

## A Evolução do Direito e a Absorção da Administração Privada pela Administração Pública

ARNOLD WALD

I — O FIM DE UM MUNDO E DE UMA IDEOLOGIA

**N**O momento em que a Europa se torna “um museu morto” (1), é natural que a sua civilização se ressinta profundamente desta decadência. A Europa se apresenta, no mundo de 1951, como Roma diante da invasão dos bárbaros, ou seja, nas derradeiras contorções da sua agonia.

Sentimos as velhas tradições européias do humanismo, da dignidade humana, do individualismo submergirem umas após outras. Já Spengler falara no *Declínio do Ocidente*. Hoje, os maiores representantes do pensamento europeu, os expoentes máximos daquela civilização, aqueles que se orgulhavam por serem os *grandes europeus*, um Stefan Zweig, um Georges Duhamel chegam à mesma conclusão. A Europa, após ter sido o aparelho emissor que exportava a sua cultura para todo o mundo, é apenas hoje um aparelho receptor. O “jazz” e os romances americanos dominam Paris e Viena. As descobertas atômicas e as novas leis de economia são reveladas aos estudantes franceses por professores do novo mundo. A Europa depende, para poder viver, do Plano Marshall e do Pacto do Atlântico. Passou o tempo em que os poetas diziam:

“France, sans toi le Monde serait seul;”

A velha bandeira do humanismo tão intimamente ligado à civilização ocidental desapareceu dos campos de batalha. Aquela frase de Terêncio: “Homo sum; humani nihil a me alieno puto” não tem mais sentido para os técnicos de 1950 que receberam uma cultura unilateral. O humanismo é, dizia Duhamel, “o conjunto das noções que não parecem suscetíveis de aplicação imediata”. (2) Que importância tem hoje este humanismo? Que valor tem a ciência desinteressada, o

ideal supremo de justiça, num mundo pragmático, profundamente materializado? Ainda seria possível hoje a repetição do caso Dreyfus? Temos as nossas dúvidas. A segurança, a ordem superaram a justiça. Verdadeira se tornou a frase de Goethe: “Prefiro uma injustiça à desordem”. Os homens esqueceram-se de que a injustiça era a maior das desordens.

Morreu aquêlo *mundo da segurança*, evocado por Stefan Zweig, mundo de monarquias quase milenárias, de direitos fixos, de moedas estáveis, mundo em que se acreditava na razão e no progresso, mundo profundamente individualista e burguês. (3).

A aniquilação com a guerra da velha civilização que dominara a Europa tornou-se lugar comum. Aludem os autores a uma possível sucessão da Europa, seja na América, seja na Ásia. A Europa reergueu-se materialmente. A sua indústria está reorganizada ultrapassando até a produção anterior à guerra. Mas o que morreu, o que sucumbiu, em Dachau, em Riom, e na Europa nazificada em geral, que surge em livros como *Kaputt* (4) ou *Sòmente nesse dia* (5), foi uma cultura, um conjunto de regras morais, que tinham importância primordial no direito (6), um sistema de normas, uma escala de valores, produtos de anos de lutas e de conquistas espirituais, tendo sua base no individualismo judaico, nas sete regras de Noé, em que já encontramos o *jus gentium*, o direito das gentes, o direito natural (7), na filosofia grega, quando os sofistas defenderam o homem

(3) STEFAN ZWEIF — *O Mundo que eu vi*, 1942, p. 15 e seguintes.

(4) CURZIO MALAPARTE — *Kaputt*, 1943.

(5) PIERRE VAN PASSEN — *Sòmente nesse dia*, 1942.

(6) GEORGES RIPERT, *A regra moral nas obrigações civis*.

(7) M. LAZERSON — *La philosophie du droit de Maimonide in Archives de Philosophie du Droit*, 1937, 1-2.

(1) CHARLES MORAZÉ — *Essai sur la civilisation d'occident*, 1950, passim.

(2) GEORGES DUHAMEL — *Civilisation Française*, 1944, p. 35.

contra a onipotência estatal, dêle fazendo a medida de tôdas as coisas, no direito romano, essencialmente individualista, dominante na Europa por três vêzes, na palavra de Ihering, sempre que o indivíduo se destacou e se sobrepôs à coletividade, em Roma, com a criação das grandes universidades e no século XIX. A Grécia criou o cidadão livre, Roma deu-lhe o direito civil; a Igreja declarou os homens iguais diante de Deus. A Revolução Francesa proclamou a liberdade e a igualdade não só na *Cidade de Deus* mas também na organização política do Estado. Paralelamente a estas conquistas, constituiu-se uma ideologia cujo máximo pontífice foi talvez um Leonardo da Vinci, ideologia humanista e ideologista. "Passion de la recherche, don de l'invention, respect généreux de la personne humaine, volonté de dominer la nature, de capter les forces de l'univers tout en communiant avec elles, enfin collaboration du réalisme, de l'ideal et de l'esprit métaphysique: tous les traits de Léonard sont ceux de l'Européen même!" (8) Ora, decadente a Europa, declinam estes princípios. Na Europa, que abandonou o papel de Roma e desistiu de dirigir cultural e economicamente o mundo (9), novas idéias haviam de brotar. O Mediterrâneo que, por tantos séculos, fôra o centro do mundo, o ponto de convergência do comércio internacional, que "transformou os bárbaros ocidentais em seres humanos" (10), onde se mesclaram os elementos que haveriam de constituir a civilização ocidental, o Mediterrâneo perdeu o esplendor de outros tempos. Tornou-se um lago secundário. As grandes armadas não mais o atravessam. É o Atlântico Norte, é o Pacífico que constituem os novos centros de interesse. O predomínio do Mediterrâneo desapareceu; foi-se como as valsas de Viena, as representações de CROMWELL e a intangibilidade dos direitos do homem. Assim, também morreu a Europa.

Esta decadência, esta transformação sofrida pelo velho mundo é explicada por considerações demográficas. Ao *povoamento constrangido* em que o homem depende da terra e dos seus semelhantes, sucede o *povoamento livre*. Nesta fase, a Europa enriquece a humanidade com as suas invenções, a sua técnica e a sua arte. Mas o suporte econômico e demográfico não permite mais à Europa que se mantenha neste papel. A química e a eletricidade exigem para suas experiências campos muito maiores do que o velho mundo. Os cientistas, os artistas fogem da Europa. Maritain e Einstein estão em Princeton. Sábios ingleses ou italianos tornaram-se comunistas e foram para a Rússia. A balança comercial da Europa é deficitária. A Europa acha-se empobrecida, às portas da bancarrota, com economia insuficiente para nutri-la. Escreve Charles Morazé:

(8) PAUL REYNAUD — *S'unir ou périr*, 1951, p. 25.

(9) PAUL VALÉRY — *Regards sur le monde actuel*, 1945, p. 51.

(10) EMIL LUDWIG — *O Mediterrâneo, Destino de um oceano*, p. 7.

"Une certaine forme de civilisation a disparu; une ère de l'histoire vient de se clore; l'ère des Occidentaux." (11) E diante da Europa que parece renascer, com as conferências de Estrasburgo e o Pacto do Atlântico, continua o geógrafo francês: "Mort de l'Europe... Est-ce bien le moment de l'écrire quand, de tant de domaines, nous parvenient les échos de la constitution d'une Europe nouvelle enfin unifiée, dernière chance de l'équilibre entre Est et Ouest, entre la nouvelle grande civilisation continentale et les antiques civilisations de la mer? C'est que cette Europe qui naît sous nos yeux n'est plus, dans sa réalité vivante, l'Europe de notre histoire". (12) Esta é que definitivamente desapareceu, e com ela abandonou o mundo uma certa concepção da vida, um certo *modus vivendi*.

