PARECERES

SERVIÇO PÚBLICO — CONCESSÃO — TRANSPORTE COLETIVO — TARIFAS — COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO — HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

— À divisão funcional do exercício do poder é que corresponde o princípio da "separação de poderes", ou da divisão, ou ainda, da "harmonia e independência dos poderes".

— Longe de uma separação absoluta dos poderes, o que na realidade ocorre, especialmente nos países presidencialistas, é uma co-participação dêles nas tarefas uns dos outros, uma coordenação de esforços de todos na tarefa final comum.

— Ao fixar tarifas de um serviço público concedido o Executivo pratica ato administrativo de execução de lei preexistente.

PARECER

I — *O Projeto N.º* 132/56, *Da Câmara Municipal*

1. Solicita o Sr. Prefeito municipal parecer sôbre a constitucionalidade do projeto de lei n.º 132, recentemente aprovado pela Câmara Municipal, (fôlhas) assim formulado:

"Art 1.º As tarifas da Companhia Municipal de Transportes Coletivos (C. M. T. C.), vigorantes a 1.º de maio do corrente ano, ficam aumentadas de Cr$ 0,50 (cinqüenta centavos).

Art. 2.º As tarifas das emprêsas particulares de transporte coletivo em ônibus continuam a ser as mesmas vigorantes a 1.º de maio do corrente ano.

Art. 3.º Tôda e qualquer alteração de tarifas das emprêsas concessionárias de serviços públicos municipais, quaisquer que sejam estas, ficam sempre na dependência de autorização especial da Câmara Municipal, através de lei por esta votada.

Art. 4.º São consideradas nulas e insubsistentes as tarifas que contrariam o disposto no art. 1.º desta lei.

Art. 5.º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, regovadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 18 de maio de 1956".

Como se vê, a proposição supra não só modifica, substancialmente, as tarifas dos serviços de transportes coletivos urbanos, executados pela Companhia Municipal de Transportes Coletivos e por emprêsas particulares, tarifas essas que haviam sido fixadas, em bases mui superiores, por despacho do Sr. Prefeito municipal, de 12 de maio corrente, mas ainda estabelece, como regra geral a ser futuramente observada, a necessidade de prévia autorização da Câmara para tôda e qualquer alteração de tarifas de tôdas as emprêsas concessionárias de serviços públicos municipais.

O referido projeto da egrégia Câmara afigura-se-nos flagrantemente inconstitucional, por ofensivo de dois princípios constitucionais expressos, fundamentais em nossa organização político-jurídica, quais sejam o da harmonia e independência dos poderes

(Constituição federal, art. 36) e o do respeito aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito (Constituição federal, art. 141, § 3.º), como a seguir procuramos demonstrar, tão sucintamente quanto o exige, de um lado, a urgência do assunto, e nô-lo permita, por outro lado, a sua complexidade.

II — *O Projeto N.º 132/56 e o princípio Constitucional da Harmonia e Independência dos Poderes*

2. Tão relevante, em nosso regime presidencialista, é o princípio da independência e harmonia de poderes — ou, como, geralmente, se enuncia, da "separação dos poderes" — que não se limitou nossa Constituição a ploclamá-lo no art. 36, de modo solene: "São poderes da União o Legislativo, Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1.º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2.º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições". Vai além, colocando-o em destaque entre aquêles princípios constitucionais considerados de tal magnitude, de tamanho significado para o sistema de govêrno adotado, que seu desconhecimento ou sua violação pelos Estados-membros implicam em intervenção federal (art. 7.º, n.º VII, b), ao mesmo tempo que os torna de observância obrigatória também na organização e funcionamento dos governos locais.

Realmente, a cautela do legislador constituinte nesse sentido, leva-o no art. 18 da Constituição, a prescrever, também de modo expresso, que ao exercerem os Estados-membros seus poderes de auto-organização, êsse tão marcante aspecto da autonomia que a Constituição lhes confere, característica do regime federativo, hão-de estritamente observar aquêles princípios:

"Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição".

Acatando, como se fazia mister, êsses postulados fundamentais de organização constitucional democrática, federativa e presidencialista, a Constituição do Estado de São Paulo inscreveu solenemente, em seu art. 2.º, o princípio da harmonia e independência dos poderes, reproduzindo fielmente, aliás, o art. 36 da Constituição federal:

"São poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 1.º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exeções previstas nesta Constituição.

§ 2.º É vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições".

3. Nenhuma dúvida, portanto, poderia subsistir quanto à aplicação do famoso princípio na esfera estadual, quer no tocante à organização dos poderes do Estado, quer no que se refere ao seu funcionamento, às relações dos poderes entre si.

Qual, entretanto, a solução do Direito Constitucional brasileiro, no que tange à esfera municipal, isto é, à organização e administração dos municípios?

Em relação a êstes, cumpre reconhecer que a Constituição federal não foi tão explícita, como ao tratar da organização e administração dos Estados. Mas nem por isso, observe-se desde logo, deixou de, claramente, firmar, embora por via indireta, a obrigatoriedade da observância da separação dos poderes na esfera municipal.

Realmente, se já no art. 18 exigiu que os Estados se organizassem, observando os princípios nela estabelecidos, e se, como é corrente e indiscutível, a organização municipal constitui parte essencial da organização dos Estados, tarefa que cada Estado leva a cabo através das leis estaduais de organização municipal (as assim denominadas *Leis Orgânicas dos Muni-*

cípios),[1] é evidente que se os Estados, ao traçarem essas normas fundamentais de sua organização municipal, desconhecessem o princípio proclamado nos arts. 36 e 7.º da Constituição federal, isto é, se viessem a estabelecer uma organização municipal sem a independência e harmonia dos poderes, infringindo estariam, de frente, o art. 18 da mesma Constituição federal.

Cumpre ainda considerar que no artigo 28, ao proclamar de modo enfático a autonomia dos Municípios, a Constituição federal clara e significativamente distingue, na organização dêstes, entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ao prescrever:

"A autonomia dos Municípios será assegurada:

I — Pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II — Pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interêsse e, especialmente:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais;

§ 1.º Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios, os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 2.º Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País".

Essa distinção constitucional, bem nítida, entre Prefeito e Vereadores, isto é, entre o órgão executivo e o órgão legislativo do Município, reveste-se, evidentemente, de caráter intencional, correspondendo à exigência da aplicação do princípio da separação dos poderes, vale dizer, do sistema presidencialista de govêrno, também na esfera municipal, o que, aliás, já ficara claramente estabelecido pelo disposto no art. 18. Tratava-se aqui, contudo, de desenvolver, levando-o à aplicação extrema, nos Municípios, o mesmo princípio já fixado, de modo tão explícito e severo, para a organização e administração dos Estados-membros.

Daí, sem dúvida, o pronunciamento de Pontes de Miranda, em comentário ao art. 36 da Constituição federal:

"Independência e harmonia de poderes também é princípio que há-de ser respeitado na feitura da Constituição estadual, nas leis estaduais e nos atos dos poderes locais... A infração é pressuposto suficiente para a intervenção".[2]

E o mesmo autor, sem dúvida o mais autorizado exegeta da nossa Constituição em considerações sôbre o inciso constitucional que prevê a intervenção federal nos Estados "para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes estaduais", já havia ponderado:

"Tais poderes são os poderes estaduais, porém não sòmente os poderes da entidade estadual. Se há impedimento às funções de algum dos poderes municipais, também cabe a intervenção para a administração respectiva, ou a do próprio Estado-membro, se, sem qualquer extensão, não seria possível restaurar a ordem jurídica".[3]

4. À vista disso, é natural que os Estados, em cumprimento do disposto na Constituição, e em plena consonância com o sistema de govêrno adotado nas esferas federal e estadual, houves-

---

1 Opiniões esporádicas, sustentando o direito de auto-organização, que aos Municípios assistiria, e, como conseqüência, a inconstitucionalidade das Leis Orgânicas Estaduais, foram repelidas tanto pela doutrina, como pela jurisprudência.

2 V. *Comentários à Constituição de* 1946, vol. I, pág. 379.

3 *Ibidem*, pág. 370.

sem aplicado, como de fato o fizeram, o princípio da harmonia e independência de poderes também na organização e administração de seus Municípios.

É o que, em nosso Estado, fàcilmente se comprova pela simples leitura de todo o título III, arts. 71 e segs. da Constituição estadual.

O artigo 71 reproduz, ali, o disposto na Constituição federal, quanto à distinção entre o Poder Legislativo e o Executivo:

"A autonomia dos municípios é assegurada:

I — Pela eleição do Prefeito e dos Vereadores, por voto secreto, em sufrágio universal e direto, garantida a representação proporcional dos partidos políticos.

II — Pela administração própria no que concerne ao seu peculiar interêsse e especialmente:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos seus serviços.

Parágrafo único. Serão nomeados pelo Governador, com aprovação da Assembléia, os prefeitos das estâncias hidrominerais naturais e dos Municípios que a lei federal declarar bases e portos de excepcional importância para a defesa externa do país", sendo de salientar-se que a aprovação da Assembléia, estatuída no parágrafo único, embora apenas para o caso de prefeitos nomeados, foi fulminada de inconstitucionalidade pelo Supremo Trimunal Federal, em conhecido acórdão,[4] o que bem demonstra o rigor com que deve ser observado, mesmo na esfera municipal, o princípio da harmonia e independência dos poderes.

E nos arts. 75 e 76 torna a Constituição paulista ainda mais explícita a distinção firmada no art. 28 da Constituição federal, entre Legislativo e Executivo, na administração municipal:

"Art. 75. O órgão legislativo do Município é a Câmara Municipal, composta de vereadores, eleitos por quatro anos.

Parágrafo único. A lei orgânica dos Municípios fixará o número de vereadores de cada Município, conforme sua população, e suas rendas, não podendo êsse número ser inferior a sete".

"Art. 76. O órgão executivo do Município é o Prefeito, eleito por quatro anos, salvo as exceções previstas no parágrafo único do art. 71".

Finalmente, no art. 77, § 2.º, estabelece a Constituição do Estado que "vigoram para os prefeitos e vereadores as obrigações e impedimentos previstos nesta Constituição, para os deputados", e no art. 78 que "a iniciativa dos projetos de lei cabe a qualquer vereador e ao prefeito, sendo privativa dêste a do projeto de lei orçamentária e das que aumentem vencimentos de funcionários ou criem cargos em serviços já existentes", aplicando destarte mais uma vez, à esfera dos Municípios, conseqüências ou decorrências do princípio da separação dos poderes.

E se assim precedeu a Constituição estadual, natural é que o fizesse, também, a lei ordinária de organização e administração dos municípios, a Lei Orgânica Municipal (Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1947).

Realmente, lá se encontram perfeitamente aplicados, nos arts. 22 e segs. (Poder Legislativo municipal) e 47 e segs. (Poder Executivo municipal) os dispositivos das Constituições federal e estadual, atinentes à separação dos poderes — ou, para usarmos a expressão constitucional, à "harmonia e independência dos poderes" — como aplicado se encontra, também, o art. 28 da Constituição, no tocante ao conteúdo da autonomia local e à cláusula do "peculiar interêsse" do Município, na extensa pauta do art. 16, enumerativa de matérias da competência do Município, tôdas compreendidas na rubrica constitucional dos "serviços públicos locais", e sôbre as quais se exerce a "administração pró-

4 V. *Arquivo Judiciário*, vol. 85, págs. 77 e segs.

pria", a que alude o citado dispositivo constitucional.

Também na Lei Orgânica paulista se acham reproduzidos os dispositivos constitucionais sôbre incompatibilidades (artigos 25 e 105), destinados, como é notório, a salvaguardar a independência do Legislativo em face do Executivo e bem assim todos aquêles expedientes ou técnicas jurídicas, elaborados pelo moderno Direito Constitucional, cuja finalidade é estabelecer o contrôle recíproco dos poderes, a fiscalização mútua que exercem uns sôbre os outros, e que resumem, segundo conhecida expressão, no sistema de freios e contrapesos" (*checks and balances*), criador daquele equilíbrio político essencial a todo govêrno democrático, e especialmente ao sistema presidencialista (v. Lei Orgânica, arts. 29; 32, §§ 1.º a 6.º; 33; 34, ns. IV a VI; 38, n.º I; 41; 52 ns. VII a IX, 76; 95 a 98; 106, etc.).

E ainda mais: nos arts. 32 e 52, procura a Lei Orgânica reforçar essa distinção entre as funções legislativa e administrativa na administração municipal, quando ali se estatui "caber à Câmara legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do Município" (art. 32), e ao Prefeito "executar as leis do Município e dirigir a Administração pública" (art. 52).

III — *A Distinção das Funções Estatais Como Fundamento da Harmonia e Independência dos Poderes*

5. Os mencionados dispositivos da nossa Lei de Organização Municipal ferem, aqui, o já famoso tema da distinção entre as funções estatais, verdadeiramente básico para a compreensão do problema da separação dos poderes, e fundamental, portanto, para a solução das dúvidas suscitadas, já na própria Câmara Municipal,[5] quanto à constitucionalidade do projeto n.º 132, ora submetido à apreciação dêste Departamento.

A Lei Orgânica, convém desde logo observar-se, ao traçar essa distinção, essencial para o Direito Público, entre legislação e administração, para atribuir a primeira à Câmara e a segunda ao Prefeito Municipal, norteou-se, como lhe era forçoso fazê-lo, pela própria sistemática da separação de poderes, tal como estabelecida na Constituição federal e reproduzida na Constituição do Estado.[6]

Mas em que consistirá — eis a indagação que, preliminarmente, se nos impõe — êsse celebérrimo princípio da separação dos poderes, ou da independência e harmonia dos poderes, na linguagem dos arts. 7.º e 36 da Constituição federal?

