercantilismo dominante no século XVIII foram abandonados. A filosofia do direito que surge depois da Revolução Francesa é essencialmente antiindividualista e reacionária; é uma filosofia de índole social, uma filosofia intuitiva e religiosa, uma filosofia histórica. E, aliás, a história e a religião são os dois aspectos do pensamento anti-racionalista, da filosofia do irracional. A filosofia do direito deixou de ser subjetiva, individualista e contratualista para se tornar objetivista, social e institucional. O iluminismo levava ao apogeu o racionalismo humanista e antropocêntrico, sucedendo "a época das luzes ao período anterior dos grandes sistemas metafísicos sobre o Cosmo do século XVII (Descartes, Leibniz, Spinoza) como na antiga Grécia os Sofistas tinham sucedido aos filósofos de Eleia e da Escola Jônica, em virtude talvez duma espécie de ritmo natural no desenvolvimento do espírito filosófico que faz que na história dêste último vejamos sempre os grandes períodos de caráter cosmológico e metafísico alternarem invariavelmente com os dum caráter mais antropológico e experimentalista". (34) Toda a filosofia do século XIX vai contrapor à Razão, divindade celebrada por Robespierre e pela Revolução Francesa, a história e a religião, superpondo ao indivíduo o corpo social.

Desde a escola histórica, através do organicismo de Gierke, das teorias da autolimitação de Ihering e de Jellinek, do positivismo de Comte e de Durkheim, da escola católica desde Le Play até Maritain, do Neo-Kantismo das escolas de Marburgo e de Baden, até o pragmatismo de Saldanha, Gény, Michoud e Saleilles; o vitalismo social e o institucionalismo de Hauriou e Renard, a filosofia da solidariedade social de Léon Duguit, o direito social de Gurvitch e as teorias do direito puro de Kelsen e dos seus discípulos, em todas estas escolas encontramos um traço comum que é a condenação em última instância do racionalismo individualista do século XVIII considerado como abstrato, dedutivo, ideológico, metafísico.

Todas as atitudes filosóficas posteriores à Revolução Francesa são essencialmente sociais, experimentais, históricas, limitativas dos direitos individuais e atentas aos fenômenos de grupo. Todas estas posições abandonam o liberalismo para fazer

a apologia das entidades sociais e do Estado em particular. Vemos desde já a influência que tais idéias hão de ter na organização dos serviços públicos.

A escola histórica é uma reação; é uma posição reacionária; insurge-se contra as hipóteses anti-históricas do contrato social, contra Rousseau que não se interessava pelos fatos históricos mas pelas explicações racionais. Reação contra o chamado espírito jurístico, exclusivamente lógico e formal, hipotético e matemático e desinteressado dos fatos reais, do verdadeiro valor do ponto de partida. Reação do direito positivo contra o direito ideal. Reação contra o direito natural, único, universal, absoluto e imutável. Reação do nacionalismo contra o cosmopolitismo e os ideais universais da Revolução Francesa. A *volonté générale*, à vontade geral soberana para Rousseau, opõe a escola histórica a formação lenta e costumeira do direito, o espírito popular, o *Volksgeist*. A escola histórica é uma tripla reação: reação filosófica do idealismo objetivo de Schelling e Hegel, lançando as idéias da alma do povo (*Volksseele*), da divinização do Estado e da equiparação do real ao racional e do racional ao real; reação política com Burke, De Bonald e De Maistre nas suas obras de crítica à Revolução Francesa; reação jurídica de Hugo, Savigny e Puchta que querem extrair as normas legais não de um ideal racional mas dos fatos, da história, do espírito popular, do costume, confundindo o real com o normativo, o *Sein* com o *Sollen*. Profundamente romântica foi a escola histórica, e talvez pudéssemos denominar sob o título genérico de escola romântica todas as posições filosóficas que se opuseram à filosofia racionalista, rebaixando a razão para fazer a apologia dos fatos, da história, da intuição, da religião.