Esta cultura européia estava alicerçada no individualismo, no cristianismo, no subjetivismo, no espírito filosófico francês. Ora, este espírito da Europa, cujas fórmulas foram lançadas pelos Descartes, pelos Rousseau, pela Enciclopédia, é que morreu. E não há meios de reconstruir ou de ressuscitar o espiritual. Os princípios vitoriosos a quatorze de julho, com a tomada da Bastilha, já pereceram na Europa e no mundo hodierno. A divinização do indivíduo foi substituída por sua subordinação à coletividade. Não há como voltar a uma fé perdida. Dos direitos do homem quase nada ficou. O direito natural veio a ser uma "entidade metafísica", um preconceito caduco. Desapareceram pois certos princípios que, em outras épocas, tinham sido dogmas e como tais indiscutíveis. Na própria literatura, na ciência, nas artes, o indivíduo eclipsou-se. Passou-se a focalizar o grupo. Surgiu o unanimismo de Jules Romains. O individualismo veio sendo criticado pelos Bourget, pelos Brunetière, pelo Sillon, como pela *Action Française* (13). O próprio teatro nos revela esta absorção do indivíduo pela coletividade. O velho dogma da dignidade humana, da soberania individual, de que a vida de um homem nunca poderia ser sacrificada aos interesses coletivos, a ideologia liberal, o "Fiat justitia, pereat mundum" foram esquecidos. Peças como *Darkness at noon*, extraída do romance de Koestler, ou como *Mortos sem sepultura* de Sartre revelam-nos o aniquilamento do indivíduo pela coletividade, o interesse social esmagando a liberdade individual. E felizes seríamos se apenas se tratasse de literatura. Mas o teatro no caso nos lembra o noticiário dos jornais. Que diferença entre Rubachow e os acusados dos processos de Moscou, de Praga, de Budapeste, de Varsóvia? (14) Que diferença entre Ru-

(11) CHARLES MORAZÉ, *op. cit.* p. 235 — vide também págs. 218 e 226.

(12) CHARLES MORAZÉ — *ibid.* p. VII.

(13) cf. MARCEL WALINE — *L'individualisme et le droit*, 1945, p. 5 e seg.

(14) RUBACHOV é o herói de *Darkness at noon*.

bachov e os condenados de Riom, entre Rubachov e Remington (15)?

Passou-se uma longa fase individualista e chegamos ao domínio do interesse social. Assim, com a agonia da Europa, puderam os pensadores apontar o declínio de certa concepção da vida, — cujos traços fundamentais procuramos evocar — de um certo modo de pensar, de um certo direito. Dêste modo, já pudemos falar na “Agonia do individualismo jurídico”. (16)

Mas não esqueçamos que as idéias defendidas pela velha Europa foram importadas, adaptadas e integradas nos países novos. A eles cabe continuar a missão que outrora fôra a da Europa. Devem eles manter a liberdade e o individualismo, pugnar pela valorização do homem e pela dignidade humana, conciliando tais princípios com as mais altas e justas aspirações sociais.

## II — A CRISE DO DIREITO : A ABSORÇÃO DO DIREITO PRIVADO PELO DIREITO PÚBLICO

O direito está em crise. E' o que proclama a maioria dos autores, desde Louis Le Fur (17) até Harold Laski, dizendo êste último que “estamos em meio da mais profunda crise que nossa civilização já conheceu, pelo menos da Reforma para cá, e talvez desde o Império Romano”. (18)

Esta crise explica-se pelo abandono do individualismo, do liberalismo, devido a uma série de fatores políticos e econômicos entre os quais cabe ressaltar o sufrágio universal e a falência da economia liberal.

Efetivamente, morreu o individualismo. Passamos do direito individualista ao direito social, do individualismo ao institucionalismo. Há cinquenta anos as palavras que mais freqüentemente reapareciam no vocabulário cotidiano eram: pessoa, personalidade, gênio, indivíduo, dignidade individual. Hoje, outros vocábulos os substituíram. Fala-se no grupo, na sociedade, nos valores sociais. (19) E, se as palavras mais repetidas revelam o estado de ânimo, as tendências mais profundas de uma pessoa ou de uma época, podemos constatar o declínio do individualismo.

Mas em que consistiu o individualismo, poderíamos perguntar com Marcel Waline? E chegaremos à conclusão de que o individualismo é a liberação do indivíduo que se livrou do poder feudal. (20)

É um conjunto de idéias compreendendo a liberdade da crença, o livre gozo da propriedade, a participação do indivíduo na vida política, a autonomia da vontade, a liberdade de comércio. É um esforço para libertar o indivíduo, consagrando-lhe a liberdade de crer, de possuir, de participar na vida política, de comprar e de vender, de se aperfeiçoar... (21) E' a aceitação dos dois princípios fundamentais: “Não há obrigação sem contrato” e “O contrato é lei entre as partes” (22). E' a concepção segundo a qual o indivíduo é superior à sociedade, sendo esta apenas um meio para o aperfeiçoamento do homem. Tal já é a idéia cristã. Assim o homem tem direitos naturais superiores aos interesses coletivos. O direito natural vem pois a ser um limite ao poder social. “E' a sociedade que é feita para o indivíduo e não o indivíduo que é feito para a sociedade”, exclamaria Georges Renard ao abordar o problema da instituição. (23) E os próprios socialistas franceses diriam com Jaurès que “le socialisme est l'individualisme logique et complet”. (24). A tal concepção opuseram-se o fascismo e o comunismo, considerando o homem como meio e os ideais partidários como fins. Assim no *Weltanschauung* que surge depois de 1930, vemos o Estado com finalidades específicas subordinando por completo o indivíduo. A liberdade individual desaparece cedendo lugar à onipotência estatal, à intervenção do Estado.

Uma ampla literatura surge focalizando a nova evolução que vem sofrendo o direito. Savatier indica a publicização do direito, escrevendo “Du droit privé au droit public” e “Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui”. Ripert aponta a política dominando o direito no seu “Le régime démocratique et le droit civil moderne” para depois esboçar os “Aspects juridiques du capitalisme” e concluir afirmando “Le déclin du droit”. Morin, Josserand, Charmont, Duguit, Capitant dedicaram numerosas obras à transformação sofrida pelo direito. A ampla bibliografia, da qual citamos apenas algumas obras mais importantes, mostra o interesse despertado pela evolução do direito. Os manuais e os tratados passaram a se referir especialmente ao movimento democrático e social que nos últimos anos transformou o direito. (25) Entre nós, em discurso feito como paraninfo dos bacharelados de 1945 da Faculdade Nacional de Direito, o eminente jurista, Professor San Tiago Dantas, in-

(15) Remington foi condenado a cinco anos de prisão por negar-se a dizer quais eram as suas opiniões políticas.

(16) ARNOLD WALD — *A agonia do individualismo jurídico* — tese apresentada na I Semana de Estudos Jurídicos em Recife em 1951.

(17) *In Archives de Philosophie*, 3-4, 1931, p. 279.

(18) LASKI — *Reflexões sobre a Revolução de nossa época*, 1946, p. 361.

(19) ARCHIVES, *ibid.* p. 378.

(20) WALINE, *op. cit.*, p. 9.

(21) Cf. HENRY MICHEL, *L'idée de l'Etat e Waline*, *op. cit.*, *passim*.

(22) GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 61.

(23) RENARD, *Théorie de l'institution*, p. 15 do 1.º vol. Ap. Waline *op. cit.*, p. 52.

(24) *In Revue de Paris*, dezembro, 1898.

(25) Vide COLIN et CAPITANT — *Précis de droit civil*, 1950, 1.º vol. p. 52 — PLANIOL, *Traité Élémentaire de droit civil*, 1950, 1.º vol. p. 42.

dica quais são os “*Novos rumos do Direito*”. (26) E Alceu Amoroso Lima dedicou interessante artigo à *Crise do Direito* (27).