6. Êsse dogma constitucional, que o moderno pensamento político faz remontar a Aristóteles, decorre da consideração, fundamental para a Ciência Política e para o Direito Público, de que se uno é o poder político, quer em sua origem, como na sua essência e na sua atuação originária, através do Poder Constituinte, êle deve todavia dividir-se no seu exercício, através dos Poderes Constituídos, e isso como imperativo ditado pela própria natureza das coisas, a saber: já pela sua essência racional e responsável, já pelas exigências da divisão do trabalho, para atender à complexidade das tarefas estatais, ou ainda, finalmente, pela necessidade de especialização dos órgãos destas incumbidos.

Quais, entretanto, os critérios para proceder-se a essa divisão no exercício do poder político?

Partindo-se da própria natureza das funções exercidas pelo Estado, para distribuí-las a órgãos também distintos, ter-se-á a divisão dita funcional do exercício do poder. Tomando-se, porém, por critério a divisão do território do Estado, resultará daí a divisão espacial do poder político.

À esta divisão espacial correspondem a descentralização política, o govêrno

5 V. *Diário Oficial*, do Estado, de 20 e 29 de maio.
6 V. Constituição federal, arts. 65, IX, e 87; Constituição estadual, arts. 20 e 43.

local autônomo (*self-government*), cujo paroxismo ou plenitude encontra-se no Estado Federal, isto é, no princípio federativo de govêrno.

À divisão funcional do exercício do poder é que corresponde o princípio dito da "separação dos poderes", ou da divisão, ou ainda, da "harmonia e independência dos poderes", tal como o denominam a doutrina clássica ou o Direito Positivo mais recente.

Êsse famoso e tão discutido princípio da separação dos poderes inspira-se, portanto, como reconhece hoje a generalidade dos tratadistas, na diversidade irredutível das funções do Estado, na distinção material de suas manifestações de vontade.

Realmente, o poder político deve manifestar-se desde logo, e primàriamente, como norma jurídica, isto é, como regras gerais e impessoais, de aplicação uniforme, que assegurem estabilidade, ordem e justiça nas relações individuais e sociais. Nos países de Constituição rígida, como o nosso, as normas jurídicas dispõem-se numa hierarquia, em cujo vértice se nos depara a Constituição, logo a seguir as leis ordinárias, depois os regulamentos e outros atos de natureza normativa, como as instruções ministeriais e as portarias. Se missão precípua do Estado é a realização do Direito, isto é, a concretização dos ideais de Justiça e do Bem Comum na vida individual e social, é bem de ver-se que a etapa fundamental dessa realização, o seu momento supremo, será, evidentemente, êsse da criação do ordenamento jurídico, da definição do Direito. Embora nela se possam distinguir vários momentos ou etapas parciais, desde a iniciativa da lei, à sua solene promulgação e publicação, a essa tarefa do Estado, como um todo, denomina-se a legislação — função primeira e suprema do Estado.

Elaborada a lei, e definido assim o Direito, deverá ela ser aplicada. Se a norma jurídica apresenta-se por demais vaga, imprecisa, estabelecendo apenas princípios gerais, omitindo detalhes necessários à sua efetiva observância, cumprirá inicialmente desenvolvê-la em novas normas, dela extraindo-se, assim, sentidos e conseqüências nela implícitos, ou os detalhes para sua fiel execução. E' o que se denomina regulamentação da lei, ato ainda de caráter normativo, eis que o regulamento constitui-se, também, de normas gerais e impessoais. O conteúdo exato da norma superior (lei) determina-se, destarte, através da norma inferior (regulamento). Não se sai, ainda aqui, do campo da normatividade, isto é, da criação de normas, da definição do Direito, em suma, da legislação.

A aplicação dessas normas, isto é, sua eficácia, sua efetiva execução, depende, entretanto, de novos atos estatais, que irão concretizar uma nova função do Estado, materialmente diversa: a emanação de decisões concretas, isto é, de atos ou decisões de alcance individual, criadores ou modificadores de situações jurídicas concretas, individuais, que deverão constituir a aplicação da norma jurídica abstrata, geral: êsses atos ou decisões concretas são os chamados atos administrativos, e ao conjunto dêstes denomina-se administração.[7] Esta apli-

7 Alguns autores distinguem, na atividade executiva, entre "govêrno" e "administração", correspondendo o govêrno à direção geral dos problemas administrativos, à fixação de uma orientação, de diretrizes políticas, no exercício do Executivo. A administração diria respeito tão-sòmente à solução dos problemas administrativos, em detalhes, sob a inspiração daquelas diretrizes.

Para Dabin, por exemplo, govêrno é essencialmente a ação pela qual uma autoridade impõe linha de conduta ou preceito a individualidades humanas, e governar bem é dirigir, no sentido de fins sociais, a atividade dos indivíduos reunidos em sociedade, ao passo que administrar significa prover, por meio de serviços, à satisfação de interêsses considerados como incluídos na esfera do Estado e do bem público, fazer funcionar êsses serviços, estimulando-os, controlando-os no seu funcionamento, coordenando-os tendo em vista a unidade última do Estado, que resulta da finalidade dêste: o bem público. Essa

cação da lei supõe e exige, muitas vêzes, a realização em vias de fato, isto é, em atos materiais, que representam, na generalidade dos casos, a fase derradeira de aplicação da norma, mediante ação concreta de agentes executores, através de atos de coação material.

Finalmente, pode suceder que na aplicação da norma surjam dúvidas quanto ao seu exato sentido, ao seu verdadeiro alcance. à sua própria vigência, ou ainda quanto às condições de fato, das quais depende sua aplicabilidade. Daí decorrerá a necessidade de fixar-se o seu verdadeiro sentido, o seu exato alcance, ou de se descobrirem com tôda segurança os fatos condicionadores de sua aplicação. Defrontamo-nos, aqui, com as chamadas "situações litigiosas", quando o poder político deverá exercer-se não mais para definir, criar o Direito (função legislativa — *legislation*), nem para executar, aplicar a norma jurídica (função administrativa —*legis executio*), mas para fixar o direito duvidoso, decidir a situação litigiosa (função jurisdicional, *juris dictio*).

Lei, Administração, Justiça, eis, portanto, o trinômio irredutível das funções do Estado do ponto de vista material, e por funções deve-se entender aqui, portanto, essas etapas fundamentais em que se desenvolve o exercício do poder estatal.

Deixando de parte, já pela carência de tempo, já pelo seu reduzido alcance prático, certas discussões sôbre o número, a denominação e a hierarquia dessas funções,[8] cumpre acentuar-se apenas, como o faz Biscaretti de Ruffia, que a clássica distinção entre funções legislativas, executivas e jurisdicionais pode, ainda hoje, resistir, egrègiamente, a tôdas essas críticas e a todos os pruridos inovadores, sejam êles no sentido de restringir, seja no de aumentar o número delas.[9]

Constitui, realmente, fato inconteste o de que a torrente dos maiores, dos mais autorizados mestres do Direito Constitucional, clássico ou moderno, fazem dessa distinção uma das noções fundamentais para a exata compreensão, não apenas da teoria da separação dos poderes, como também de outros temas fundamentais de Direito Público.

Já tivemos oportunidade, em modesto trabalho, publicado por esta Prefeitura, de longamente demonstrá-lo,[10] e, dada

---

noção de administração, acrescenta, toca mui de perto à de govêrno, e evoca idéias de detalhes, de técnica (loc. cit., pág. 58).

Em Bielsa, administração é a atividade do Estado desenvolvida nos limites da lei, sujeita ao contrôle dos tribunais, ao passo que Govêrno implica em atividade que se desenvolve sob apenas sanção política (*Princípios de Direito Público Constitucional*, pág. 346).

Ver todavia, sôbre o assunto, as magníficas observações de Carl Friedrich, loc. cit., págs. 181 e seguintes e 347-348.

8 Assim, por exemplo, alguns procuram distinguir, dentro da função administrativa, entre "govêrno" e "administração" (v. nota 7, retro); outros acrescentam às três funções enumeradas, ora a função "moderadora", de equilíbrio e contrôle das demais, ora a "eleitoral"; outros, ainda, consideram a função jurisdicional, mero aspecto da aplicação da lei e, portanto, simples função administrativa. A análise científica tem, entretanto, demonstrado a improcedência de tôdas essas opiniões.

Quanto à primazia ou hierarquia entre essas funções, enquanto alguns consideram a criação da norma o momento supremo da vida estatal, outros o vislumbram na sua aplicação, e outros, a final, na função jurisdicional. É evidente que tal supremacia, necessária porque exigida pela própria idéia de unidade do Estado, como bem adverte Carrè de Malberg, dependerá essencialmente da forma de govêrno e, dentro de cada Estado, da conjuntura político-social específica a seu sistema constitucional.

9 V. *Diritto Costituzionale* (Lo Stato Democratico Moderno), 1949, pág. 153.

10 V. *Os Serviços Públicos de Eletricidade e a Autonomia Local*, S. Paulo, 1950, págs. 93 e segs.

Êsse trabalho apresenta, do ponto de vista doutrinário, íntima relação com o caso sob consulta.

a relevância do caso sob consulta, e especialmente o lamentável desconhecimento de tais noções, realmente elementares, por muitos dos que se vêm ocupando do momentoso problema,[11] pedimos vênia para transcrevê-lo.

Dizíamos então:

"Essa dicotomia fundamental das funções estatais é posta em relêvo, pelo seu extraordinário alcance, pela unanimidade dos tratadistas.

Seja nos modernos publicistas franceses, como Bonnard, Duguit, Esmein, Jèze, Hauriou, Dabin e outros seja em Kelsen o grande mestre do normativismo jurídico, seja nos autores germânicos que comentaram a constituição democrática de Weimar, inspiradora, em grande parte, dos aspectos sociais do nosso regime constitucional de 1934 e de 1946, tais como o próprio Kelsen, Hatschek, Merkl, Buehler, Fleiner, Anschuetz, Hue de Grais, Peters, Schmitt, Herrnritt, Naviasky e outros, seja, finalmente, nos grandes mestres do Direito italiano, ou do Direito norte-americano — êsse modelando, em grande parte, nosso regime federativo e a Constituição federal de 1891 — sempre encontraremos, em excepcional destaque pelo seu alcance para o perfeito entendimento das instituições do Direito Público e do regime constitucional democrático, essa distinção fundamental entre legislação e administração, entre atividade normativa e atividade executiva do Estado.

Para Roger Bonnard, por exemplo, enquanto a função legislativa refere-se exclusivamente aos fenômenos de formação do Direito, da parte geral e impessoal do ordenamento jurídico, consistindo na formulação de normas jurídicas gerais e impessoais, e exercendo-se por meio de atos-regras, a função administrativa visa à realização do Direito, à formação de regras de Direito ou atos jurídicos de alcance individual, isto é, a parte individual do ordenamento jurídico, podendo definir-se como a função do Estado consistente em realizar, tendo em vista assegurar o funcionamento dos serviços públicos, atos jurídicos de alcance individual e atos individuais.

Assim, enquanto a função legislativa se concretiza em regras constitucionais, legislativas, ordinárias e regulamentares, a função administrativa vai-se perfazer, e realizar-se, em atos administrativos, unilaterais ou bilaterais, nos atos subjetivos e nos atos-condição.[12]

Idêntica a concepção de Duguit, para o qual "o Estado exerce a função legislativa, seja qual fôr o órgão que intervenha, tôdas as vêzes que formule um ato-regra, tôdas as vêzes que edite uma disposição normativa ou construtiva, modificando em qualquer ponto, e de qualquer modo, o Direito objetivo, tal como êste exista no momento da intervenção, ao passo, que desempenha a função administrativa sempre que "realize um ato-condição ou um ato subjetivo, ou quando seus agentes procedem, para assegurar o funcionamento de um serviço público, a atos puramente materiais.[13]

Não nos seria possível transcrever, aqui, as magníficas dissertações dêsses eminentes mestres, nem as de tantos outros publicistas franceses, todos nesse mesmo sentido.[14]

---

11 V. *Diário Oficial*, do Estado, de 20 de maio de 1956, pág. 45; de 23 de maio de 1956, págs. 60 e segs., e manifesto dos Srs. Vereadores, na *Fôlha da Manhã*, de 29 de maio de 1956, págs. 1 e 6. Reconhecemos que tal desconhecimento, na maioria dos casos, é plenamente justificável, uma vez que nem todos os dignos representantes do povo, na Câmara Municipal, são bacharéis em Direito, não se encontrando, portanto, em condições de discernir os aspectos jurídicos, complexos e relevantes, do momentoso problema em foco.