O romantismo jurídico vem a ser, como o notaram Recasens Siches e Bonnacase, a superação das fórmulas matemáticas pelas fórmulas orgânicas, do mecânico pelo vivo, do racional pelo intuitivo, do conceitual pelo sensível, do ideal abstrato pela história, da dedução pela indução, do geral abstrato pelo individual concreto, do cosmopolitismo pelo nacionalismo, do livre arbítrio pela autoridade, da revolução pela evolução misteriosa da vida e da história, da inovação pela tradição. (35) É o *Gefühl*, o sentimento, a imaginação, algo de misterioso e pessoal que vai inspirar as diversas escolas filosóficas do século XIX. Românticas pois são as doutrinas da escola histórica, de Saleilles e de Duguit, as correntes do direito social. E mesmo romântica pode ser considerada a concepção definida como clássica por Bonnacase do sociologismo positivista de Comte e Durkheim pois qual a lei mais romântica, mais metafísica do que a lei dos três estados? Que filosofia seria mais metafísica do que as *ilusões do progresso* que prega Comte?

O organicismo de Gierke opôs-se ao racionalismo individualista ao apontar os direitos autó-

(34) CABRAL DE MONCADA, *Um iluminista português do século XVIII: Luiz Antonio Verney*, Livraria Acadêmica, 1941, p. 8; Windelband, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, 1935, p. 367.

(35) DEL VECCHIO e RECASENS SICHES, *Filosofia del Derecho*, 2.º vol. 1946, México, p. 154 e 297.

nomos das associações fraternais (*Genossenschaftsrechte*) paralelos ao direito estatal e tendo evolução histórica própria. Desinteressou-se Gierke dos indivíduos para considerar os grupos sociais, as coletividades, as pessoas coletivas (*Gesamtperson*).

As teorias de Ihering e de Jellinek, firmando a onipotência estatal, com a doutrina da autolimitação, combateram a concepção liberal dos direitos individuais considerando que nada, senão a própria vontade estatal, podia deter a atividade do Estado.

O positivismo de Comte e de Durkheim considerou a declaração dos direitos do homem como um evento pertinente ao estado metafísico da evolução histórica da sociedade.

A escola católica condenou com o *Syllabus* de 1864 o racionalismo, para na *Encíclica Quadragesimo anno* lançar as bases do corporativismo católico. (36)

O Neo-Kantismo de Stammler, de Cassirer e de Windelband limitou-se ao estudo do direito positivo não se interessando pelas aspirações a um ideal jusnaturalístico.

Profundamente irracionalista é a filosofia que surge no despertar do século XX. É o que, entre outros, escreve Bréhier, na sua história da filosofia: "La période qui a commencé vers 1910 diffère à beaucoup d'égards de la période précédente: la tendance générale de la philosophie au début de notre siècle est un retour à l'immédiat en deça des constructions plus ou moins fragiles que l'intelligence a créées; le conventionalisme de Poincaré s'unissait à l'intuitionisme de Bergson, au pragmatisme de James pour montrer que l'intelligence ou bien n'atteint pas la réalité véritable ou bien la défigure. Dans les révolutions profondes qu'ont subies depuis vingt ans les théories physiques, dans les vues nouvelles sur l'évolution des êtres vivants, dans les transformations de la psychologie, dans celles des *théories juridiques*, surtout se manifeste un même esprit qu'il est certes difficile d'isoler et de définir, mais qui paraît porter dans le même sens toute notre civilisation intellectuelle." (37) Abandonava-se a razão para recorrer à intuição, ao pragmatismo. Era uma nova oposição ao século XVIII, ao racionalismo.

O vitalismo de Hauriou, com a sua filosofia da instituição, vem a ser uma transposição jurídica do sistema bergsoniano já que parte o decano da Faculdade de Direito de Tolosa da noção de duração oposta ao tempo espacial. Escreve ao iniciar seu estudo sobre a filosofia da instituição: "As instituições representam no direito, como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real." (38) Opõe Hauriou o institucional

ao contratual, fazendo a crítica de Rousseau para apontar a natureza institucional do Estado. Vê, dominando toda instituição, uma idéia diretriz, uma idéia de empresa a realizar, concluindo com a afirmação de que a norma jurídica não cria a instituição mas é a instituição que determina as regras de direito. (39)

O pragmatismo de Saleilles parece ser uma tradução jurídica da teoria matemática de Poincaré. Dizia o autor de *Valeur de la Science* que os postulados eram puras convenções adotadas por serem cômodas. "Uma geometria, escrevia, não pode ser mais verdadeira do que outra; pode somente ser mais cômoda." (40) Assim, Saleilles vai aceitar a figura da pessoa jurídica como um postulado cômodo para defender certas situações em direito civil. Assim também o direito natural evolutivo ao qual alude o eminente civilista é uma construção cômoda e necessária para limitar o arbítrio do direito positivo. Mas Saleilles na sua vã tentativa de conciliar o direito natural com a escola histórica ainda é essencialmente um romântico jurídico.