De fato, a noção de pessoa humana, extraída do direito romano onde ainda não existia na sua integridade, pelo cristianismo — que não mais distinguiu entre o homem livre, o escravo e o peregrino — passou a dominar o direito com a Revolução Francesa. O homem se libertara da corporação e do sistema feudal. Agora voltam os corpos intermediários, mas não são mais elementos de resistência ao poder estatal. Ao contrário, são submetidos e controlados pelo Estado. Este chega ao apogeu do seu poder e surge um perigo novo que consiste na subordinação sistemática do homem ao social, da pessoa humana à pessoa pública, do indivíduo ao coletivo, correndo a nossa civilização o risco de ver desaparecerem os direitos do homem e, com eles, a dignidade da pessoa humana, tornando-se esta mero instrumento material ao serviço da coletividade onipotente. (28). É a conclusão a que se chega ao considerar todos os direitos como relativos, na concepção de Josserand, e ao negar, com Duguit, os direitos subjetivos.

Ao indivíduo substituiu-se o grupo, seja a família, o sindicato, a empresa. E assistimos à socialização do direito, chamando-se direito social o conjunto de normas que asseguram a igualdade das situações, não obstante as diferenças financeiras, socorrendo os economicamente fracos e limitando o poder dos economicamente fortes, fazendo reinar na vida econômica os princípios da justiça distributiva. (29) Consiste “em quinohar desigualmente aos desiguais na medida em que se desiguam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.” (30)

Este direito social opõe-se ao direito individualista que fôra aquêlo do século XIX. O primeiro é condicionado por fatores econômicos, o segundo baseia-se na razão universal, em certos princípios jurídicos que fizeram do século passado o maior século jurídico que a Europa jamais conheceu. (31) E dizem os individualistas com certo saudosismo que “o século XIX, qualificado de estúpido por aquêles que não compreenderam o sentido profundo da razão burguesa, foi na realidade o século do direito”. Não propriamente o século do direito, mas o século de um direito, do direito individualista.

Mas, agora o direito deixou por completo de se preocupar com o indivíduo, átoma perdido, cé-

lula do organismo social que só passou a ter importância quando desempenhando um papel na sociedade, uma função social. O direito, a justiça tornaram-se sociais. Não bastava o elemento moral e jurídico, o senso da justiça, o bom senso, importava também e quase essencialmente o interesse social. O homem deixou de ter valor em si, pelo próprio fato de ser homem — como acontecera no período individualista — por ser criatura de Deus e portanto titular de direitos naturais e subjetivos. A grande coordenada veio a ser novamente o interesse do Estado, aquela razão de Estado, que fazia com que Luís XIV desse as *Lettres de cachet* com as quais qualquer pessoa podia ser presa e transportada para a Bastilha. A fórmula do século XVII atribuída a Luís XIV “O Estado sou eu” pode parecer-nos até liberal hoje em dia já que os novos ditadores do século XX declararam ou podiam ter dito: “A sociedade sou eu”. O executivo concentrou em suas mãos a quase totalidade do poder, desaparecendo quase integralmente na prática a aplicação do princípio de Montesquieu. Com a delegação de poderes, com o sistema de decretos-leis, assistimos à hipertrofia do executivo. Por outro lado, o partido único se torna órgão de governo. E’ o que aconteceu na Itália e na Alemanha. Nos países presidencialistas, reforçou-se ainda mais a posição do presidente. É o que vemos na Argentina. Foi o que vimos, com a guerra, nos Estados Unidos. Neste país houve quem considerasse abuso de poder, o presidente Truman mandar tropas para o exterior sem consentimento do Senado. O incidente em todo caso esclarece a tendência que tem o executivo para se expandir. Na França, nota Maurice Duverger um aumento de poder do executivo a partir de 1934, devido aos decretos-leis que se tornam sistema normal à concessão de plenos poderes aos presidentes do conselho Chautemps e Daladier. (32) O mesmo acontece na Inglaterra, onde desde o começo da última guerra só são discutidos na Câmara dos Comuns os projetos governamentais, desaparecendo assim de fato o direito de iniciativa das leis da parte dos deputados. (33) A disciplina partidária assegura ainda poderes discricionários ao executivo. (34) E Harold Laski, presidente do partido trabalhista, já disse ser o grande objetivo o aniquilamento do partido conservador. Chegaremos assim também na Inglaterra ao partido único? (35) Assim as liberdades oscilam, vacilam. Não são mais direitos inatos. São apenas concessões da sociedade ao indivíduo, e como tais revogáveis a qualquer momento.

Já tivemos ocasião de dizer que a justiça deve atender a duas congêries de exigências: por

(26) In *Revista Jurídica*, vol. 8, 1944-45, p. 405.

(27) In *A Época*, n.º 190, abril 1950.

(28) No mesmo sentido, SAVATIER, *Du droit privé au droit public*, págs. 9 e 10.

(29) Cf. RIPERT — *Le déclin du Droit*, p. 39. 1948.

(30) RUI BARBOSA, *Oração aos moços* — Ed. Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 33.

(31) Tal é a concepção individualista de RIPERT — Cf. *Le déclin du droit*, 1948, p. 1.

(32) MAURICE DUVERGER, *Les constitutions de la France*, 1950, p. 95.

(33) MAURICE DUVERGER, *Les régimes politiques*, 1948, p. 71.

(34) JACQUES CHASTENET — *Le Parlement d'Angleterre*, 1946, p. 153.

(35) JACQUES CHASTENET, *op. cit.*, p. 155.

um lado, a defesa do bem comum, do bem-estar geral e da justiça social, por outro, a segurança individual, as liberdades do cidadão, os direitos individuais. Nos regimes mercantilistas domina o individualismo. Nos países de economia fechada, o indivíduo é subordinado aos interesses sociais.

A própria justiça, que defendia os direitos civis, perde o seu poder para a administração. De fato, não mais interessa tanto a justiça moral quanto as exigências do bem comum. O fenômeno é geral. É o que declarava recentemente, numa entrevista ao *Diário de Notícias*, o Juiz Orlando Mendonça Moreira a quem não podemos deixar de prestar homenagem. (36) "Passará o inspetor da Alfândega a dar instruções a juizes e ministros" declarava o ilustre magistrado ao criticar uma portaria do inspetor da Alfândega. Tinha razão o juiz ao defender os direitos individuais no caso da importação de automóveis. Mas também se justifica a medida administrativa da Alfândega que cuidava do interesse social, subordinando a este os direitos garantidos por lei ao indivíduo. Caso análogo se produziu quando da entrada no país de emigrantes com mercadorias que eram introduzidas no Brasil sem licença da CEXIM. Aqui, mais uma vez, notemos o conflito entre a justiça, defendendo os direitos individuais, baseados na Constituição, e a administração pugnando pelo bem comum, pelo interesse social. (37) O mesmo se deu recentemente no caso da cassação da licença de tráfego de um motorista. (38) Nos Estados Unidos, o mesmo fato se repetiu quando foram feitas restrições aos descendentes de japoneses durante a guerra. (39) Últimamente, no Supremo Tribunal Federal, tivemos julgados divergentes quanto aos mandados de segurança impetrados contra o tabelamento dos preços dos cinemas pela C.C.P. E, na realidade, se a lei não poderia ser aplicada aos cinemas, pois tratava apenas de "utilidades essenciais" como o notou o Ministro Nelson Hungria (40), o bem comum e a necessidade social exigiam uma interpretação extensiva da norma, embora tal interpretação viesse ferir direitos individuais. Neste sentido se manifesta a maioria dos julgados da nossa Suprema Corte. E já houve quem declarasse "Para punir os abusos do poder econômico também aceito a intervenção do Estado, e onde os mesmos existirem devem ter pronta e imediata repressão, estejam ou não enumerados em lei." (41) Vemos até que

ponto são sacrificados os direitos individuais ao bem-estar coletivo. Todas estas medidas, todos estes conflitos são sintomas da evolução do direito privado para o direito público, da *administração privada* para a *administração pública*.