12 V. *Précis de Droit Administratif*, 1935, págs. 44-46.

13 V. *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. II, pág. 156.

14 V., por ex., Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1925, vol. I, págs. 11 e segs.; Hauriou, *Droit Constitutionnel*, 1929, págs. 224 e segs.;

Mas se nos dispusermos, agora, a ouvir o grande Kelsen, encontrá-lo-emos formulando, entre os princípios básicos da teoria do Estado, essa mesma distinção entre função legislativa e administrativa, entre lei e ato administrativo, entre a *legis latio* e a *legis executio*, fundamento da própria separação dos poderes e da estrutura do Estado democrático:

En la función legislativa, el Estado estabelece reglas generales, abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada, resuelve directamente tareas concretas; tales son las respectivas nociones más generales. De este modo, el concepto de legislación se identifica con los de producción, *cración e* posición *de Derecho. Por tanto, la actividad individualizada del Estado, supuesto que se la considere como acto jurídico, no puede ser más que* "aplicación" *o* "protección" *del Derecho, con lo cual se sitúa en principio en un plano opuesto al de la función creadora.* [15]

Eis aí, em síntese primorosa, os mesmos conceitos dos mestres do Direito Público francês. E se as suas concepções normativistas extremadas fazem-no considerar o próprio ato administrativo como criador de "normas individuais", trata-se, evidentemente, de uma mera questão de terminologia, e o grande publicista aponta, a seguir, o alcance daquela distinção para a teoria da separação dos poderes e para as liberdades públicas.

E se necessário fôssem mais testemunhos, nesse sentido, lembraríamos Mayer-Anschuetz, ao mostrarem a ação do Estado dividindo-se em legislação, isto é, na emanação de normas gerais ou abstratas, e administração no sentido amplo, que se caracteriza pelo poder estatal agindo nos casos individuais, concretos. Enquanto a lei é vontade, a administração é ato, limitado pelo querer expresso na lei, que geralmente não é o fim, nem o fundamento da administração, mas apenas seu limite. Daí poder-se dizer que "administração abrange tôda a atividade dos órgãos do Estado que não sejam legislação ou distribuição de justiça. Ela se distingue da legislação porque não consiste na emanação de normas gerais, mas na solução de situações concretas.[16]

Com a mesma clareza, distingue Herrnritt o querer (*Wollen*) do ato (*Tat*), e daí a diferença entre a emanação de normas, legislação (*Erlassung ven Normen, Gesetzgebund*), e execução destas (*Vollziehung*), tendo como conseqüência a divisão e a separação dos poderes, a subordinação da administração à lei (Estado de Direito, Direito Administrativo-Constitucional), isto é, a administração ligada por normas jurídicas.[17]

Dir-se-á que estamos repisando princípios corriqueiros, elementaríssimos, de Direito Público. Mas de tal modo se vêm confundindo, desconhecendo e menosprezando estas noções — e triste é dizê-lo, até mesmo em nossas mais altas Côrtes de Justiça — e de tal modo são elas fundamentais para a salvaguarda da Constituição, do sistema federativo, do regime democrático, do Estado de Direito e das liberdades públicas — não o fôssem já, nesta emergência, para defesa das prerrogativas municipais —, que não é inútil nem desarrazoado nelas insistir.

E lembraríamos, portanto, ainda no Direito germânico e nos exegetas da Constituição de Weimar (cuja relevância a ninguém é lícito desconhecer, neste problema de distribuição de competên-

---

Dabin, *Doctrine Générale de l'État*, 1939, págs. 236 e segs.· Esmein, *Droit Constitutionnel*, 1921, vol. I, págs. 457 e segs.

15 V. Kelsen, *Teoria General del Estado*, trad. Labor, 1934, págs. 301 e segs. e 275.

16 V. Mayer-Anschuetz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1919, págs. 27-29, 750-70.

17 V. *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, págs. 1-24.

cias e de poderes, porque se trata de Direito Público Constitucional de um regime federativo como o nosso), a lição de Merkl, um dos mais destacados epígonos da escola normativista, a salientar que o conceito dominante de administração, o mais estreito de todos, se obtém justamente separando-se a atividade legislativa do conjunto da atividade estatal; que a existência da administração se faz dependente da existência da legislação e da justiça, e que a lei fixa, justamente, os limites do ato administrativo.[18] E também as de Hue de Grais e Hans Peters, ao acentuarem logo na introdução de seu magnífico Tratado de Direito Público, que o poder estatal, cuja estrutura é fixada pela Constituição, se exerce ora como legislação, ora como execução, segundo formule regras gerais de Direito ou, já com fundamento nestas, e no círculo por elas traçado, resolva os casos singulares.[19] Essa, igualmente, a distinção assinalada por Anschuetz, em seus comentários sôbre a distribuição de competência na Constituição de Weimar, entre "direito a legislação" ou "competência legislativa" (Recht zur Gesetzgebung, Gesetzkompetenz) a administração (Verwaltung), naquela Constituição perfeitamente demarcados: a primeira nos arts. 6.º a 12, a segunda nos arts. 78 e seguintes.[20]

Daí salientar Buehler, e com êle os comentadores daquela Constituição, em geral, que de acôrdo com o seu art. 14 a execução das leis federais presumia-se sempre de competência dos Estados-membros, não coincidindo, portanto, a competência legislativa com a executiva do Reich.[21] Como se vê, a mesma advertência de Kelsen, a esclarecer um aspecto fundamental da distribuição de competência nos Estados federativos.

Nem discrepam destas lições dos autores franceses e germânicos, cuja seara é verdadeiramente inesgotável,[22] os grandes mestres peninsulares como Cammeo, Ranelletti, Di Ruffia e outros,[23] embora versando também regime unitário.

E finalmente entre os tratadistas norte-americanos, apesar de avessos por índole a construções doutrinárias, e não obstante ainda o pragmatismo com que abordam os mais elevados temas da teoria do Estado e do Direito Constitucional, vamos encontrar, por exemplo, o emérito Black assinalando que a lei é algo a ser ordenado, executado, e por último interpretado e aplicado. Daí a divisão tripartida dos poderes e funções do Estado: o de ordenar e prescrever leis, modificá-las ou revogá-las (Legislativo), o de executá-las, isto é, torná-las pràticamente efetivas e de observância obrigatória (Executivo) e, finalmente, o de aplicá-las aos litígios relativos a direitos ou obrigações legalmente reconhecidos, nos casos adequadamente levados aos tribunais, função esta que inclui a de declarar quais as leis válidas e obrigatórias, interpretá-las, julgando de modo a obrigar as partes (Judiciário).[24]

---

18 V. *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1935, págs. 9 e segs.

19 V. *Handbuch der Verfassung und Verwaltung*, 1927, págs. 9 e segs.

20 V. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 1928, págs. 53 e segs. e 235 e segs.

21 V. *La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. Labor, 1931, pág. 44.

22 V. ainda, por ex., Hatschek, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrecht*, 1927, pág. 5; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, págs. 211 e segs.; Naviasky, *Bayerisches Verwaltungsrecht*, págs. 324 e segs.; Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, pág. 9.

23 V. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, "in" *Trattato*, de Orlando, vol. III. parte 1.ª, pág. 7; Ranelletti. *Principii di Diritto Amministrativo*, 1912, págs. 240 e segs. e 263 e segs.; Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 1949, págs. 150 e segs.

24 V. Black, *Handbook of American Constitutional Law*, 1927, pág. 91.

E o não menos eminente Willoughby, após relembrar, com as imorredouras lições de Washington, Madison, Adams, Hamilton e Webster, a estreita e absoluta dependência em que se encontram tanto as liberdades públicas como o regime democrático e constitucional dêsse princípio da separação de poderes, refere tôda a longa elaboração jurisprudencial, em tôrno dos conceitos de legislação, administração e justiça, naquele mesmo sentido apontado por Black e pela generalidade da doutrina,[25] sintetizada recentemente pelo Professor Willis, com sua habitual concisão:

The legislative function, then, is general and relates to the future, whereas the judicial function is specific, final, and ordinarily relates to the past. The executive function is specific, of administering public affairs and enforcing or carrying out the law.[26]

E como bem observa também Duguit, não se trata, aqui, de nenhuma distinção meramente formal, mas que toca o fundamento mesmo do Direito[27] e daí o advertir Hatschek que "dessa distribuição de competências, dessa perfeita demarcação entre legislação, administração e justiça, depende a própria existência do federalismo".[28]

Nem se alegue que estamos versando princípios conhecidos, noções elementaríssimas de Direito Público, pois cumpre advertir, mais uma vez, que tais noções vêm sendo totalmente desconhecidas ou menosprezadas, na discussão do caso sob consulta, e ainda mais, que êsse desconhecimento, justamente porque versa sôbre algo fundamental para todo o ordenamento jurídico, pode levar aos resultados mais absurdos, tal como vem justamente sucedendo com essa intervenção ostensiva e deliberada do Legislativo Municipal em assunto de exclusiva competência do Executivo.

IV — *A essência do princípio da harmonia e independência dos poderes*

8. Dissemos que a nítida discriminação entre as funções estatais, normativa, administrativa e jurisdicional, é algo que toca à própria essência do Direito Público, e, portanto, de todo e ordenamento jurídico.

De fato, nela repousa, como já se acentuou, o princípio da separação dos poderes, cuja importância, tanto para o pensamento político moderno, como para a organização dos sistemas de govêrno democrático, desde as monarquias constitucionais até o presidencialismo, forma extrema de sua aplicação, a ninguém é lícito desconhecer.

E em que, afinal, consistirá êsse tão famoso e discutido princípio, tão solenemente proclamado por nossas Constuições, de vez que se erige, realmente, em alicerce dos sistemas presidencialistas, e daí impor-se, como já se viu, também às esferas estadual e municipal? Qual a sua essência quais o seu conteúdo e extensão? Por outras palavras: qual a sua verdadeira formulação? Significará porventura que os três clássicos poderes do Estado — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário — devam organizar-se e funcionar como compartimentos absolutamente estanques, sem nenhuma relação, influência, colaboração, uns com os outros? Poderá o princípio formular-se de modo absoluto, dogmático, irrestrito? Ou, por outras palavras, consistirá sòmente, ao lado de uma clara distinção material das funções do Estado, e dos órgãos incumbidos de seu desempenho, numa certa colaboração entre êsses órgãos, e mesmo

25 V. Willoughby, *On the Constitution of the United States*, 1929, vol. III, págs. 1.616 e segs.

26 V. H. E. Willis, *Constitutional Law of the United States*, 1935, pág. 131.

27 Loc. cit., pág. 306.

28 V. *Deutsches und preussischen Staatsrecht*, 1922, vol. I, pág. 75; Von solcher Kompetenzverteilung hängt das Sein des Bundesstaats ab. Fehl sie, dann existiert nicht kein Bundesstaat, sondern nur ein Einheitsstaat".

num contrôle, numa fiscalização recíproca entre êles, no sentido de estabelecer-se um saudável equilíbrio político?

A resposta, é fácil perceber-se, decorre dos próprios têrmos empregados pela Constituição brasileira ao proclamá-lo, de vez que, tanto no art. 36, como em seu art. 7.º, fala-se em "harmonia e independência de poderes", não se adotando a expressão tradicional, que poderia conduzir a equívocos, não obstante as clássicas ressalvas e observações do próprio Montesquieu.

Também os maiores expoentes do pensamento jurídico contemporâneo — e entre êles poderíamos desde logo mencionar Dabin, Esmein, Carré de Malberg, Kelsen, Duguit, Schmitt, Willoughby, Posada, e tantos outos,[29] são unânimes em acentuar a impossibilidade de uma separação absoluta dos poderes e a necessidade de uma ligação orgânica, de colaboração e compreensão entre os órgãos do Estado. Daí, como bem observa Lans Duret, aparecer a doutrina da separação dos poderes, nas Constituições contemporâneas, consideràvelmente alterada e restringida por numerosas exceções.[30]

De um modo geral, pode se afirmar que a teoria da separação de poderes, tal como delineada nos sistemas constitucionais vigentes, especialmente na doutrina e na prática dos países presidencialistas, consiste não em uma separação absoluta, estrita, mas em um arranjo mediante o qual, pela distribuição das competências, e pela participação parcial de certos órgãos estatais nas tarefas de outros, êsses órgãos estatais, isto é, os chamados poderes, controlam-se e limitam-se recìprocamente, a fim de que se estabeleça aquêle sistema de equilíbrio político a que os inglêses denominam sistema de "freios e contrapesos", "reservas", "contrôles recìprocos" (*checks and balances, reserves, checks and controls*), esbôço que constitui a essência, a linha mestra de desenvolvimento do sistema constitucional inglês, ao longo dos vários séculos de sua elaboração, e que visava, justamente, estabelecer o equilíbrio político entre os poderes do Rei e os do Parlamento, assecuratório do govêrno, do povo e das liberdades públicas.

Daí, como bem acentua Friedrich, a conclusão fundamental de que, tal como corretamente entendida e hoje universalmente aplicada (sistema de freios e contrapesos), a doutrina da separação de poderes exige que, depois de atribuir-se a uma pessoa ou órgão o exercício principal de uma função do Estado, tenha-se o cuidado de estabelecer uma participação de menor importância, nessa mesma função, de outras pessoas ou órgãos.[31]

Longe, portanto, de uma separação absoluta dos poderes, o que, na realidade ocorre, especialmente nos países presidencialistas,[32] é uma co-participação dêles nas tarefas uns dos outros, uma coordenação de esforços de todos na tarefa final comum.

Exemplo típico dessa co-participação podemos encontrar na própria elaboração da lei, na qual, embora haja preponderância do Legislativo, relevante é a intervenção do Executivo, eventual-

---

29 V. Dabin. *Doctrine Générale de l'État*, 1939, págs. 151 e segs.; Esmein, *Élements de Droit Constitutionnel*, 1921, vol. 1, págs. 772 e segs.; Carrè de Malberg, loc. cit., págs. 776 e segs.; Duguit, loc. cit., vol. II, págs. 682 e segs.; Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 1934, págs. 211 e segs.; Willoughby, loc. cit., vol. III, págs. 1.616 e segs.; Cooley, *Constitutional Limitations*, 1890, págs. 46 e segs.