Léon Duguit caracterizou a evolução do direito pela substituição do sistema individualista e metafísico por um sistema realista e socialista, indicando *Les transformations du droit privé* que exigem o abandono do Código Napoleão e da Declaração dos Direitos do Homem e a criação de um direito novo cuja concretização Lambert aponta no direito soviético. (40A)

A escola do direito puro de Hans Kelsen também está às antípodas da concepção filosófica, dedutiva, abstrata e racionalista do século XVIII.

Modificamos um pouco o conceito de Boncase e definimos o romantismo jurídico como o abandono do raciocínio lógico, dedutivo e abstrato e a valorização do sentimento e da intuição. Assim podemos opor ao racionalismo jurídico do século XVIII, às construções lógicas de Rousseau, às especulações de caráter matemático de Condorcet e de Madame de Stael (41) o romantismo jurídico das escolas jurídicas do século XIX e do século XX, romantismo dominado por preocupações sociais, romantismo jurídico que põe em relêvo as aspirações da coletividade, desde o *Volksseele* e o *Volksgeist* até a instituição e a solidariedade social, romantismo que considera o social anterior e superior ao individual, fazendo com que sejam superados direitos e interesses individuais pelas necessidades sociais, negados os direitos subjetivos e considerado como único móvel do progresso e da evolução jurídica a ação social e estatal, ou seja, o trabalho das corporações, das instituições,

(39) Ibid., p. 100-101.

(40) Henri Poincaré, *Science et Hypothèse*, p. 67.

(40A) Quanto ao aspecto metafísico da teoria de Duguit, veja-se Hans Kelsen, *Teoria General del Derecho y del Estado*, Mexico, 1950, p. 131 e Julliot de la Morandière, Esmein, Lévy-Bruhl e Scelle, *Introduction à l'étude du Droit*, vol. I, Paris, 1951, p. 144-145.

(41) GEORGES SOREL, *Les illusions du progrès*, 1947, p. 163.

(36) JACQUES MARITAIN, *Primauté du Spirituel e Trois Reformateurs*, passim.

(37) Bréhier, *Histoire de la Philosophie*, 1948, Tomo II, vol. 4, p. 1071.

(38) M. Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación* (ensayo de vitalismo social), Editorial Surco, B. Aires, 1947, p. 23.

ou mais justamente, com o desaparecimento dos corpos intermediários absorvidos ou controlados pelo Estado, a ação dos serviços públicos. (42)

Com estas noções firmadas seja no tocante à hipertrofia do Estado, seja no que se refere à história da filosofia do direito, podemos penetrar no terreno da dogmática dos serviços públicos, já com a compreensão da evolução histórica do instituto, já podendo explicar historicamente as distinções entre os diversos tipos de serviços públicos, já conhecendo os elementos, que são essencialmente históricos, da definição do serviço público.

VI — DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A noção de serviço público só recentemente penetrou no direito, dela tendo sido feito uso excessivo. Pouco a pouco, todavia, o conceito foi-se cristalizando, dando margem a definições mais claras e menos vagas.

Para Hauriou, o serviço público é um serviço técnico regular e contínuo que satisfaz a ordem pública por intermédio de uma organização pública. (43)

Léon Duguit já define o serviço público como "toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante. (44)

Os serviços públicos são pois serviços técnicos regulares e contínuos assegurados pelo Estado para prover às necessidades coletivas, ou seja, às necessidades que só podem ser satisfeitas pela intervenção estatal.

Dois elementos vamos encontrar pois que caracterizam o serviço público :

1.º a exploração direta pelo Estado ou por meio de concessões, o caráter de direito público destes serviços;

2.º a satisfação das necessidades coletivas, do interesse comum.