Na realidade, há uma tendência para os juizes aceitarem ordens da administração. A justiça adquire um caráter político. O judiciário é obrigado a se submeter à administração, ao executivo. E, quando a isso se recusar, será subjugado pelo executivo. Foi o que aconteceu nos Estados Unidos quando a Suprema Corte não se curvou diante do *New Deal* do presidente Roosevelt. O controle da constitucionalidade das leis era uma garantia dada ao cidadão contra o poder estatal, era um limite oposto ao legislador arbitrário. Esta barreira foi abatida pelo poder executivo no caso do *New Deal*. (42) A nossa Constituição de 1946 também restringe o poder do Supremo Tribunal Federal neste particular, submetendo as suas decisões a uma ratificação do Senado (artigo 64 da Constituição vigente). Desapareceram progressivamente, assim, todas as garantias individuais. A equidade substituiu a justiça e voltamos ao governo dos pretores. O legislador e o juiz adquiriram a mais ampla liberdade. Mas passou o próprio *gouvernement des juges* evocado por Lambert, tornando-se breve uma lembrança histórica. Os nossos juizes não souberam mais como fazer respeitar os seus mandados de segurança, como no caso dos professores interinos empossados pelo prefeito e em alguns casos de libertação de automóveis. E com o desaparecimento das garantias individuais, sentimos a crise da democracia, paralela à crise do direito. Passamos do governo dos juizes ao governo dos promotores. São os acusadores públicos que, como no tempo da Inquisição, ocupam papel primordial na vida política do país. Basta citar como exemplo o caso de Vichinsky. E talvez, como na Idade Média, novamente a fé venha substituir a liberdade, fé em algo que transcende o homem, fé no partido político. (43) E assim assistimos à transformação da democracia. A ela aludem todos os pensadores políticos desde Laski — "Reflexões sobre a revolução de nossa época — até Barthélemy — "La crise de la démocratie contemporaine". Guy Grand faz nos *Archives de Philosophie du Droit* o processo da democracia e já Wells declara a "Faillite de la démocratie". Principia o que Élie Halévy chamou a *era das tiranias* caracterizada pelo estadismo no campo econômico, com o sindicalismo e o corporativismo, e no plano cultural, com a limitação da liberdade de pensamento e com o que se passou a chamar a organização do entusiasmo — ou seja, a demagogia nacionalista ou política. (44) Há,

(36) In *Diário de Notícias* de 10-7-51.

(37) *Diário da Justiça* de 21 de maio de 1951, p. 4446, in fine — *Correio da Manhã*, 29 de maio de 1951, 1.º cad., p. 3, 2.ª coluna.

(38) Despacho do Juiz Pinto Falcão da 24ª Vara Criminal respondendo ao Diretor do Serviço de Trânsito.

(39) *The Japanese American Case* — A Disaster — in *Yale Law Review* — Cf. Parecer do Procurador Arnóbio Tenório Vanderlei, in *Diário da Justiça* 3-8-51 p. 7156.

(40) NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 1.º vol. p. 588 e voto recente no S.T.F.

(41) *Diário de Notícias*, 19-8-51, segunda seção, p. 1, 1ª coluna.

(42) ÉDOURAD LAMBERT et J.R. XIRAU — *L'Ancêtre américain du droit comparé*, p. 300 — 1947 e Roger Pinto — *La Fin du gouvernement des juges*.

(43) DUVERGER — *Les régimes politiques* — p. 111.

(44) ÉLIE HALÉVY — *L'ère des tyrannies*, 1938, p. 214.

na realidade, uma limitação dos direitos individuais no interesse coletivo.

Faliu o Estado liberal e com ele eclipsou-se o direito natural, o direito considerado como entidade superior a governantes e governados. Se Kelsen tenta assimilar e confundir Estado e Direito, já afirma Jellinek que o Direito é feito para o Estado e não o Estado para o direito. (45) Já Comte não mais reconhecia direitos aos homens, só lhes atribuindo deveres. Assim o direito torna-se um instrumento técnico servindo à força dominante. Tal é a concepção que domina o tecnicismo jurídico. Assim, o poder não pode sofrer limitação alguma; somente ele pode se limitar. É a teoria da autolimitação de Ihering e Jellinek que foi tão veementemente criticada por Duguit. (46) Nada resistindo à vontade estatal, a maioria, tendo a força do número e independente de qualquer princípio moral ou jusnaturalista, tende pois, naturalmente, à estandardização progressiva das condições de vida. A lei vem a ser o fruto de uma vitória política ocasional de certo grupo.

Assim o direito sofreu uma série de transformações.

No campo do direito civil, foram abalados os fundamentos da irretroatividade da lei, da responsabilidade civil, do contrato e da propriedade. Já tivemos ocasião de tratar do abandono do princípio da irretroatividade da lei. (47) Já mostramos, em outro trabalho, como a teoria do risco, representando o interesse social, tomou o lugar da culpa, princípio moral, na configuração da responsabilidade civil. (48)

No tocante aos contratos, sabemos que a sua origem em Roma era fortemente ligada ao formalismo. O valor dos contratos era devido às formalidades que lhes eram inerentes. Eram os contratos *verbis, litteris e rebus*. Só posteriormente surgiram os contratos consensuais, já havendo todavia, no Digesto, textos de jurisconsultos contemporâneos de Gaio que afirmam estar o consentimento na base do conjunto de obrigações contratuais. Mas, no início o *vinculum*, seja na *manus injectio*, seja no *nexum*, tivera sentido religioso. É no período clássico, sob a influência da filosofia grega, que se constitui o conceito moderno de obrigações. Mas o direito romano embora aumentasse o número de contratos consensuais, não chegou a formular a regra geral segundo a qual a vontade

por si só obriga. Tal conclusão seria posteriormente atribuída ao direito romano, mas dêste se extraiu mais do que continha, dizendo Esmein que o direito romano deu o que ele mesmo não tinha.

(49) Os canonistas é que ressaltaram a importância da fé jurada. Surge a teoria da autonomia da vontade, pertinente, para São Tomás, ao direito natural em oposição ao direito romano. E já no século XIII, Beaumanoir traduzia o *Pacta sunt servanda*, esquecendo-se do sentido restritivo da palavra *pacta*, vertendo a máxima jurídica para o francês nos seguintes termos: "toutes convenances sont à tenir" (50). Os jusnaturalistas levam ao apogeu o contratualismo, fazendo com que o contrato não criasse mais exclusivamente obrigações mas também pudesse criar, modificar ou extinguir qualquer direito. Assim, na França e na Itália, o contrato pode operar a transferência de direitos reais. O mesmo não acontecia em Roma, e, entre os sistemas modernos, na Alemanha como no Brasil, não basta o contrato para a transferência de direitos reais. Ainda é preciso que haja a tradição, para os móveis, ou a inscrição no registro de imóveis tratando-se de bens desta natureza.

Já na Idade Média tivemos uma limitação da liberdade contratual, visto que, sob a influência do direito canônico, passou-se a exigir que houvesse nos contratos uma certa justiça, proibindo-se o empréstimo com juros, e surgindo as teorias do justo preço e justo salário, aparecendo então pela primeira vez a imoralidade do enriquecimento sem causa. Quando o direito romano volta a imperar na Europa do Renascimento, vemos o conflito entre a liberdade individual e a justiça no domínio econômico. A Revolução Francesa é que vai, em oposição à Idade Média, assentar as bases do individualismo, com o liberalismo, com o *Laissez faire, laissez passer*, com o artigo 1.134 do Código Civil francês segundo o qual: "as convenções têm valor de lei entre as partes".

Mas, desde o fim do século XIX, voltamos a uma limitação da liberdade de contratar — ou seja, de aceitar ou não uma proposta — e da liberdade contratual — ou seja, da faculdade de fixar o conteúdo do contrato. Há uma proteção, devida a motivos políticos, da classe mais fraca economicamente, que é também a classe da maioria, ou seja, a classe politicamente dominante. Explica-se assim a proteção oferecida pela lei ao devedor, ao inquilino, à multidão dos clientes das grandes companhias. Para proteger esta classe menos favorecida surgiram as leis trabalhistas, as leis do inquilinato. Os contratos de transporte e de seguro, entre outros, tornaram-se *contratos de adesão* cujo texto devia ser aprovado por repartições públicas especializadas. Nos contratos de adesão só há liberdade de contratar, não há mais liberdade

(45) JELLINEK — *Allgemeine Staatslehre*, 1905, n. 345.