30 V. *Derecho Constitucional Mexicano*, 1947, pág. 148.

31 V. Carl Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, 1946, pág. 182.

32 No parlamentarismo autêntico, de que é protótipo o sistema inglês de govêrno, mal se pode falar em separação de poderes, e grande número de eminentes autoridades, dada a marcada preponderância do Parlamento, negam, mesmo, a existência de tal separação.

mente através da iniciativa e do veto, e normalmente através da sanção, promulgação e publicação da lei.

Em nosso regime, numerosas se apresentam essas intervenções de cada poder na esfera principal de atuação dos demais poderes.

Assim, por exemplo, o Legislativo intervém muitas vêzes na esfera teòricamente do Executivo, já influindo na própria formação dêste, já interferindo na esfera teòricamente de sua competência, já exercendo sôbre êle algum contrôle, fiscalizando-lhe ou limitando-lhe a ação (v. Constituição federal, arts. 10, 22 e 77, 26 § 1.º, 63 98, 103, 40, 41, n.º IV; 53, 59, ns. I e II; 66, n.º VIII; 87, n.º XVII; 54 e 91, n.º IV; 63, 65, n.º I; 63, 66, ns. I, II e III; 85, 87). O mesmo Legislativo pode influir na organização do Judiciário ou, de certo modo, interferir na esfera de ação teòricamente de competência dêste (v. Constituição federal, arts. 98, 105, 106, 115, 119, 122; 5.º n.º XIV e 66, n.º V; 98 e 103; 59, n.º I e 62 a 45).

Do mesmo modo, ao Executivo é lícito interferir na esfera teòricamente de competência do Legislativo, ora exercendo funções de caráter essencialmente normativo, ora limitando ou controlando a ação do Legislativo (v. Constituição federal, arts. 10 e 39; 67, §§ 1.º e 2.º; 70; 87, n.º I; 61, 76, § 1.º, 87, n.º I) e até mesmo do Judiciário (Constituição federal, arts. 99, 103 e 110; 87, n.º XIX).

Finalmente, importantíssimas se apresentam, em nosso regime, as intervenções do Poder Judiciário controlando ou limitando a ação do Legislativo e do Executivo, através principalmente do contrôle da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo (Constituição federal, arts. 8.º, 141, § 4.º, 101, n.º III e 200), e ainda, por fôrça de outros dispositivos constitucionais, praticando atos que, teòricamente, pertenceriam à esfera de atribuições do Legislativo ou do Executivo (Constituição federal, arts. 97, n.º II; 123, § 2.º, 97, n.º II).

Eis aí como nosso Direito Constitucional organizou uma divisão das funções do Estado entre os três poderes, não absoluta, mas relativa, não uma verdadeira separação, mas antes uma coordenação, num jôgo de influências e limitações recíprocas entre os órgãos estatais, um sistema de equilíbrio político através do qual se obtém, ao mesmo tempo, especialização nas diferentes funções, para maior eficiência no desempenho das diversas tarefas do govêrno, proteção mais efetiva da liberdade, e uma realização mais aprimorada do Estado de Direito.

Não ocorre aqui uma "confusão de poderes", como apressada e errôneamente julgam muitos autores, pois a cada categoria de órgãos (legislativos, executivos, judiciários) continuam cabendo, como função principal, tarefas de uma determinada natureza (normativa, administrativa, jurisdicional). Apenas em caráter secundário aos órgãos legislativos, executivos ou judiciários se assinalam competências que, teòricamente, deveriam caber a órgãos de outra natureza, como apenas excepcionalmente se estabelecem tarefas comuns a mais de uma categoria de órgãos. E é justamente nessas exceções, nessas tarefas e intervenções secundárias, ou participações menores, que reside o contrôle recíproco dos poderes, vale dizer, o sistema de equilíbrio, de freios e contrapesos, objetivo visado pelo legislador constituinte, na esteira das idéias de Montesquieu e dos clássicos da ciência política, ou da inspirada sabedoria política dos modernos sistemas constitucionais.

De advertir-se, ainda aqui, que todos êsses numerosos casos de exercício de uma função por um órgão estranho a essa função, constituem, realmente, outras tantas exceções mais ou menos numerosas, mais ou menos especiais, mais ou menos justificadas ao princípio da separação dos poderes. Mas, como pondera Hauriou (citado neste ponto por Dabin) "deixemos que cada um dos poderes públicos colecione funções as mais variadas, pois nessa par-

ticipação nada há de oposto à separação dos poderes; ao contrário, o verdadeiro princípio é o de que os poderes públicos, separados enquanto constituem operações da vontade, participam, em larga escala, das mesmas funções".[33]

9. Êsse sistema, em que poderes diferentes co-participam nas tarefas uns dos outros, ou em que cada poder desempenha, em certa medida, funções ou atos estranhos à natureza específica de suas funções (por exemplo, o Legislativo processando e julgando o Presidente da República, ou aprovando nomeações feitas por êste; o Executivo vetando projetos de lei, exercendo o poder regulamentar, ou concedendo indultos ou comutações de penas; o Judiciário controlando a constitucionalidade de leis e atos administrativos, nomeando seus funcionários ou emitindo decisões com fôrça normativa), êsse sistema, repetimos, vai estabelecer, no Direito Público moderno, uma distinção também fundamental, na esfera da competência de cada poder, a saber, entre funções principais, ou normais, e funções secundárias, ou anômalas.

Funções normais de cada poder serão aquelas que naturalmente assinalam sua própria natureza (assim, função normal do Legislativo é legislar, isto é, praticar atos de caráter normativo do Executivo é executar a lei, administrar, através de atos administrativos, e finalmente, do Judiciário é dirimir litígios, através de atos jurisdicionais), e funções excepcionais, ou anômalas, a prática de atos que, pela sua própria natureza, corresponderiam à competência específica, genérica, de outro poder (assim, quando o Legislativo interfere na esfera da administração ou da justiça; o Executivo, na da legislação ou da justiça, e o Judiciário, na esfera da legislação ou da administração).[34]

10. O grande interêsse prático dessa distinção — e vamos atingindo, assim, o âmago do problema sob consulta — reside nos seguintes princípios fundamentais, assinalados pela generalidade dos autores que têm versado a matéria:

1.º) nos países de Constituição rígida, sòmente ao Poder Constituinte, isto é, à Constituição, é lícito estabelecer competências secundárias ou anômalas.

Realmente, se a Constituição proclama o princípio da separação de poderes como regra geral (art. 36); se exige a aplicação dêle nos Estados e nos Municípios, sob pena de intervenção federal (arts. 7.º e 18) e mesmo que não o fizesse, se estabelece, ao lado dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, um sistema, uma distribuição de competências (arts. 37 e segs.; 78 e seguintes e 94 e segs.), indelegáveis por fôrça da própria rigidez constitucional, e até mesmo por disposições constitucionais expressas, como sucede entre nós (v. art. 36, § 1.º), é evidente que a criação, reconhecimento ou exercício, seja por lei ordinária, seja por ato administrativo ou jurisdicional, de uma competência anômala, importaria em reforma ou emenda constitucional, fora do processo constitucionalmente previsto para tal fim (art. 217) e, portanto, em flagrante inconstitucionalidade.

As exceções ao princípio da harmonia e independência dos poderes, isto é, aquelas competências anômalas, aquelas participações a título secundário, de cada poder na esfera teòricamente de competência dos outros poderes, sòmente serão admissíveis, portanto, quando a Constituição as estabeleça, ou claramente as permita, e nos estritos têrmos em que o fizer.

---

33 V. Dabin, loc. cit., pág. 287, e ainda João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*, 1924, pág. 1.619.

34 V. a respeito, especialmente, Dabin, Hauriou, Friedrich, Schmitt e Barbalho, nas obras citadas, e também a magnífica tese do eminente juiz e professor José Frederico Marques, *Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, 1952.

Não é lícito, portanto, seja ao legislador ordinário, seja aos agentes executivos, aos juízes ou aos intérpretes, criarem novas exceções ao princípio constitucional geral da separação dos poderes e da indelegabilidade das competências, estabelecendo novas participações secundárias, violadoras daquele princípio.

Assim, salvo disposição constitucional expressa, aos órgãos legislativos competirá, natural e normalmente, legislar; aos órgãos executivos, administrar, isto é, executar a lei através de atos administrativos, atos de alcance individual e concreto; aos órgãos judiciários competirá normalmente julgar, pôr fim a situações litigiosas, declarar o direito duvidoso, através de atos jurisdicionais.

Daí a necessidade imperiosa, em casos duvidosos, de distinguir-se perfeitamente a natureza do ato, e verificar-se cuidadosamente se êle corresponde, por fôrça de algum dispositivo constitucional, a alguma função excepcional ou anômala, antes de qualquer juízo sôbre a questão da competência para praticá-lo.

A doutrina acima, que corresponde exatamente aos esquemas constitucionais presidencialistas, como o norte-americano e o brasileiro, tem sido exposta, nos Estados Unidos, pelos expoentes do Direito Público como, por exemplo, o insigne Willoughby:

Thus, it is not a correct statement of the principle of the separation of powers to say that it prohibits absolutely the performance by one department of acts which, by their essential nature, belong to another. Rather, the correct statement is that a department may constitutionally exercise any power, wharever its essential nature, which has, by the Constitution, been delegated to it, but that it may not exercise powers not so constitutionally granted, which, from their essential nature, do not fall within its division of governmental functions, unless such powers are property incidental to the performance by it of its own appropriate funcions.[35]

Ou, em vernáculo: o princípio da separação dos poderes não proíbe a prática, por um poder, de atos que, pela sua natureza essencial, pertençam a outro. Antes, sua correta formulação consiste em afirmar-se que a um poder é lícito, constitucionalmente, exercer qualquer direito ou faculdade, seja qual fôr sua íntima natureza, desde que assim o estabeleça a Constituição. Não poderá, todavia, exercer poderes que lhe não hajam sido constitucionalmente outorgados, os quais, por sua essencial natureza, não recaiam na sua esfera de funções governamentais, salvo se tais poderes forem claramente implícitos, inerentes à execução de suas próprias funções.

Longe iríamos, alinhando aqui as lições idênticas de clássicos como Cooley, Black, ou, modernamente, de autoridades como Burdick, Willis, Munro e outros,[36] o que se nos afigura supérfluo às finalidades dêste modesto trabalho.

Notemos que essa é, também entre nós, a doutrina do maior comentador da nossa primeira Constituição, o emérito João Barbalho,[37] e ainda recentemente doutrina Carlos Maximiliano: "em muitos casos, não se inquire se uma atribuição é legislativa, executiva ou judiciária, e, sim, a qual, dos três poderes a Constituição a outorgou, implícita ou explìcitamente",[38] sendo apenas de lamentar-se que, preocupados com dissertações históricas, hajam nossos comentadores negligenciado a formulação verdadeiramente científica da natureza e do alcance do princípio cons-

35 Loc. cit., vol. III, pág. 1.619.

36 V. Cooley, loc. cit., pág. 46; Burdick, *The Law of the American Constitution*, 1922, pág. 139; Willis, *Constitutional Law of the United States*, 1947, pág. 176; Munro, *The Government of the United States*, 1947, págs. 59 e segs.

37 Loc. cit., pág. 1.619.

38 V. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, pág. 408.

titucional da harmonia e independência dos poderes.

2.º) Outro princípio, também fundamental na matéria, é o de que, se o ato ou função em causa não configurarem competência excepcional ou anômala de algum dos poderes, expressamente prevista na Constituição, a competência para o seu exercício caberá àquele poder ao qual corresponda a natureza específica de tal ato ou função.

Esta conclusão decorre, ainda, da própria organização geral dos poderes e de sua competência constitucional, tais como estabelecidas na Constituição, as quais, como já se viu, inspiram-se justamente na discriminação ou divisão material das funções estatais.

Assim, *v. g.*, se o ato ou função fôr de natureza normativa, e evidenciado estiver que êle não constitui objeto de competência anômala, estabelecida na Constituição, òbviamente recairá na esfera de atribuições do poder ou órgão legislativo, como competência normal dêste.

É o que ressalta de modo claro, evidente, de todo o até aqui exposto, e das lições transcritas dos grandes constitucionalistas.

Em caso de dúvida, portanto, deve o intérprete, em primeiro lugar, examinar a natureza essencial do ato ou função — se normativa, administrativa, ou jurisdicional, — averiguando, em seguida, se o ato ou função corresponde a qualquer competência anômala, expressamente estabelecida na Constituição, ou que claramente decorra de competência definida em algum dispositivo constitucional, ou seja, a ela inerente.

Na hipótese negativa, deverá atribuir a competência para a prática do ato, ou exercício da função, àquele poder ao qual corresponda a natureza específica dos mesmos, integrando-se destarte o ato ou a função na esfera da competência normal dêsse poder.

11. Passando por alto, *brevitatis causa*, sôbre indagação não menos interessante, qual a de inquirir-se em que consistiriam a harmonia e independência dos poderes, a que se refere a Constituição federal, cumpre apenas assinalar, como o fazem os autores, que a independência de um poder manifesta-se, no presidencialismo, sob o tríplice aspecto de sua origem, de sua estabilidade e de suas prerrogativas.