Um terceiro elemento era exigido pela ideologia liberal, sendo o requisito abandonado atualmente; era a impossibilidade de a iniciativa privada satisfazer às necessidades coletivas a que o serviço público pretendia atender.

Quiseram alguns autores, como Trévoux, ampliar a noção de serviço público, desprezando os elementos acima citados e vindo a confundir o serviço público com o conjunto das medidas intervencionistas (45), mas cometeram êstes juristas um erro de técnica injustificável.

Na realidade, nem as definições do serviço público, nem a indicação dos elementos necessários para que haja serviço público nos permitem fixar um critério para reconhecer os serviços que são ou não são públicos. Esta idéia é muito justamente defendida por Temístocles Cavalcanti no seu *Tratado de direito administrativo*. Efetivamente, escreve o antigo Procurador-Geral da República que "a conceituação do serviço público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquêles serviços como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal) ao mesmo tempo que podem empresas particulares realizar serviços públicos (especialmente as concessões)." (46).

Neste caso, consideremos serviços públicos aquêles serviços definidos como tais pela lei. Tal é a concepção de Jèze. (47) Contra êste ponto de vista se insurge Duguit dizendo que o direito não é criação arbitrária do Estado. Se o legislador dá o caráter de serviço público a uma determinada atividade, o juiz será obrigado a considerar esta atividade como serviço público, mas na realidade não haverá serviço público e a realidade superará mais cedo ou mais tarde a ficção criada pelo legislador. (48)

Devemos desde já distinguir os serviços públicos dos serviços de utilidade pública, do *public utility service*, dos *établissements d'utilité publique*. A *public utility* é a sociedade comercial que serve o público, sem escolher os seus clientes; são as firmas comerciais que a *Supreme Court* "considers sufficiently affected with a public interest to require stringent governmental regulation." Os *établissements d'utilité publique* opõem-se aos *établissements publics*, aos serviços públicos; enquanto êstes são organismos estatais, integrados no direito público, aquêles são pessoas jurídicas de direito privado a que o Estado reconhece certas prerrogativas em razão da função social que exercem.

Em nosso direito, as pessoas jurídicas de direito privado podem ser reconhecidas como de utilidade pública desde que funcionem regularmente e sirvam desinteressadamente à coletividade, não sendo remunerados os cargos da sua diretoria. (49)

(42) Sobre a história da filosofia do direito consulte-se: Del Vecchio y Recasens Siches, op. cit.; Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, 1.º vol., Georges Gurvitch, *Sociologia Jurídica*; a coleção dos *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*; Bonnet, *La pensée juridique française e Science du droit et romantisme juridique*; Gény, *Science et technique en droit privé positif*.

(43) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, p. 25.

(44) DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, p. 73.

(45) LAUFENBURGER, op. cit. p. 32.

(46) TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*, 1943, vol. IV, p. 17.

(47) JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 16.

(48) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2.º vol., p. 74.

(49) Lei 91 de 28-8-1935.

Numerosas classificações dos serviços públicos foram tentadas. Bielsa distinguiu entre os serviços públicos próprios e impróprios, considerando entre os primeiros aqueles prestados pela administração pública, e, entre os segundos, aqueles prestados por particulares, por mera autorização, sujeitos a um regime administrativo que assegure a continuidade do serviço e a uniformidade das tarifas. (50) Outros autores propuseram a distinção entre os serviços de autoridades e os serviços de gestão, distinguindo Berthélemy entre os serviços públicos que seria impossível conceber que fossem prestados por particulares e os serviços públicos que poderiam ser eventualmente garantidos por particulares. (51) Bigne de Villeneuve, professor na Faculdade de Direito do Cairo, distingue entre os serviços públicos necessários, que são os indispensáveis para que o Estado atinja o seu fim, os serviços públicos contingentes, menos diretamente ligados à função estatal, e os serviços públicos parasitas que divergem da missão do Estado e chegam mesmo, algumas vezes, a contrariá-la. (52)

Na realidade, todas estas distinções são relativas. Os serviços de gestão podem transformar-se em serviços de autoridade, numa sociedade e num momento histórico dados, do mesmo modo que um serviço público contingente pode tornar-se necessário ou vice-versa.