(46) LÉON DUGUIT — *Soberania e Libertad*, 1921, p. 180 e seg. — *Leçons de Droit Public Général*, 1926, p. 136.

(47) ARNOLD WALD — *O problema da irretroatividade das leis* — in *Revista do Serviço Público*, maio de 1951.

(48) ARNOLD WALD — *L'influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la responsabilité civile* — tese premiada no concurso interamericano da Association Henri Capitant em 1950.

(49) Citado por PLANIOL, *Traité Élémentaire*, 1949, 2.º tomo, p. 4.

(50) Ap. MICHEL VILLEY — *Le Droit Romain* — 1949, p. 107.

contratual. Mas mesmo a liberdade de contratar está sofrendo sérias restrições. O locador, o vendedor de gêneros de primeira necessidade não podem recusar-se a contratar. Devem alugar, vender, podendo ser a isso judicialmente compelidos. Caducou o "Nemo ad faciendum cogi potest". Restringiu-se também a liberdade contratual. O legislador aumentou ou restringiu o conteúdo dos contratos, nêles incluindo cláusulas que não tinham sido aceitas pelos contratantes, ou dêles excluindo cláusulas fundamentais para a transação, como, por exemplo, o pagamento em moeda estrangeira ou em ouro. Limitou-se o poder do proprietário. Só em determinados casos, especificados em lei, pode êste não renovar o contrato de aluguel com o locatário, havendo casos em que esta renovação é feita automaticamente pela própria lei. As chamadas leis da propriedade comercial ou industrial vieram proteger os comerciantes que tivessem a sede da sua firma em prédio alheio. A autoridade social interveio pois para limitar a liberdade individual. O indivíduo perdeu o livre gozo dos seus bens. Passou a ter que dar contas das suas intenções à sociedade. Protegeu-se o representante contra o industrial ou comerciante que representava. Êste, terminado o contrato de representação, teve que renová-lo ou pagar uma indenização de clientela. Novas teorias surgiram pois e teorias abandonadas se desenvolveram: teorias do enriquecimento sem causa, do abuso de direito, da lesão, da imprevisibilidade que considera como implícita nos contratos a cláusula *rebus sic stantibus*. Ape- lou-se para o juiz para ser revisto o contrato.

Na realidade, o contrato veio a ser dirigido e publicizado na expressão de Josserand. "Seu conteúdo tornou-se mais legal do que contratual" afirmou muito acertadamente Maurice Picard. Enfim, com a convenção coletiva de trabalho cujos resultados alcançam até aquêles que nela não tomaram parte, vemos derrubado o princípio do efeito relativo do contrato. Temos então uma *convenção-lei*, o que Ripert chamou "um ato legislativo elaborado por via convencional". Assim, o contrato depende das exigências do poder público, vindo muitas vezes a ser dirigido, revisto e transformado pelo Juiz. Do contrato passamos ao estatuto, à instituição, ao plano. É a evolução do direito privado ao direito público, da administração privada à administração pública, é a preponderância das leis de ordem pública (51).

Do mesmo modo, com a transformação social e o abandono do individualismo, surgiu um novo conceito da propriedade. O direito de propriedade passou a poder ser exercido exclusivamente no interesse da coletividade. A propriedade passou de direito subjetivo a função social.

Assim a definem Duguit e Trotabas. Diversos motivos fizeram com que o Estado interviesse para limitar os direitos do proprietário. O restabelecimento do equilíbrio econômico nacional exigiu a intervenção estatal. Na França, o Estado veio a dirigir os mercados do vinho e do trigo. No Brasil foram criados departamentos especiais, como o Departamento Nacional do Café, os institutos do Açúcar e do Alcool, do Mate, do Sal, do Pinho, e outras comissões como a CCP.

A limitação do direito de propriedade foi feita em nome da teoria do abuso do direito, abuso que se revela quando o proprietário age contra o interesse social. Esta teoria defendida por Sateilles e Josserand e criticada por Planiol tornou-se vencedora na maioria dos códigos modernos. A aplicação da teoria do abuso de direito vem em geral preceder uma reforma legislativa limitando o exercício excessivo de um direito. Foi o que aconteceu no Brasil por exemplo antes da legislação trabalhista. Neste caso, o empregado que trabalhara na mesma casa comercial durante longo tempo, ao ser injustamente despedido, baseava-se no abuso de direito para pedir uma indenização.

A propriedade não é mais apenas um direito, é uma função, uma missão. A propriedade obriga. Assim o entende Duguit, seguido pelos socialistas cristãos como Renard e o Cardeal Verdier. Os direitos do homem desaparecem. Eram êles, diz Ripert, uma garantia contra o Estado, quando êste era representado por um ou alguns homens. Hoje, quando o Estado é a maioria, politicamente dominante, o direito público é que deve ter a hegemonia. A noção predominante é a de utilidade pública. É ela que restringe os direitos individuais; em nome dela é que se fazem as desapropriações, se constituem os monopólios estatais. Mas esta noção não deixa de ser vaga e ao juiz cabe interpretá-la, tudo dependendo da interpretação que o magistrado dará à vontade social. A utilidade pública, o bem comum exigiram certas vezes o sacrifício da propriedade individual, a nacionalização das minas, o contrôlo estatal da energia elétrica, e até, em determinados países, o desmembramento dos latifúndios para melhor aproveitamento das terras e foi ao que já se chegou, pois não dissera Plínio que os latifúndios tinham arruinado o poder de Roma.

O Estado intervém na família, limitando o poder do seu chefe. (52) Desaparece a autoridade paterna, enquanto a mulher se emancipa progressivamente. O consentimento dos pais para o casamento dos filhos perde a sua importância primitiva. Equiparam-se nas diversas legislações filhos legítimos e naturais (53). Por outro lado, a família torna-se sujeito de direitos específicos.

(51) Consultar a êste respeito, além dos livros de RIPERT e SAVATIER citados no texto: MORIN — *La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté*, 1927; MORIN — *La révolte des faits contre le code civil*; JOSSERAND — *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats* — Rev. trimestrielle, 1937.

(52) Já o projeto de código polonês de 1929 deixa de falar em autoridade marital.

(53) Cf. a Constituição de Weimar e o Código da U.R.S.S.

Em geral, o grupo substitui o indivíduo, mas é o grupo completamente subordinado ao Estado, sem o poder de resistência que tinha na Idade Média. A empresa e o sindicato são os novos sujeitos de direitos. O direito civil transforma-se por completo com a criação de direitos especiais, de uma legislação classista, com a volta a um nacionalismo jurídico. Em todo o direito civil, sobrepõe-se o interesse social ao direito individual, seja regulamentando os contratos, seja intervindo na família e limitando a liberdade sexual pela aplicação da seleção racial. Em toda parte, há uma expulsão do elemento moral, reconhecendo-se a prepotência das necessidades sociais, do bem-estar da maioria.