Em sua origem, porque fora dos têrmos expressos da Constituição, nenhum poder deverá depender de outro na criação de seus órgãos, de vez que todos, em pé de igualdade, derivam da soberania nacional, desta recebendo o próprio ser e as próprias prerrogativas; em sua estabilidade, porque inadmissível seria, e incompatível com aquela origem comum e com aquela igualdade, que aos poderes fôsse lícito suprimirem-se ou restringirem-se recìprocamente, uns aos outros, em sua existência; e finalmente em suas prerrogativas porque, como há pouco se viu, no exercício da própria competência, isto é, daquelas faculdades que lhes assinala a Constituição, não pode, cada um, ser impedido, embaraçado, coarctado ou restringido pela ação de outro.

Na magnífica síntese de Black, independência recíproca significará que, pràticamente, os três poderes do govêrno serão coordenados e de igual dignidade, cada um supremo dentro de sua esfera de competência, nenhum podendo usurpar competências assinaladas a outro, nem tentar, outrossim, controlar ou restringir a ação de outro:

Pratically this means that the three departments of government are co-ordinate and of equal dignity, each supreme within its sphere, and that neither may usurp powers belonging to the other, invade the province of the other, or attempt to control or restrain the action of the other".[39]

Ou ainda, como acentua entre nós Eduardo Espínola, a independência consiste em não subordinar-se nenhum poder a outro, em exercer cada poder, ple-

39 Loc. cit., pág. 92. No mesmo sentido Willoughby, loc. cit., pág. 1.618. Entre nós, v. Sampaio Dória, *Os Direitos do Homem*, 1949, pág. 136.

namente, sem influência estranha, e sem obstáculo, as suas próprias funções, tais como traçadas na Constituição.[40]

Quanto à "harmonia", resultará, por sua vez, da própria cooordenação, do próprio respeito, da própria colaboração resultante do exercício realmente independente das funções de cada um. A fiscalização recíproca, nos limites das próprias atribuições, aquelas "resistências pacíficas para salvaguarda das liberdades públicas", a que se refere Esmein (aludindo às competências anômalas), não destroem, antes consolidam a independência e a harmonia, uma vez, é óbvio, que cada poder se contenha nos exatos limites de sua atuação, tal como traçados pela Constituição. E é justamente dêsse regime de "freios e contrapesos" que se deduz não existir superioridade jurídica de uns sôbre outros poderes.[41]

12. A perfeita compreensão dos princípios até agora expostos, relativos à divisão das funções estatais e ao sistema de harmonia e independência dos poderes, tal como delineado em nossa Constituição, e especialmente a exata discriminação entre a esfera de competência normal de cada poder, e a de suas competências anômalas ou excepcionais, lançará, certamente, maiores luzes sôbre o problema da competência do Legislativo e do Executivo em matéria de concessões de serviços públicos — o qual, seja-nos relevada a observação, vem sendo colocado em têrmos de absoluta confusão, de total desconhecimento daqueles princípios, nos debates até agora travados sôbre a matéria.

Realmente, como já se viu, a atividade normativa do Estado (legislação) é fundamentalmente diversa, por sua natureza, de sua atividade administrativa (execução), a primeira concretizando-se através da elaboração de normas gerais e impessoais, ao passo que e segunda corporifica-se em atos de alcance individual e concreto, que criam, modificam ou restringem direitos subjetivos. Por outras palavras: a primeira configurando-se em mandatos ou decisões gerais, a segunda em mandatos ou decisões individuais, como preferem dizer alguns autores.[42]

Essa distinção, voltamos a insistir, é fundamental, não apenas para a compreensão do problema em foco, mas também para a maioria dos mais importantes temas de Direito Constitucional e Administrativo, e poderá ser perfeitamente entendida mediante simples exemplos.

Tomemos o da criação de um serviço público, por exemplo, de uma Universidade. Evidentemente o ato criador, que só pode ser a lei, ao fazê-lo deverá estabelecer as normas gerais de sua existência, organização e funcionamento. Aí hão-de forçosamente incluir-se as suas finalidades, os cursos que deverá ministrar, com as respectivas organizações, o *curriculum* de cada um, os recursos financeiros de que a futura Universidade deverá dispor. Criará a lei, outrossim, os quadros do pessoal de caráter técnico, administrativo e burocrático, fixando os direitos e deveres especifos dos respectivos titulares,[43] etc..

Ter-se-á, aí, um conjunto de normas de caráter geral, mandatos ou decisões gerais, impessoais, eis que não criaram, não modificaram nem extinguiram quaisquer direitos subjetivos, constituindo

40 V. *A Nova Constituição do Brasil*, pág. 244.

41 V., a respeito, os autores e obras citados, e ainda Ranelletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1937, págs. 327 e segs.; Barthélémy-Duez, *Princípes de Droit Public et Constitutionnel*, 1933, págs. 694 e segs.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de* 1946, vol. II, págs. 44 e segs.; Carlos Maximiliano, loc. cit., vol. II, págs. 77 e segs.

42 V., por exemplo, Friedrich, loc. cit., págs. 180 e 181; Duguit, *Traité*, cit., vol. I, págs. 138 e segs.

43 V. a respeito, por exemplo, os decretos estaduais ns. 39, de 3 de setembro de 1934; decreto-lei n.º 12.511, de 21 de janeiro de 1942; n.º 6.283, de 25 de janeiro de 1934.

apenas o regime jurídico da futura Universidade, que apresenta, ainda, uma existência meramente legal.

A quem competirá, na base da lei, com fundamento nesses dispositivos, e agora mediante atos de alcance individual e concreto isto é, mandatos ou decisões individuais, transformar essa realidade meramente jurídica numa realidade cultural, numa instituição[44] viva e atuante? Quem deverá propor e efetivar desapropriações, ou adquirir imóveis para instalação dos institutos, organizar concursos, nomear ou contratar professôres e funcionários, examinar e admitir alunos, estabelecer a ordem interna dos serviços, assegurar, enfim, o seu regular funcionamento, mediante tôda uma série multiforme de atos e providências de alcance individual e concreto, desde as de ordem mais geral, até as de pura vida interna da instituição? A quem incumbirá essa missão de execução da lei, mui diversa, em sua própria essência, da ação legislativa, pois é uma tarefa ininterrupta, viva, de captação, a cada momento e em cada conjuntura, do sentido do interêsse público, da conveniência, da oportunidade, da adequação de meios e fins, a exigir, daqueles a quem é confiada, uma permanente e perspicaz atuação criadora, a revelar-se em cada ato, providência ou medida, cada um capaz de criar ou modificar direitos, situações ou interêsses concretos, de aproximar ou de afastar a instituição dos seus verdadeiros fins, de dar maior ou menor realidade aos intuitos do legislador?

Evidente, àquele poder ao qual incumbe a execução da lei, ao qual incumbe administrar, àquele que, na linguagem da Constituição, compete dar à lei "fiel execução":[45] ao Poder Executivo e aos órgãos dêle dependentes.

E convém salientar que, antes mesmo dessa tarefa administrativa, cumpre também ao Executivo estabelecer a legislação de detalhe, isto é, aquelas normas gerais que, na base da lei, e a esta inferiores, são, todavia, também necessárias à sua perfeita execução — os regulamentos. O Executivo desenvolve aqui, como o Legislativo, por fôrça de dispositivo constitucional expresso, uma atividade tìpicamente normativa, embora hieràrquicamente inferior à de elaboração das normas legais.[46]

Ora, *ex vi* do princípio da separação de poderes, tal como consagrado na Constituição, é evidente que a prática de qualquer daqueles atos administrativos, pelo Poder Legislativo ou pelo Judiciário, sòmente seria de admitir-se, como já se viu, no caso de competência excepcional ou anômala, expressamente prevista pela Constituição ou, nos âmbitos locais, ao menos com apoio analógico em algum dispositivo constitucional.

Fora daí, qualquer intervenção dos mencionados poderes na esfera da execução da lei apresentar-se-ia flagrantemente inconstitucional, por afronta ao princípio da harmonia e independência dos poderes, que a Constituição erige, segundo já se verificou, em base da

---

44 Convém advertir que utilizamos aqui os vocábulos "cultura" e "instituição" no puro sentido filosófico e sociológico, tais como correntes na moderna filosofia e sociologia da cultura.

45 V. Constituição federal, art. 41.

46 V. Constituição federal, art. 87, n.º I; Constituição estadual, art. 43, *a*. A Lei Orgânica dos Municípios não se refere expressamente ao poder regulamentar, no art. 52, mas no art. 103, n.º II, menciona expressamente o registro dos regulamentos, instruções e portarias.

Quanto à natureza e âmbito dos regulamentos, v. especialmente Kelsen, *Teoria General del Estado*, 1934, pág. 307; Hatschek, *Lehrbuch des deutschen und preussichen Verwaltungsrecht*, 1927, págs. 50-51; Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, págs. 49-52, e a nota 3, págs. 17 e segs. de nosso trabalho *O Estatuto dos Funcionários e a Autonomia Municipal*, São Paulo, 1947.

nossa organização presidencialista federal, estadual e municipal.

Evidentemente não é de exigir-se, por impraticável, que a Constituição federal, a estadual, ou a Lei Orgânica estabeleçam expressamente, ao traçarem a competência do Executivo, tôdas as espécies, tipos ou modalidades de atos de execução, indispensáveis à complexa e difícil tarefa de aplicação da lei. É bem verdade que às vêzes o fazem, em se tratando daqueles mais típicos, ou de maior freqüência e importância para a Administração,[47] mas em rigor isso mesmo seria desnecessário, eis que a simples vigência do princípio da separação dos poderes, de um lado, e a atribuição expressa, ao Executivo, da competência genérica para executar fielmente a lei, de outro, são suficientes para estabelecer-se o critério geral de atribuição e discriminação da competência entre os poderes, em cada caso.

V — *Legislação e Administração nas Concessões de Serviço Público*

13. Aplicadas agora essas observações à concessão de serviço público, verificar-se-á desde logo que também esta comporta, fundamentalmente, essa distinção entre o normativo e o administrativo, entre a esfera dos mandatos gerais e impessoais e o dos atos de alcance individual e concreto, enfim, entre legislação e administração.

Em que consistirá, nas concessões, a esfera da normatividade, bàsicamente de competência do Legislativo?

Evidentemente, naquelas normas — e quem diz "normas" diz geral e impessoal, — que consubstanciam o seu "regime jurídico", aquilo que o insigne Gastão Jèze denominou "situação jurídica geral", e cujos caracteres essenciais êle resume com aquela maestria que lhe outorgou, com inteira justiça, a fama de o maior, talvez, dos modernos mestres de Direito Administrativo:

Les pouvoirs dont sont investis les individus sont de deux sortes: 1.º *généraux ou impersonnels;* 2.º *individuels.*

Il y a d'abord les pouvoirs juridiques généraux, impersonnels; ce sont ceux qui appartiennent à tous les individus qui se trouvent dans les mêmes conditions de fait. Exemples: les pouvoirs juridiques relatifs à la propriété d'une maison sont les mêmes, quel que soit le propriétaire. Il n'y a pas des pouvoirs de propriété organisés pour X et des pouvoirs de propriété différents organisés pour Y. Le régime juridique de la propriété est le même pour tous les propriétaires d'une même catégorie de choses. Ce sont donc des pouvoirs juridiques généraux, impersonnels. Ce sont des situations juridiques générales, impersonnelles, objectives.

De même, les pouvoirs juridiques dont sont investis les fonctionnaires publics d'une même catégorie: juges, préfets, maires, etc. sont les mêmes, quel que soit l'individu investi de la fonction de maire, de juge, de préfet. Il n'y a pas de pouvoirs de préfet organisés pour X, et des pouvoirs de préfet différents organisés pour Y. Le régime juridique

---

47 O art. 65, n. IX, da Constituição federal, declara competir ao Congresso Nacional "legislar . . . sôbre tôdas as matérias de competência da União" (competência genérica). As alíneas I a VIII do mesmo artigo contêm, entretanto, matéria de caráter normativo. Só ao excesso de zêlo, ou temor de dúvidas, pode-se atribuir êsse deslize de técnica legislativa. O art. 66 atribui ao Congresso competências anômalas, pois o caráter político-administrativo ou jurisdicional das medidas ali mencionadas é evidente.

Do mesmo modo, a enumeração dos atos de competência privativa do Presidente da República, constante do art. 87 da Constituição, ns. I a XIX, está longe de abranger a multiplicidade de atos de Administração, que recaem na esfera de sua competência. Por exemplo, em relação aos funcionários públicos fala-se, ali, apenas no provimento dos cargos (al. V). Inútil buscar-se, pois, no art. 87, tudo o mais, relacionado com o funcionalismo — promoções, remoções, poder disciplinar, demissão etc. Sustentaria alguém o absurdo de que essa omissão pudesse importar na incompetência do Executivo e, daí, na competência do Legislativo ou do Judiciário?

de la fonction de juge, de préfet, de maire est le même pour tous les juges, tous des préfets, tous les maires. — Les pouvoirs juridiques dont est investi le chef de l'Exécutif, le Président de la République, sont les mêmes quel que soit l'individu investi de la fonction présidentielle: ils ne sont pas organisés pour le président X. Ce sont les pouvoirs qu'exerceront sucessivement tous les Présidents qui se succéderont. Ce sont donc des pouvoirs généraux, impersonnels, objectifs. Ce sont des situations juridiques générales, impersonnelles, objectives.

E prosseguindo, com a mesma clareza:

Il ne suffit pas de faire la distinction des situations juridiques en générales et individuelles: il faut préciser le "criterium" auquel on les reconnaît.