Tentou Duguit lançar uma teoria geral do serviço público, declarando que o progresso se realizava com o aumento das necessidades sociais, ou seja, com a multiplicação dos serviços públicos, não sendo o Estado senão uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelo governo. O fim do Estado vem a ser, tanto para Léon Duguit como para Gaston Jèze, a organização dos serviços públicos.

Criticada esta teoria dos serviços públicos pelos juristas obsoletos arraigados às antigas concepções da soberania, encontrou também forte oposição na escola vitalista de Hauriou e Renard. Entre outros, Walther Rathenau aludiu a esta mecanização e materialização da função estatal que derivava das concepções da Escola do Serviço Público. Falou-se no Estado que passava de soberano a servil, no *État démystiqué*. Argumentou o decano da Faculdade de Direito de Paris, Henri Berthélemy, que a noção de serviço público não era o elemento superior que dominava toda a organização administrativa. E.G. Renard investiu furiosamente contra a Escola do Serviço Público, escrevendo o eminente mestre de Nancy que “Si

l'État n'est qu'un agglomérat, ou une fédération, ou même un syndicat de services publics; si, au dessus des services publics, dont chacun a sa finalité propre et sa hiérarchie interne, il n'existe pas une finalité étatique qui coordonne, en se les assimilante et en se les assujettissant, la finalité particulière et la hiérarchie des services publics; si l'État n'est pas, avant tout, une puissance extérieure et supérieure aux services publics qui, dans la mesure nécessaire à la poursuite d'une fin dominatrice, ait qualité pour entreprendre sur l'autonomie des divers services publics et les ramener à lui — alors l'État n'est qu'une étiquette et il n'y a plus d'Etat. . . .” (53)

Não se justificam todavia as críticas de Hauriou, de Renard, de Berthélemy, de Bigne de Villeneuve. A grande acusação feita a Duguit é a falta de uma idéia de empresa a realizar, como diria Hauriou, de uma idéia força, de uma idéia diretriz a unir, a reunir os serviços públicos; é o fato de que os serviços públicos não convergem, pensa Renard, para realizar o bem comum. Mas esquecem-se os detratores da *Escola do Serviço Público* da própria definição, dada por Duguit, do serviço público e a que já tivemos a oportunidade de aludir. O serviço público, por definição, é aquele que tende a realizar, a concretizar, a aumentar a solidariedade social. E a idéia de soberania substitui o deão da Faculdade de Direito de Bordéus a idéia mais larga, mais generosa de solidariedade social, solidariedade social que caberia a Georges Scelle implantar e cimentar, no campo do direito internacional público, definindo os serviços públicos internacionais como aqueles que satisfazem uma necessidade de sociabilidade da comunidade internacional. (54)

Ao Estado soberano, considerado como poderio e força, ao Estado superior ao Direito e onipotente na órbita internacional, sucedeu o Estado como aglomerado de serviços públicos, o Estado submetido à norma de direito que lhe é ditada pela solidariedade internacional, o Estado submetido às normas do direito internacional público. E esta transformação do Estado, que só se pode fazer através da noção de serviço público, realiza um progresso incontestável na história do direito, completando aquela magnífica pirâmide da ordem jurídica imaginada por Hans Kelsen, partindo-se da norma fundamental, que seria a norma da solidariedade social a inspirar as normas de direito internacional e fazendo-se com que estas normas venham condicionar a ordem jurídica estatal. Senão pela sua verdade interna, ao menos pelos seus resultados, pelas suas consequências a teoria do serviço público de Léon Duguit e de Gaston Jèze há de ser aceita e há de nos guiar, indicando o caminho pelo qual deverá trilhar qualquer nova concepção ou doutrina no campo do direito.

(50) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, op. cit., IV vol. p. 13. Quanto às outras distinções, id. p. 14-24; Muratti, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo di Orlando*, vol. VI, parte I, p. 384; Odilon de Andrade, *Serviços públicos e de utilidade pública*, passim.

(51) Ver a crítica de Duguit, in *Manuel*, p. 75.

(52) BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de Séparation des Pouvoirs*, 1934, p. 111.

(53) Renard, *La théorie de l'Institution*, 1930, p. 293; Bigne de Villeneuve, op. cit. p. 124-129.

(54) G. Scelle, op. cit., p. 557.