A mesma concepção vamos encontrar no direito penal no qual o ideal de justiça cedeu lugar às contingências da defesa social. Se assistimos a uma individualização da pena, é certo, por outro lado, que o elemento político se está impondo no direito penal. E já dizia Carrara que quando a política entra por uma das janelas de um tribunal, a justiça foge espavorida pela outra. Já tivemos o ensejo, em tese apresentada na I Semana de Estudos Jurídicos de Recife, de apontar a evolução do direito penal que abandonava o princípio do *nullum crimen, nulla poenâ, sine lege* e, sob a influência civilística, chegava até a querer aceitar a responsabilidade legal. O Ministro Nelson Hungria, em interessante conferência pronunciada em Belo Horizonte, alarmou a opinião pública quanto aos perigos que corriam as liberdades individuais com as novas concepções do direito penal. Este deixou de ser o *protetor dos criminosos* para se tornar num instrumento monstruoso, violador da segurança jurídica, e esquecido dos princípios morais. O direito penal olvidou de que tratava com homens. Chegamos à época em que se criam crimes *post factum*, em que se fala em indeterminação das penas etc. . . A nova política criminal abandonou o velho individualismo para poder ser mais eficiente. E o interesse social, aqui também, vai pôr em perigo os direitos individuais falando-se até num *direito penal de necessidade*. (54)

O direito comercial não deixou de passar por uma crise. Será ele um direito de classe, ligado à legislação classista que parece surgir? Ou será apenas um direito especial regendo certa espécie de atos mas com aplicação geral, a todas as pessoas? Pertencerá ainda com a economia dirigida ao direito privado? Ou já terá entrado na órbita do direito público? O direito comercial foi aquele que consagrou a autonomia da vontade. Pela sua plas-

(54) Sobre a evolução do direito penal, pode-se consultar, além da conferência do Professor NELSON HUNGRIA publicada em apêndice do I volume dos seus Comentários ao Código Penal, as seguintes obras: RIPERT, *Le déclin du droit*, p. 92, 117 e seguintes, 175 e 185; DONNEDIEU de VABRES — *Traité de droit criminel*, 1947; DONNEDIEU de VABRES — *La politique criminelle des Etats autoritaires*; GUSTAV RADBRUCH — *La réforme du droit pénal et la réforme de la procédure pénale*. *Revue juridique*, 1928, p. 189 e seg.

ticidade, permitiu que se atendessem às vontades mais diversas. Hoje, o direito em que dominara a iniciativa individual é um direito excessivamente regulamentado. As normas de direito comercial, que tanto tempo tinham sido permissivas ou supletivas, tornaram-se leis de ordem pública. Transformou-se o direito comercial com a regulamentação, com as nacionalizações. É o que constatarem os comercialistas. "Le droit des sociétés commerciales, autrefois contractuel, devient statutaire; les conditions d'exercice des professions sont fixées; les grands contrats, tels que le transport et l'assurance, passent sous le joug de la réglementation obligatoire. La production même et la vente sont atteintes par les interdictions ou les prescriptions obligatoires". O direito público invade o campo do direito comercial. Já se disse que a liberdade de comércio não é hoje mais do que um princípio. As próprias sociedades comerciais adquirem aspecto novo e peculiar. Não servem mais interesses egoístas. Em vez de atender aos interesses privados dos acionistas, procuram atingir o fim econômico da própria empresa. (55) Passaram de contratuais a institucionais.

O direito administrativo parece substituir em parte o direito comercial. Mas, por outro lado, o próprio Estado se submete às normas comerciais nas chamadas *sociedades de economia mista*, que constituem região cinzenta, uma terra de ninguém, entre o direito comercial e o direito administrativo. A técnica do direito comercial e do direito civil, a técnica do direito privado é que vai permitir o desenvolvimento do direito público. Mas já aqui entramos numa questão nova pertinente à técnica jurídica do direito público a que voltaremos oportunamente.

Em todo caso, nos diversos ramos do direito, podemos constatar o rebaixamento, o desaparecimento do indivíduo, submergido pelo grupo social. Há quem acredite numa volta ao direito primitivo no qual o homem ainda não se destacara da tribo. É o que Buisson apontava no Tribunal de Comércio do Sena, em 1935, ao mostrar a decadência do contrato. (56) E' o que Ripert não deixa de temer (57). Efetivamente, naquela época, o risco dominava a responsabilidade civil, (58) a propriedade era coletiva ou limitada pelo interesse

(55) GEILER — *La méthode économique dans le droit sociétaire*, Ap. Radbruch in *Archives de Philosophie du Droit*, 1931, p. 392 — Veja-se também quanto à evolução do direito comercial: Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 1951 — Prefácio, p. VI e VII e Sola Canizares, Conferência no IBDCEL.

(56) RIPERT — *Le régime démocratique et le droit civil*, p. 325.

(57) SAVATIER — *Traité de la responsabilité civile*, prefácio de Ripert.

(58) O. W. HOLMES — *Common Law*, 1949 — Primeiro Capítulo: Early forms of liability.

social, (59) a declaração de vontade por si só não podia obrigar (eram necessários ritos religiosos). Então não havia diferença entre o direito penal e o direito civil (60).

Mas a história evolui dialéticamente. Passamos da tese social à antítese individualista. Talvez cheguemos agora à síntese, à harmoniosa conciliação dos direitos individuais com as necessidades sociais. Tal seria o nosso ideal. “Esta é a Democracia que a máquina estatal deve assegurar, pela identificação dos fins do Estado com os fins do Homem, e não, na fórmula totalitária, dos fins do homem com os fins do Estado.” (61).

### III — DA ADMINISTRAÇÃO PRIVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O estudo da evolução do direito constitucional nos revela uma profunda transformação na função estatal. Se as constituições francesas de 1791 e 1793 se limitaram a assegurar os direitos políticos do homem, a partir de 1848, surgem novas pretensões que virão a ser, posteriormente, os direitos econômicos e sociais. É verdade que, pela primeira vez, em 1848, desempenhou papel político o quarto estado — o proletariado. O governo provisório, organizado em 24 de fevereiro, procurou estabelecer um *modus vivendi* entre as duas classes vitoriosas na revolução. E é Louis Blanc que vai dirigir as oficinas nacionais. O gabinete em solene proclamação declarava “garantir a existência do operário pelo trabalho, e garantir o trabalho a todos os cidadãos”. Já então o Estado não tem mais apenas a função de manter a ordem, não é mais, na concepção dos fisiocratas, um mal necessário. O Estado adquire novas funções econômicas e sociais. As idéias de 1848 haveriam de ter profunda repercussão na política social de Napoleão III e de Bismarck. A greve deixou de ser um delito. Surgiu a liberdade sindical. Na Alemanha, compreendeu o governo que a intervenção social do Estado seria o melhor meio de lutar contra as idéias socialistas. Uma mensagem imperial declarava em 1881 que o Estado devia interessar-se especialmente pelos cidadãos menos privilegiados. (62) Tivemos então as primeiras leis sobre seguro contra acidentes e contra doenças. A legislação social, o direito econômico nas-

ciam. O Estado passava a ter novos direitos e novos deveres.

Na Constituição mexicana de 1917, já é reconhecido o direito que tem a nação de eliminar os monopólios. A propriedade privada já sofre as restrições exigidas pelo interesse geral. Estes princípios impregnam tôdas as constituições posteriores à guerra de 1944. A constituição de Weimar assegura a intervenção estatal na família, para proteger a juventude e fiscalizar a educação que ela recebe e na empresa, para harmonizar as relações entre patrões e operários. As empresas poderão ser nacionalizadas e o Estado regulamentará a economia no interesse da coletividade. Tais idéias são encontradas nas diversas constituições russas, na constituição espanhola de 1931. Nos Estados Unidos, o *New Deal*, na França, a política do *Front Populaire* tendem a aumentar a intervenção do Estado na vida econômica e social. O corporativismo italiano e português garantem os direitos econômicos pela representação política das diversas profissões, sistema que em parte adotamos na constituição de 1934. A Alemanha nacional-socialista intervém na economia, contendo a sua lei sobre sociedades por ações de 1937 o seguinte parágrafo: “A direção administrará a sociedade atendendo aos interesses da empresa e ao bem comum do povo e do Império”. Os chamados direitos sociais estão inseridos em nossa constituição de 1946, no título V — “Da ordem econômica e social”. O artigo 145 faz do trabalho uma obrigação social e assegura ao trabalhador uma *existência digna*. O artigo 146 permite a intervenção do Estado no domínio econômico e a monopolização de certas atividades, desde que tenha por base o interesse público e por limite os direitos individuais, referindo-se, no caso, a lei à indenização devida ao proprietário. Os artigos seguintes indicam que a propriedade terá o seu uso “condicionado ao bem-estar social”, que a lei reprimirá os abusos econômicos dispondo ainda sobre o regime dos bancos, das empresas de seguro etc. . . Há ainda neste título disposições sobre as concessões, sobre o regime das minas e da energia hidráulica, assim como normas gerais acerca da legislação trabalhista.