Quatre caractères essentiels marquent la situation juridique générale, impersonnelle, objetive. A vrai dire, ce sont des conséquences d'un même caractère: le caractère général, impersonnel, objectif.

Cette situation juridique est: 1.º *générale, impersonnelle;* 2.º *permanente;* 3.º *modifiable par lo loi;* 4.º *non susceptible de renonciation générale.*

La situation juridique générale, impersonnellle est la même pour tous les individus que se trouvent dans les mêmes conditions de fait. C'est là un point capital. L'acte juridique qui la crée, l'organise et la règlemente est nécessairement une loi, un règlement; l'essence de la loi ou du règlement est de formuler des régles générales impersonnelles, objectives, c'est pourquoi on peut appeller les situations juridiques générales et impersonnelles, des situations légales ou règlementaires. Ces sont des termes synonymes.

Par exemple, le pouvoir électoral — que l'on appelle souvent droit de vote, droit de suffrage — est une situation juridique générale, impersonnele, légale ou réglementaire. Elle est la même pour tous les individus qui remplissent les conditions de fait énumerées par la loi. Elle est crée exclusivement par la loi. Le contenu de ce pouvoir est exclusivement déterminé par les lois et règlements.

De même, la compétence d'un fonctionnaire — ce qu'on appelle parfois les droits et les attributions d'un fonctionnaire — est une situation juridique générale, impersonelle, légale ou réglementaire. Elle est la même pour tous les individus investis d'une certaine nature de fonction publique. Elle est crée par la loi. Et cette compétence a un contenu déterminé exclusivement par les lois et règlements.

De même, la capacité de la femme mariée, du père, est une situation juridique générale et impersonnelle, légale. Elle est la même pour toutes les femmes mariées, pour tous les pères. Elles est crée par la loi; son contenu est exclusivement déterminé par la loi.

On fera le même raisonnement pour le droit de propriété, pour le doit de tester, etc. [48]

Ora, é fácil perceber que nas concessões de serviços públicos essa situação jurídica geral, êsse "conteúdo legislativo", como o denomina Jèze, compreenderá, primeiro, os lineamentos, a própria definição jurídica do instituto, com as normas que lhe fixarão a essência e os traços fundamentais; a determinação das condições básicas de existência e funcionamento do serviço; os requisitos essenciais do próprio serviço, no tocante à qualidade e à quantidade; direitos e deveres do concessionário, inclusive a taxa de remuneração; critérios gerais para o cálculo e fixação das tarifas, e normas gerais a que deverão obedecer as suas revisões; casos e condições de rescisão, encampação, reversão e ocupação do serviço; normas gerais de fiscalização, sanções e outras penalidades por infração da lei ou do contrato; normas relativas à disciplina do pessoal do con-

48 V. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1925, vol. I, págs. 10 e 13.

cessionário e suas relações com o público, etc.

Essa expressa, em normas gerais, a matéria de competência legislativa, como bem assinala Jèze, observando que o assunto não suscita qualquer dificuldade.[49]

Ao lado, entretanto, dessa situação normativa geral e impessoal, a outorga de concessões de determinados serviços a êste ou àquele particular, e a execução, pelos mesmos, de tais serviços, irão exigir, como no exemplo acima formulado, da criação de uma Universidade, uma série de atos de alcance individual, criadores ou modificadores de situações concretas, de direitos subjetivos, como, por exemplo, a própria outorga da concessão, com a assinatura de contratos; a fiscalização efetiva, a fixação e modificação das tarifas, para que os lucros do concessionário não ultrapassem nem fiquem abaixo das taxas de remuneração fixadas em lei e no contrato; imposição e cobrança de multas; exigências concretas relativas à quantidade e qualidade do serviço, rescisão, encampação e ocupação, dentro das condições estabelecidas em lei; solução de conflitos entre o concessionário e os usuários, adaptação dos serviços, em cada momento, às necessidades públicas, etc.

Êste nas concessões, o vasto campo da execução da lei confiado ao Executivo e aos órgãos dêle dependente. Realmente, se, por exemplo, a lei estabelece para o concessionário o direito a uma certa remuneração, digamos, 10% sôbre o valor do capital escriturado, ao Executivo cumprirá apenas, pela fiscalização contábil que exerce, calcular e fixar tarifas que assegurem ao concessionário aquela remuneração legal, evitando tanto a percepção de lucro inferior àquele a que tem direito, e pode exigir da Administração, como a de lucros excessivos, acima daquela remuneração, em prejuízo do público. Trata-se, aí, de mera ação administrativa, visando a situações concretas em cumprimento de normas gerais, preestabelecidas em lei e, como geralmente sucede, reproduzidas nos contratos.

Exemplo típico da aplicação prática dessa distinção vamos encontrar, entre nós, no Código de Águas (decreto-lei federal n.º 24.643, de 10 de julho de 1934). Aí se estabeleceu, em lei fundamental, o regime jurídico das concessões de aproveitamento de águas e de energia hidrelétrica, bem como produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica. Trata-se de normas gerais, aplicáveis a tôdas as emprêsas concessionárias do país, cuja execução, entretanto, fica a cargo do Executivo Federal, através da Divisão de Águas e Energia Elétrica do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (arts. 178 e seguintes).

Nem vemos como a outorga das concessões, a lavratura e assinatura dos contratos, a fiscalização das emprêsas, a fixação de tarifas, as exigências técnicas de interligações, extensões, etc., a imposição e cobrança de multas, etc., pudessem competir ao Congresso Nacional. A êste é lícito, sem nenhuma dúvida, modificar o Código, rever-lhe as normas e a orientação geral, alterar, enfim, o regime jurídico da eletricidade no Brasil. Nunca, porém, arrogar-se o direito de praticar aquêles atos de alçada constitucional do Executivo, tal como pretende estabelecer, entretanto, na esfera municipal, o Projeto n.º 132/56.

---

49 Loc. cit., pág. 94.

A Quarta Conferência Nacional de Advogados Argentinos, reunida em Tucuman, em julho de 1936, elaborou uma "declaração de princípios" sôbre as concessões que poderia consubstanciar as diretrizes fundamentais de uma lei, sôbre tão relevante matéria. Exemplo claro do normativo, a surgir na esfera doutrinária, quando o legislador falha à sua missão, tornando-se omisso em assuntos de alto interêsse político-administrativo (v. Alcides Greca, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, 1943, vol. III, págs. 213-216).

O mesmo deve-se dizer do regime jurídico das estradas de ferro, dos portos, das emprêsas de navegação marítima, aérea ou fluvial, dos telefones interestaduais e internacionais, enfim, dos serviços públicos federais em geral.

Daí as lições dos nossos publicistas, como esta, de Temístocles Cavalcânti, distinguindo perfeitamente êsses dois aspectos da concessão:

"Legislar significa, assim, criar as normas que disciplinam as atividades políticas e administrativas mencionadas expressamente na Constituição, em seu art. 5.º, n.º XX — compreendendo principalmente as leis materiais. Contrapõe-se, de alguma forma, aos primeiros números do art. 5.º (de I a XIV), onde se incluem especialmente as leis formais, isto é, as medidas de administração a cargo da União.

Muitas dessas atribuições são exclusivas do Congresso, dispensando até a sanção do Presidente da República, conforme pode-se verificar pelo art. 66 da Constituição (ns. I, II, III e V).

Outros atos relacionados no art. 5.º são da competência da União, mas praticados pelo Presidente da República, diretamente ou através de medidas ou autorizações legislativas.

Quando, porém, a Constituição se refere explicitamente à competência para "legislar", entende-se a função normativa, em sua significação material, compreendendo não só o Direito substantivo como também o formal, a menos que a aplicação da norma não se inclua na esfera privativa, na economia dos Estados e Municípios, mormente, como veremos, quando a Constituição conservou para os Estados a competência complementar ou supletiva".[50]

E mais recentemente, em parecer publicado por esta Prefeitura:

"A competência atribuída à União para legislar sôbre águas e energia elétrica é simplesmente normativa; a expressão "legislar sôbre" indica bem a natureza dessa competência, que se estende a tôda a matéria nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Por si só, entretanto, não autoriza o exercício da função executiva, disciplinada por outras normas e outros preceitos, como veremos".[51]

Outros valiosos depoimentos poderiam ser aduzidos, todos nesse sentido da clara distinção entre atividade normativa (legislativa) e administrativa (executiva), nas concessões de serviços públicos,[52] mas o que aí fica, demonstra perfeitamente o êrro em que se incide, quando se imagina que no poder de legislar se inclui o de intervir, por atos materialmente administrativos, isto é, de alcance individual e concreto, na execução dos serviços concedidos.

VI — *Competência normativa e administrativa nas concessões de serviço público*

14. Essa distinção geral entre competência normativa e administrativa encontra-se já claramente adotada na técnca de distribuição de matérias da Constituição federal, na discriminação da competência da União.

De fato, a um simples relance d'olhos pelo art. 5.º verifica-se que enquanto tôda a matéria de competência legislativa se acha contida sob o n.º XV, alíneas *a* a *r* (*verbis*: Compete à União... legislar sôbre...), já os assuntos de competência executiva se encontram enumerados nos ns. I a XIII. E é aí, justamente, que vamos encontrar o inciso n.º XII, relativo às concessões federais, quando se declara competir à União "explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones inter-

50 V. *Constituição Federal Comentada*, vol. I, págs. 85-86.

51 V. *A inconstitucionalidade das novas tarifas de energia elétrica*, pág. 40.

52 V. nosso trabalho: *Os Serviços Públicos de Eletricidade e Autonomia Local*, cit., págs. 90-126.

estaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado".

O legislador constituinte teve aí, nessa descriminação genérica de matérias, efetuada pela Constituição sob o critério da distinção material da competência, em normativa ou administrativa (ou "legislativa" e "executiva", na terminologia de muitos autores),[53] a clara intuição de que, em se tratando de concessões, é ao Executivo que compete outorgá-las, fiscalizá-las, etc., dentro, evidentemente, das normas gerais estabelecidas pela legislação prevista de um modo geral no art. 151, e especìficamente em algumas das alíneas em que se desdobra o inciso XV do art. 5.º (por exemplo, nas alíneas *a*, *i*, *j*, *k*).

Ora, ao mesmo tempo que a Constituição distingue, como a doutrina, entre competência normativa e competência administrativa, nas concessões, é evidente que atribui a primeira ao Poder Legislativo, quando estabelece competir ao Congresso Nacional "legislar sôbre tôdas as matérias da competência da União (art. 65, n.º IX), e a segunda ao Poder Executivo, quando dispõe competir ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução (art. 87),[54] e idênticos, tanto em suas provisões fundamentais sôbre o assunto, soa a nossa já se viu, os arts. 20 e 43 da Constituição do Estado.[55]

15. Mais explícita, ainda, pela redação adotada em suas provisões fundamentais sôbre o assunto, apresenta-se a nossa Lei Orgânica dos Municípios, o que não impediu, todavia, se lhe atribuísse a errônea interpretação, que vem dando margem a tantos equívocos.

E' verdade que em seu art. 16, que engloba a competência do Município — não, portanto, especìficamente, nem do Legislativo, nem do Executivo, mas do ente público territorial, — declare a Lei Orgânica "caber-lhe privativamente... a concessão de serviços públicos de caráter local e dos demais concernentes ao Município, respeitando o interêsse geral do Estado e dos outros Municípios" (art. 16, § 10, n.º V).

Daí a conclusão apressada de alguns, de que à Câmara assistiriam, em matéria de concessão, poderes totais — tanto normativos como administrativos, ou, na linguagem corrente, legislativos e executivos,[56] — o que absolutamente não se acha estabelecido no dispositivo transcrito, e nem se coaduna com o princípio da harmonia e independência dos poderes, nos têrmos até aqui expostos.

Se assim fôsse, como se pretende, lícito seria também à Câmara nomear, demitir, promover, licenciar funcionários do Executivo, pois no inciso seguinte da Lei Orgânica igualmente se declara competir tudo isso ao Município (art. 16, § 1.º, n.º VI) — aberração jurídica que, cremos, ninguém ousaria sequer fantasiar.

---

53 Entendemos preferível falar-se em competência normativa, administrativa e jurisdicional, no sentido objetivo, material (quanto à sua natureza) e em competência legislativa, executiva e judiciária, no sentido subjetivo (quanto ao respectivo sujeito, ao seu titular), pois é bem notório — e já se viu — que nem sempre coincidem essas distinções. Por exemplo, pode suceder que uma competência normativa seja excepcionalmente atribuída ao Poder Executivo (por exemplo, o poder regulamentar do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos), ou uma competência jurisdicional ao Congresso (julgamento do Presidente da República nos crimes políticos), etc.

54 Já vimos, longamente, em que consiste legislar (v. n.º 5, supra), e executar as leis (n.º 12, supra).

55 V. n.º 4, supra.

56 V. *Diário Oficial*, do Estado, de 23 de maio de 1956, pág. 60; *O Estado de São Paulo*, de 29 de maio de 1956, pág. 4.

Os poderes totais — é o que está dito no art. 16 — pertencem, como é fácil compreender-se, exclusivamente, ao Município, mas, exatamente como sucede na esfera federal e na estadual, a Lei Orgânica os distribui também entre o Legislativo (Câmara Municipal, art. 22) e o Executivo (Prefeito Municipal, art. 47), e isso justamente quando sancionado o princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes, como lhe cumpria,[57] prescreve no art. 32 que, "cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do Município", e no art. 52, em fórmula muito mais feliz que as da Constituição federal e estadual, determina que:

"Compete ao Prefeito:

1 — executar as leis do Município e dirigir a Administração pública".