Depois da guerra, o intervencionismo alcançou os últimos redutos do liberalismo. A Inglaterra começou a nacionalizar as minas de carvão e, talvez, a sidegurgia também passe às mãos do Estado. Na Espanha e na Argentina, a economia foi sendo de mais em mais subordinada ao Estado pelo intermédio de certas instituições sindicais. Nos países balcânicos, um socialismo muito avançado fez com que desaparecesse praticamente a maioria das grandes empresas, e na Hungria foram nacionalizadas tôdas as empresas que empregassem mais de cem pessoas. Na França, a constituição de 1946 estabeleceu que “Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité”. Nos Estados Unidos, o Presidente

(59) A tese de que a propriedade entre os povos primitivos era coletiva é defendida por E. de Laveleye, Maxime Kovalwsky, Loria — Ap. Leónidas de Rezende, aulas na F.N.D. em 1949 — Refere-se à limitação da propriedade no direito romano, Michel Villey, op. cit., p. 121 in fine — Quanto à inexistência da propriedade privada entre os nossos índios, consulte-se Pedro Calmon, História da civilização brasileira.

(60) HOLMES, op. cit, p. 13.

(61) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI — *O Estado, a Administração e os Serviços Públicos no mundo democrático* — in *Revista do Serviço Público*, novembro de 1943, p. 15.

(62) SEIGNOBOS — *La période contemporaine*, 1920, p. 402.

Truman, em mensagem ao Congresso datada de 5 de janeiro de 1949 e em discursos pronunciados na mesma época, alude a um *Neo-New Deal*, a um *Fair Deal* cujos principais pontos seriam a legislação trabalhista, o controle da economia nacional, a ab-rogação da legislação anti-sindical e o auxílio aos países atrasados (63).

Vemos pois que o Estado não mais se pode limitar a garantir a ordem. Já no século XIX foi ele obrigado a encarregar-se do ensino, da saúde pública e de alguns serviços essenciais que, por não darem lucros, não seriam empreendidos por particulares, como no caso do correio por exemplo, já que devia haver comunicações entre todas as partes do país, mesmo se financeiramente não fosse rendosa a instalação dos correios. Mas, a partir do século XX, com o forte abalo que sofreu a economia mundial com o *krach* de 1929, com os conflitos entre patrões e operários, o Estado iniciou um regime de intervenção, seja para assegurar a paz social e a harmonia entre as classes cujos interesses eram divergentes, seja para organizar a economia interna de modo que evitasse as crises.

Passamos pois do liberalismo ao dirigismo, compreendendo-se por economia dirigida "a política pela qual uma autoridade procura organizar e fazer funcionar a economia segundo um plano metódico", "quando o Estado exerce uma ação geral e prolongada conforme um plano" (64). Estamos aliás numa época de planificação. A Rússia teve seus planos quinquenais. A Alemanha e Itália, até a guerra, a Argentina hoje, têm uma economia planificada. O *New Deal*, os planos Beveridge, na Inglaterra, e Monnet na França, dominam a economia mundial, podendo-se ressaltar, no Brasil, a importância do plano SALTE.

A falência do liberalismo econômico já foi constatada há muito tempo. Numa conferência internacional promovida há vinte anos pelo *Institut International de Coopération Intellectuelle* filiado à Sociedade das Nações, foram focalizadas as relações entre o Estado e a vida econômica. Nesta reunião, onde se encontraram homens como Alfredo Rocco, Hugh Dalton, Célestin Bouglé, Gilbert Gidel, Louis Joxe, Henri Bonnet e outros, já se condenou cabalmente o liberalismo excessivo.

A primeira razão da intervenção do Estado na vida econômica foi a necessidade de recursos financeiros. O Estado empobrecido, muitas vezes devido à guerra, foi pedindo aos monopólios, à vida comercial, o dinheiro de que necessitava e que não podia cobrar como impostos diante da penúria geral ou por motivo da alta quantia a que já correspondiam os impostos existentes. Assim, o Estado se fez comerciante. Criou para si os mono-

pólios, monopólios do sal, do álcool, do fumo, do fósforo, da loteria. Mais recentemente até se criou o monopólio do seguro.

O segundo fator foi essencialmente político. Foi a necessidade de impedir o aparecimento de interesses privados em contraste com o interesse público. Foi o que fizera antes com que a indústria e o comércio das armas fossem controlados pelo Estado. É o perigo de que um monopólio de fato em mãos particulares possa influenciar e dominar a vida política do país. Tal razão incitou os governos a eliminarem as grandes empresas que gozavam de alto prestígio político.

Enfim, merece ser assinalada a analogia existente entre a organização privada e pública, devido à estandardização e a burocracia generalizada que imperam atualmente não só nas repartições públicas como também nas empresas privadas (65).

Assim, diante da bancarrota do liberalismo, diante da divergência entre os interesses individuais, representados pelo comércio e pelos bancos, e os interesses nacionais ou coletivos, o Estado teve que integrar em novos quadros a vida econômica. Assim, "o Estado e a vida econômica são duas realidades que se inserem uma na outra. A antiga antítese recompõe-se num todo. O binômio perde a sua essência dualista" (66).

Esta evolução é notada pelos constitucionalistas americanos. "Time was when functions of the State hardly extended beyond police, taxation, diplomacy, and defense. To these were gradually added, under the impetus described, a wide variety of controls applying to industrial production, agriculture, trade, transportation, communications, banking, insurance, and what not; and thus to the police State succeeded the regulatory State". (67) E continuam os professores das Universidades de Wisconsin e Califórnia: "William McKinley had no notion of government regulation of transportation through the air; Theodore Roosevelt hardly dreamed of a government licensing radio stations, prescribing their hours of operation, and fixing their wave-length; Herbert Hoover, when in the White House, would hardly have thought it possible that government should tell the farmer how many acres of corn or cotton he might plant. And so it will be in the future." (68)

Evoluímos pois do direito privado ao direito público, da administração privada ao controle estatal e à administração pública. Os administradores substituem os comerciantes; em vez de *homens*

(65) Discurso do Professor J. Bonn, in *L'Etat et la Vie Economique*, 1932, p. 31.

(66) ALBERTO DE STEFANI — in *L'Etat et la Vie Economique*, 1932, p. 53.

(67) OGG and RAY — *Introduction to American Government*, 1948, p. 5.

(68) OGG and RAY — op. cit., p. 6.

(63) Cf. PIERRE DUCLOS — *L'Évolution des rapports politiques depuis 1750*, 1950, p. 148 e seguintes.

(64) LHOMME e L. BAUDIN — Ap. G. RIPERT, — *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, p. 211.

de iniciativa, temos homens de confiança, "o administrador suplanta o empreendedor". (69)

Duas dificuldades surgem com esta transformação. A primeira é de manter a continuidade enquanto se opera a metamorfose, enquanto se faz a transição. "Il faut changer la gare sans arrêter le trafic" dizia muito bem um sábio francês. A outra é a conciliação do dirigismo econômico com o liberalismo político. E talvez seja esse o problema essencial da nossa época. Atingindo a liberdade de comércio, o intervencionismo abala os direitos individuais. Há uma antinomia entre a liberdade e a igualdade que faz com que não se possa assegurar a segunda sem sacrificar a primeira. (70) O interesse público também entra em conflito com os direitos individuais. Tal parece ser a contradição do socialismo; a necessidade de organização exige o sacrifício das liberdades. (71) Mas, por outro lado também, o capitalismo descontrolado não pode harmonizar-se com a democracia. "Ou a democracia política deve dominar o monopólio econômico, ou o monopólio econômico dominará a democracia política", escreve Harold Lasky (72). A verdade é que estamos num período de crise política. Com a transformação da economia os velhos sistemas parecem caducos. A prática constitucional exige novos métodos. É o que todos os países sentem. A ditadura parece enquadrar melhor os novos sistemas econômicos. "É tão ridículo pensar governar a França de 1950 com os métodos de Fallières quanto governar a França de 1814 ao modo de Luís XVI" (73). A onipotência do Estado não deixa de ser perigosa. Destruído o baluarte dos direitos e das garantias individuais, abandonado o padrão moral, o que resistirá ao arbítrio dos governantes? Não devemos esquecer que, após têmos passado do absoluto ao relativo, devemos agora passar das certezas à negação, sem perder todo valor moral. (Barrès) (74).

A moral tradicional, as idéias religiosas, o direito natural foram abandonados. Como todavia manter um limite à atividade do Estado? Ora, já assinalava Duguit que o direito público só existe porque há restrições, há limites que só permitem as atividades do Estado até certo ponto. É preciso manter a existência do direito público. E para atingir tal fim, seremos obrigados a evocar noções metafísicas. Por que o homem e o Estado deverão

obedecer às normas legais contrárias aos seus interesses, desde que não estejam forçados a fazê-lo? Eis o problema que Rousseau não soube resolver e que ainda hoje preocupa os internacionalistas. (75) Aceitando o dogmatismo jurídico, assim mesmo deveremos recorrer à metafísica para proteger os direitos do homem contra a onipotência estatal. Na verdade, à metafísica aplica-se a frase de Horácio, em relação à natureza: "Naturam expelles furca, tamen usque recurret."

Saleilles e Le Fur já falaram em direito natural. E o direito natural vem a ser como uma moral leiga que os homens que abandonaram a religião e que não querem aceitar o reino da força são obrigados a reconhecer. Diz Ripert: Ils ne croient plus au droit naturel mais ne veulent pas de l'arbitraire du droit positif. Alors bien plus fidèles qu'ils ne le croient aux enseignements de l'École Historique, ils considerent qu'il y a dans toute société une évolution que le droit doit se borner à consacrer". (76) Os neotomistas baseiam-se no ideal do *bem comum*. Morin defende o personalismo. E mesmo aqueles que se rebelam contra a metafísica, aqueles que desconhecem o direito natural, mas também se revoltam contra o arbitrário, contra o reino da força ou do número, mesmo aqueles, criam um direito novo para fiscalizar e orientar o direito positivo. Assim é que Duguit fala no *direito objetivo*, Dabin alude ao *direito natural moral* e Gurvitch ao *direito intuitivo*. (77) É preciso esta noção para manter a dignidade humana e um mínimo de direitos do homem, no momento de crise que atravessamos. Crise moral, política, espiritual. Crise religiosa que Roger Martin du Gard nos descreveu em *Jean Barois* (78). Crise racionalista a que dedica belas páginas Romain Rolland mostrando como as novas gerações no início do século abandonavam o racionalismo para procurar novas sensações e novas idéias no bergsonismo, no pragmatismo. Crise da própria *condição humana*. Crise porque os instintos das multidões não sofrem mais um contrapêso moral ou religioso. Crise porque o homem prefere a segurança à liberdade, deixa de ter iniciativa e quer exonerar-se de toda responsabilidade. Todos tendem a ser funcionários, ficando exclusivamente com a iniciativa e a responsabilidade o Estado onipotente. Crise porque a técnica adiantou-se demais relativamente à moral e criou-se um desequilíbrio entre ambas, não tendo a moral ainda alcançado o nível da técnica. O mundo, como um adolescente, está em busca ansiosa e sangrenta.

(69) OTTO MARIA CARPEAUX — *Sobre as bases e consequências da economia dirigida* — in *Revista do Serviço Público*, janeiro de 1950. Consulte-se ainda — W. SOMBART — *L'apogée du capitalisme*. Do mesmo autor — *Le Bourgeois*; JAMES BURNHAM — *The Managerial Revolution*.

(70) HENRI BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1948, p. 80.

(71) ELIE HALÉVY, *L'ère des tyrannies*, prefácio de Celestin Bouglé, p. 13 da edição de 1938.

(72) HAROLD LASKY, *Reflexões sobre a Revolução de nossa época*, 1946, p. 367.

(73) DUVERGER — *Les Constitutions de la France*, p. 123.

(74) MAURICE BARRÈS — *Les déracinés*.

(75) Cf. ARNOLD WALD — *O Contrato Social*, tese apresentada no Seminário de Estudos Jurídicos e Sociais em 1950, em publicação. Quanto ao direito internacional é interessante consultar por exemplo a primeira parte de Georges Scelle, *Cours de Droit International Public*, 1948.

(76) RIPERT — *Le régime démocratique et le droit civil*, p. 59.

(77) LE FUR — *Droit individuel et droit social*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1931, p. 293.

(78) ARNOLD WALD — *Roger Martin du Gard*, artigo publicado no Suplemento Literário do *Correio da Manhã*, em 18 de julho de 1948.

Deve-se harmonizar o conflito conciliando os fins do Direito, estabelecendo um equilíbrio entre a ordem e a segurança entre os interesses do grupo social e o bem comum, por um lado, e a dignidade humana, a moral individualista, pelo outro. "A vida, dizia Stendhal, começa por um duelo". É dêste duelo entre socialismo, estadismo e direitos e garantias individuais que vai surgir o novo mundo, conciliando as necessidades sociais com as exigências individuais, a democracia política que está em nossa tradição, com as aspirações sociais nascidas das chocantes desigualdades a que assistimos. E a conciliação embora difícil há de ser possível. Bem disse Gurvitch que a democracia e as aspirações sociais "não devem ser reconciliadas, elas apenas representam a mesma coisa; o socialismo é o aspecto econômico da democracia". Mas é o trabalho paciente do jurista que deve unir estas diversas faces da mesma idéia. E os juristas brasileiros não podem desprezar êste problema que constitui a questão essencial por excelência do direito contemporâneo. A êle não há como fugir. A questão não se resolverá falando-se em liberdade ou em democracia. As palavras e as soluções formais não são suficientes. Não é só por falar em Deus, sem agir conseqüentemente, que se penetra no reino do céu. (79) A questão há de ser resol-

(79) Para êste último capítulo, consulte-se: GEORGES VEDEL — *Manuel de Droit Constitutionnel*. PIERRE DUCLOS, *op. cit.* p. 329. DUVERGER, *Les Constitutions de la France*, p. 122.

vida pois pelo estudo e pelo trabalho, pela compreensão da história, pela divulgação do direito comparado (80), pelo conhecimento profundo da nossa economia. Uma nova concepção da vida menos egoísta e mais social, apegada ao ideal do *bem comum*, embora impregnada do conceito da dignidade humana, deverá constituir-se e dominará o espírito das novas gerações.

Assim, e não pela violência, nem pela força nem pelas proclamações grandiloquas, encontraremos a solução desejada. É pela pesquisa dos estudiosos e pelo esforço moral de cada um que o mundo, pouco a pouco, realiza os sonhos dos seus sábios.

(80) Êste trabalho está sendo feito brilhantemente pelo Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Estudos Legislativos.

Quanto à função do direito comparado, lembremos as teorias de Saleilles, Lambert, Lévy, Ullmann. Consulte-se a respeito: EDOUARD LAMBERT et J.R. XIRAU, *op.cit.* p. 281. ARMINJON, NOLDE et WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, 1950, I vol. p. 35.

Merece também referência especial a interessante conferência do nosso mestre e amigo Professor Ebert Chamoun, um dos nossos mais destacados comparatistas, pronunciada na I Semana de Estudos Jurídicos de Recife, focalizando o direito comparado, como também seu artigo publicado num livro dedicado a Lévy Ullmann e em publicação na França.