Como se vê, quer em se tratando de concessões de serviços públicos, como em qualquer outra matéria atribuída à esfera de ação do Município pelo art. 16 da Lei Orgânica, à Câmara sòmente assiste uma competência normativa (legislativa), e ao Prefeito uma competência administrativa (executiva), cuja natureza e alcance ficaram já longamente esclarecidos, no decurso dêste modesto trabalho.

Não é em absoluto impreterível, portanto, a fim de justificar-se o ato do Prefeito, fixando tarifas de um serviço público concedido, que se aponte, no art. 52 da Lei Orgânica, discriminativa das matérias de sua competência, algum item que expressamente lho permita, como se está pretendendo [58] e isso simplesmente porque, como se acaba de verificar, tal competência específica decorre da competência geral para executar as leis e dirigir a Administração pública, que lhe é conferida não apenas pelo art. 52 da Lei Orgânica, mas ainda, e originàriamente, pelos arts. 36, 7.º e 28, n.º 1, da Constituição federal, e pelos arts. 71, n.º I e 76 da Constituição do Estado.

Realmente, ao fixar tarifas de um serviço público concedido, nada mais faz o Executivo que praticar um ato administrativo, um ato de alcance individual e concreto, um ato de execução de uma lei preexistente, que determinou prèviamente a taxa de lucros do concessionário, a remuneração a que tem direito, dispositivo legal êsse que também se costuma reproduzir nos contratos de concessão, a concretizar aquilo que os modernos tratadistas denominam a "equação financeira" do contrato.

Êsse ato de execução, isto é, o cálculo e a fixação das tarifas (preço do serviço) pelo Executivo, constitui mera providência destinada a assegurar ao concessionário um lucro líquido (remuneração) nem superior, nem inferior à taxa estabelecida em lei, e daí a necessidade de uma fiscalização contábil eficiente e ininterrupta, tomadas de contas, etc., as quais irão permitir êsse constante reajustamento das tarifas, para mais ou para menos, a fim de que o público não pague ao concessionário, afinal, uma taxa de remuneração superior ou inferior à estabelecida na lei e no contrato.

16. E' possível — e isso já tem sucedido com muita freqüência, entre nós, — que um serviço público concedido se execute sem essa determinação legal ou contratual da taxa de remuneração, seja porque essa determinação nunca tenha existido, seja porque a inicialmente estabelecida haja sido invalidada por disposições constitucionais ou de leis ordinárias posteriores, com efeito retroativo.

---

57 V. n.º 3, supra.

58 V. *Manifesto dos Vereadores*, em *O Estado de São Paulo*, de 29 de maio de 1956, pág. 4; *Diário Oficial*, do Estado, de 23 de maio de 1956, pág. 60.

O mesmo argumento, se aceito, excluiria a competência da Câmara para legislar sôbre as matérias do art. 16, e inutilizaria o disposto no art. 22, pois, no art. 34 também não é reproduzida a pauta de matérias de competência do Município. O absurdo, como se vê, seria clamoroso.

E' o que sucede, atualmente, com os serviços locais de gás e de telefone, os quais, segundo temos reiteradamente sustentando,[59] são hoje executados pelos respectivos concessionários sem determinação legal da taxa de remuneração, pois a existente por fôrça dos respectivos contratos, em função de moeda estrangeira,[60] acha-se, a nosso ver, derrogada pela legislação federal posterior, de efeito expressamente retroativo, proibitiva da cláusula-ouro.[61]

Nessa hipótese, se inexiste uma base legal ou contratual válida, de remuneração do concessionário, evidentemente a fixação de tarifas não poderá ser levada a efeito pelo Executivo, pois é óbvio que só se executa uma norma preexistente, e se essa norma não existe, um pretenso ato de execução, pelo Executivo, equivaleria, na realidade, a estabelecer essa base, a fixar um critério legal, normativo, criado pelo próprio Executivo — o que, evidentemente, refoge por completo ao quadro constitucional e legal de suas atribuições.

Daí a remessa à Câmara de certos projetos de majoração de tarifas, ora do serviço telefônico, ora do serviço de distribuição de gás, sendo de notar-se que, em relação ao serviço telefônico, havendo a lei e o contrato estabelecido prazo certo para as revisões de tarifas,[62] tem-se também entendido, e com acêrto, que qualquer alteração tarifária, fora dessas épocas, implica em violação da lei e do contrato, e daí também a remessa, à Câmara, de projetos de majoração de tarifas para atender geralmente a aumentos salariais, resultantes de acordos celebrados entre a emprêsa concessionária e o Ministério do Trabalho.[63]

Não vai, portanto, nessas audiências da egrégia Câmara, nenhum reconhecimento de uma pretensa competência desta para fixar tarifas, ou autorizar modificações tarifárias, mas apenas o de que, na ausência de base legal ou contratual, isto é, de uma taxa de remuneração estabelecida em lei ou no contrato, não é possível ao Executivo exercer a competência que lhe é peculiar, e que supõe, essencialmente, não só a existência como a plena vigência de uma tal base.

No caso, entretanto, da Companhia Municipal de Transportes Coletivos, existe essa base legal e contratual, como em breve ter-se-á oportunidade de verificar, e o Executivo, ao que tudo indica, nada mais fêz, portanto, como aliás vem ocorrendo desde o início da concessão, que proceder àquela tarefa de ajustamento das tarifas à situação financeira da concessionária, no sentido de assegurar-lhe a taxa de remuneração legal e contratualmente estabelecida.

Longe, portanto, de representar uma suposta superioridade do Executivo, essa sua competência para fixar tarifas, na base de um critério legal ou contratual

---

59 V. especialmente nossos trabalhos *Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico*, São Paulo, 1941; *O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo, 1941.

60 No caso da Companhia Telefônica Brasileira, a ex-concessionária, mercê do reconhecimento, pelo contrato de concessão, de um capital expresso em moeda estrangeira, vem irregularmente calculando as taxas de remuneração em função dessa moeda.

61 A saber, os decretos federais ns. 23.501, de 23 de novembro de 1933 e 27.703, de 5 de janeiro de 1934. Quanto à justificação doutrinária e constitucional dêsses decretos, v. os autores e jurisprudência citados nos trabalhos referidos na nota 42, supra, e o art. 12 das Disposições Transitórias da Constituição vigente. V. ainda, a respeito, C. A. Carvalho Pinto, *A Cláusula-Ouro nas Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, 1943.

62 V. lei municipal n.º 2.965, de 1938, art. 20, n.º IV; Contrato de 1926, cláusula 20.ª, n.º IV.

63 Não entramos, aqui, no mérito dêsses acordos e dessas majorações tarifárias, quase sempre abusivas, eis que os elevados lucros daquelas emprêsas poderiam perfeitamente dispensá-las.

preexistente, demonstra, bem ao contrário, aquela sua situação de inferioridade de mero executor da lei, a que se referem modernos tratadistas,[64] desde, é evidente, que se mantenha nos limites por ela fixados, como lhe cumpre, e embora exercendo, a muitos respeitos, uma função verdadeiramente criadora, através do poder discricionário.[65]

17. Neste esquema geral de discriminação de competências entre o Legislativo e o Executivo, em matéria de concessão de serviços públicos, afigura-se-nos que nem mesmo o art. 38, n.º II, da Lei Orgânica pode ser pacìficamente entendido como compreensivo de uma competência administrativa da Câmara para autorizar o Executivo e outorgar, em concreto, uma determinada concessão, como já o fizeram, aliás, alguns eméritos juristas.[66]

E' que, por um lado, a própria linguagem da Lei Orgânica deixa margem a sérias dúvidas, pois ali não se fala em "autorização para concessão", ao passo que no inciso I do mesmo artigo se diz, textualmente, "autorização para empréstimo". Por outro lado, em qualquer concessão, as bases legais serão sempre determinadas pela Câmara, nos têrmos já expostos, inexistindo, portanto, motivo para a pretendida intervenção administrativa da Câmara, autorizando a outorga da concessão, em concreto, a êste ou àquele concorrente.

Finalmente, tal intervenção constituiria, indubitàvelmente, uma competência excepcional ou anômala, cuja constitucionalidade, nos têrmos já expostos,[67] seria bastante duvidosa, na ausência de qualquer símile na Constituição federal.[68]

O art. 38, n.º II, da Lei Orgânica, deve, pois, ser entendido de acôrdo com os arts. 22 e 32 da mesma lei, isto é, como visando apenas proposições de natureza normativa, vale dizer, gerais, seja tratando-se de concessões em geral, seja de determinados tipos de concessão (por exemplo, de transportes), seja, finalmente, de apenas uma determinada concessão a outorgar-se, na ausência de bases legais. Inexistem, por exemplo, no momento, bases legais para nova concessão ou concessões do serviço telefônico municipal, necessárias em virtude de haver expirado o prazo do contrato vigente, e a competência normativa da Câmara, para tal fim, apresenta-se indiscutível, nos têrmos e pelas razões expostas.

18. Do mesmo modo, para que a Câmara Municipal pudesse, legìtimamente, reivindicar competência para fixação de tarifas, que configuraria, tìpicamente, uma competência administrativa, de-

---

64 V., a respeito, Carrè de Malberg, loc. cit., págs. 838-845: "As autoridades administrativas sòmente possuem um poder de menor grau. Indubitàvelmente, o ato administrativo pode ter um conteúdo idêntico ao da lei. Entretanto, de um lado, inclusive quando enuncia regras gerais, êste ato não tem o valor estatutário próprio das regras ditadas em forma legislativa. Por outra parte, os administradores não podem atuar contra a lei, nem sequer sem ela: sua atividade sòmente pode exercer-se em execução de um texto legislativo; supõe, pelo menos, uma habilitação legal, pois não possuem senão uma competência executiva" (pág. 840).

65 V. nota 7, supra.

66 V. *Fôlha da Manhã*, de 29 de maio de 1956, pág. 3.

67 V. ns. 8 e 9 supra.

68 Esta a nossa conclusão, sem embargo de reconhecermos, como o faz o ilustre prof. Rafael Bielsa, que a outorga de qualquer concessão, que implicasse em privilégios, ou monopólio, deveria, obrigatòriamente ficar na dependência de prévia autorização legislativa (v. *Derecho Administrativo*, 1928, vol. I, págs. 319 e segs.).

Note-se que a Lei Orgânica dos Municípios exige apenas concorrência pública, "para a concessão de qualquer privilégio ou monopólio, ainda que as obras revertam ao Município" (art. 82), mas é evidente que qualquer cláusula de isenção de impostos dependerá, sempre, de prévia autorização legal (V. Lei Orgânica, arts. 70 e 71 e Bielsa, loc. citado).

veria apoiar-se em textos legais e constitucionais expressos, os primeiros, certamente, com fundamento nos segundos, pois tratar-se-ia, no caso de uma competência excepcional ou anômala, e estas, já o vimos, sòmente podem justificar-se mediante dispositivo expresso da Constituição, de vez que, configurando exceção ao princípio constitucional geral de harmonia e independência dos poderes, não se apresentaria legítima nem mesmo quando, eventualmente, fôsse prevista apenas em lei ordinária.[69]

Mesmo, portanto, — e é importante acentuar-se — que um dispositivo expresso da Lei Orgânica, ou de qualquer outra lei ordinária, federal, estadual ou municipal, houvesse estabelecido, em favor da Câmara, aquela competência excepcional para fixar e rever tarifas de serviços públicos concedidos, tal dispositivo seria flagrantemente inconstitucional, por ofensivo dos arts. 36, 18 e 28 da Constituição federal, salvo, como já se observou, se esta o admitisse, explícita ou implìcitamente como, por exemplo, se houvesse estabelecido uma tal exceção para a fixação e revisão de tarifas na esfera federal — o que, evidentemente, não ocorre.[70]

19. Constitui, portanto, outro evidente equívoco, supor-se que a competência do Executivo para a fixação de tarifas decorra apenas, no caso sob consulta, das leis de organização da Companhia Municipal de Transportes Coletivos, e do respectivo contrato, como já se pretendeu,[71] quando tal competência constitui apenas corolário lógico e necessário das atribuições normais do Executivo, no mecanismo do nosso sistema de govêrno, tal como estabelecido na Constituição, tanto para a União, como para os Estados e Municípios, e tal como, em conseqüência, organizado para essas esferas do govêrno local pela Constituição do Estado e pela Lei Orgânica dos Municípios.

E' absurdo ainda maior afirmar-se, como também se vem fazendo, que "ainda que a Câmara houvesse autorizado o Prefeito a fixar tarifas, poderia ela rever tal autorização, a qualquer momento, porque seria essa autorização inconstitucional, por importar em delegação de poderes,[72] quando, na verdade, nem se compreenderia pudesse a Câmara autorizar o Prefeito a praticar ato ou a exercer função já constitucionalmente compreendidos nas atribuições do seu cargo — o que seria absolutamente inócuo, por destituído de qualquer sentido, alcance ou efeito jurídico.

De notar-se, ainda, que inconstitucional seria justamente o comportamento inverso, isto é, que o Executivo porventura delegasse à Câmara essa função de fixar tarifas, ou mesmo, por mera inércia na defesa de suas prerrogativas, não repelisse a presente intromissão da egrégia Câmara, concretizada no Projeto n.º 132, nessa esfera de sua competência legal e constitucional.

Como se vê, por uma lamentável confusão, pelo desprêzo de noções fundamentais de Direito Público, a egrégia Câmara, acreditamos que com os melhores intuitos, colocou infelizmente a questão em têrmos completamente opostos àqueles em que esta verdadeiramente se situa no panorama do nosso sistema de govêrno e dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes à matéria.

VII — *O verdadeiro significado e alcance do art.* 151 *da Constituição federal*

20. Outro equívoco, não menos grave, e que também deve ser imediatamente desfeito, consiste em buscar-se fundamento para o Projeto n.º 132/56 no art. 151 da Constituição federal.

---

69 V. n.º 9, supra.

70 Excetuam-se, como é óbvio, aquêles casos, já lembrados, de inexistência de base legal para a determinação das tarifas (n.º 16, supra).

71 V. *Manifesto* cit., no *O Estado de São Paulo*, de 29 de maio de 1956, pág. 4; *Diário Oficial*, do Estado, de 23 de maio de 1956, pág. 60.

72 *Ibidem.*

Já houve quem espantosamente afirmasse, nesse sentido, que "no art. 151, parágrafo único da Constituição, vemos declarado que a lei federal, estadual ou municipal poderá rever as tarifas concedidas no regime anterior — porque o contrato vem de lá — o que nos dá autoridade; que nos dá competência para legislar sôbre a matéria que agora está sendo debatida.[73]

Ou ainda, após menção da Lei Orgânica:

"A legislação estadual derivou cristalinamente da Constituição federal, cujo art. 151 abaixo transcrevemos, com o respectivo parágrafo:

"Art. 151. A lei disporá sôbre o regime das emprêsas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que o lucro dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permita atender às necessidades de melhoramentos e expansão dêsses serviços.

Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato".

Aí está o que manda a Lei Magna. A lei disporá sôbre o regime das emprêsas concessionárias de serviços públicos. Naturalmente, a lei federal para os serviços federais. A lei estadual para os serviços estaduais e a lei municipal para os serviços municipais, como nós o fizemos, sem têrmos o direito, quanto mais o dever de esperar pela legislação da União ou do Estado em assunto que é estritamente do Município.[74]

Os períodos transcritos contêm várias asserções, tôdas, infelizmente, eivadas de erros tão graves, equívocos tão elementares, que sòmente podem ser escusados por pouquíssima ou nenhuma familiaridade com a complexa matéria em debate:

1.º) que a legislação estadual (refere-se aos arts. 16 e 32 da Lei Orgânica) "derivou cristalinamente" do mencionado art. 151 da Constituição federal;

2.º) que êsse art. 151 cogita de várias leis — lei federal para os serviços federais, estadual para os serviços estaduais e lei municipal para os serviços municipais — quando seu objetivo declarado, e que ressalta claramente de sua simples leitura, até mesmo pelos leigos, é justamente unificar, através de uma única lei federal, certas normas gerais sôbre tôdas as concessões, sejam estas federais, estaduais e municipais, criando-se, destarte, um único regime das emprêsas concessionárias como está escrito na própria Constituição;

3.º) afirma-se, ainda, errôneamente, que o art. 151 declara que essas supostas leis poderiam proceder a revisões de tarifas — o que, nos têrmos já expostos, constitui berrante absurdo, já doutrinàriamente, já em face da própria Constituição, ao estabelecer esta o princípio da harmonia e independência dos poderes, sendo absolutamente claro, por outro lado, e de modo diametralmente contrário, portanto, ao que se afirma no *Manifesto*, que o referido art. 151 cogita apenas de, através duma lei federal ordinária, estabelecerem-se normas gerais, fixar-se um regime jurídico, um estatuto, a que ficarão submetidas tôdas as emprêsas concessionárias de serviços públicos no Brasil;

4.º) finalmente, constitui mais um equívoco lamentável, a testemunhar também absoluto desconhecimento do assunto, afirmar-se que o contrato da C.M.T.C. "vem do regime anterior", a que se refere o art. 151 da Constituição, isto é, do regime de tarifas estipuladas para todo o tempo da duração do contrato.

Antes, entretanto, de passarmos ao rápido exame e à fácil refutação de cada uma dessas assertivas, vamos transcrever as lições dos maiores den-

73 V. *Diário Oficial*, do Estado, cit., pág. 60.
74 V. *Manifesto*. cit., no *O Estado de São Paulo*, de 29 de junho de 1956.

tre os nossos publicistas, a propósito da exata significação, do verdadeiro alcance e finalidades do art. 151 da Constituição atual, o qual corresponde exatamente aos arts. 137 da Constituição de 1934 e 147 da Carta de 1937.

Leia-se, de início, o comentário de Pontes de Miranda, ao disposto, de modo idêntico ao do atual art. 151, no art. 137 da Constituição de 1934:

"Os serviços de que cogita o art. 137 podem ser de concessão ou delegação estadual ou municipal, mas a lei, que lhes há-de regular a fiscalização e a revisão das tarifas, é federal. A aplicação da lei federal cabe ao poder que concedeu ou delegou; de modo que só se tratará de função da Administração federal quando a concessão ou delegação fôr federal. Em todo caso, a fiscalização pode ser direta em se tratando de plano nacional de viação férrea (art. 5.º, IX), de educação nacional (art. 5.º, XV) e outros assuntos em que possa ter atividade a União, como Poder Executivo, inclusive nos casos do art. 5.º, § 2.º".

A essa esplêndida lição, poder-se-ia aduzir, agora, a de Francisco Campos, tendo em vista o mesmo dispositivo:

"O que a Constituição prescreve, no artigo citado, é que a lei federal regulará as tarifas dos serviços públicos concedidos, não no sentido de fixá-las, mas estabelecendo o critério mediante o qual devam ser calculadas, de maneira a não excederem a justa retribuição do capital.

.....

O que o art. 137 reserva à competência da União é apenas a emanação de normas gerais destinadas a regular o processo e os serviços a que se deva sujeitar a revisão das tarifas dos serviços públicos. A organização dêstes serviços, tem como a sua administração, e, portanto, o poder de delegá-los ou concedê-los, continuarão, porém, a ser do Estado ou do Município desde que tais serviços se achem compreendidos na esfera de economia ao primeiro e ao segundo expressamente reservada pela Constituição como constituindo o domínio próprio do seu govêrno, da sua autoridade ou da sua jurisdição administrativa.

Assim, em se tratando de serviços públicos estaduais ou municipais, caberá aos Estados ou aos Municípios a competência de organizá-los e concedê-los, bem como a de, na conformidade da lei federal que regular a matéria, nos têrmos do art. 137 da Constituição, rever as suas tarifas e fiscalizar a sua aplicação".

E agora a de Temístocles Cavalcânti:

"No art. 151, a Constituição renova os pontos de vista já fixados em 1934 e reiterados em 1937, embora com menor precisão e rigor na determinação dos limites a serem obedecidos pela legislação ordinária, quanto à regulamentação dos serviços públicos.

Determina, entretanto, qual o regime a ser adotado — o regime legal baseado na severa fiscalização das tarifas, a fim de que estas correspondam, não só aos interêsses dos usuários, mas também dos concessionários.

Uma lei geral deve regular a matéria, lei que compreende tôda a disciplina do regime das concessões, conhecida com o nome de regulamentação, tirado do americano *regulation*, e que compreende as regras e normas legais e regulamentares, e a sua execução pelos órgãos criados pela lei".

Do mesmo modo Carlos Maximiliano, em seus *Comentários à Constituição de 1946*, já aludia às "normas" e a que se refere o estatuto básico, e em parecer sôbre o assunto reafirmava, logo após, que "translùcidamente normativa também se nos revela a competência constante do art. 151 do estatuto básico".

E finalmente o Ministro Carvalho Mourão, também em parecer sôbre a majoração das tarifas de energia elétrica, levada a efeito em 1950 pelo Govêrno federal, salientava que "quando a Constituição diz, ali, no parágrafo único do art. 151, que *será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas*, etc., trata-se ainda da mesma competência simplesmente normativa, pois o parágrafo está subordinado à

cabeça do artigo, tendo por objeto a mesma limitada competência".[75]

21. Eis aí respondidas e refutadas, uma a uma, tôdas as assertivas, acima resumidas, do Manifesto dos Srs. Vereadores, a propósito do alcance e significação do art. 151 da Constituição federal.

Observaríamos ainda, porém, no tocante à primeira, que os arts. 16 e 32 da Lei Orgânica, ao disporem, como o fazem, sôbre a competência municipal para organizar e executar serviços públicos locais, sòmente podem defluir, como decorrência lógica e inelutável da noção de govêrno local, da própria Constituição, quando esta assegura, no art. 28, a autonomia dos Municípios, e nunca do art. 151, que justamente restringe essa autonomia, quando submete as concessões de serviços locais às normas gerais da futura lei federal.

Como poderia, portanto, a competência municipal "derivar cristalinamente" de um dispositivo constitucional que justamente lhe constitui uma clara restrição?

Evidenciado ficou, ademais, que o art. 151 da Constituição, longe de cogitar de váras leis, uma federal para a União, outras estaduais para cada Estado, outras municipais para cada Município, como errôneamente se supôs, tem em vista apenas uma única lei federal, uma lei geral, como diz Temístocles Cavalcânti, que constituirá estatuto legal básico de tôdas as nossas concessões, sejam elas de que âmbito forem — isso, evidentemente, quando o Congresso Nacional se dispuser a sair de sua inércia, libertando-se do jugo dos interêsses estranhos e das poderosas fôrças econômicas que até aqui o têm dominado, para dar ao Brasil, afinal, uma lei que suas Constituições lhe prometem há vinte e dois anos!

E se alguma dúvida ainda pudesse subsistir, de que se trata de uma lei federal, observaríamos ainda que, tanto a Constituição de 1934, como a Carta de 1937, expressamente prescreviam: "a lei federal regulará a fiscalização e a revisão de tarifas..." etc. A supressão do adjetivo "federal", no art. 151 da Constituição vigente explica-se, fàcilmente, pela própria redação que se lhe deu, porque o dispositivo atual faz expressa menção das emprêsas concessionárias federais, estaduais e municipais, para declará-las tôdas submetidas à lei futura — o que não acontecia na redação das Constituições anteriores — e assim sendo, o adjetivo "federal", se reproduzido, tornar-se-ia agora redundante, êrro imperdoável de lógica e de técnica legislativas, pois é evidente que sòmente uma lei federal poderá aplicar-se nas três esferas político-administrativas — na federal, na estadual e na municipal.

Demonstrada também ficou a inanidade da assertiva de que essas pretensas leis, de que cogitaria o art. 151, viriam rever tarifas. Se se trata de lei, isto é, de estabelecerem-se sòmente normas gerais, que apenas regularão, como diz a Constituição, isto é, apenas fixarão normas para a fiscalização e a composição tarifária; se a Constituição cogita exclusivamente de através dessa lei, organizar um regime jurídico para as concessões, como ali está escrito — como pretender-se que essa lei, uma única lei, venha "fixar tarifas, venha assumir funções administrativas, de competência executiva, e isso para todos os serviços concedidos no Brasil? E não só fixar, mas fixar e rever, isto

75 V. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de* 1934, vol. II, pág. 371; Francisco Campos, *Pareceres*, vol. II, págs. 187 e 203-204; Temístocles Cavalcânti, *Constituição Federal Comentada*, vol. III, pág. 320 e *A inconstitucionalidade das novas tarifas de energia elétrica para calefação*, publicação da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1950, págs. 123 e segs.; Carvalho Mourão, ibid., págs. 13 e segs.

Essas citações acham-se transcritas em nosso trabalho *Os Serviços Públicos de Eletricidade e a Autonomia Local*, onde tratamos exaustivamente do assunto (v. págs. 127 e segs. e 168 e segs.).

é, adaptá-las, a cada momento, à equação financeira dos respectivos contratos?

A prevalecer um tão absurdo e impossível entendimento a Constituição, ao mesmo tempo que, de um lado, estabeleceria a independência e harmonia dos poderes, na base da perfeita discriminação das funções estatais, por outro lado desconheceria tudo isso, subverteria todo o sistema, por ela mesma estabelecido, entregando aos corpos legislativos ou antes, apenas ao Congresso Nacional, a tarefa tìpicamente administrativa de fixar e rever tarifas de todos os serviços públicos concedidos, em todos os Estados e em todos os municípios do Brasil...

VIII — *O contrato da C.M.T.C. como contrato-padrão, em face do art. 151 da Constituição federal*

22. Finalmente, como já se assinalou, constitui outro engano lamentável, por revelar completo desconhecimento não apenas dos regimes jurídicos de execução de serviços públicos concedidos, como ainda do próprio contrato da C.M.T.C., afirmar-se que êste "vem do regime anterior" a que se refere o art. 151 da Constituição, isto é, do regime de tarifas fixas, estipuladas para todo o prazo de duração do contrato.

O absurdo de semelhante asserto, que equivale à negação da própria evidência, demonstrar-se-ia, apenas com a transcrição, primeiro, das leis que organizaram a Companhia Municipal de Transportes Coletivos e, segundo, com as cláusulas do respectivo contrato, onde solenemente se estabelece, para a concessionária, o regime do serviço pelo custo, regime êsse de tarifas essencialmente variáveis, isto é, essencialmente modificáveis, justamente para que os lucros do concessonário correspondam, exatamente, à taxa de remuneração estipulada em lei e no contrato.

E' êsse, portanto, exatamente, um regime de constante e essencial variabilidade de tarifas, de permanente adaptação destas ao custo do serviço (custo de operação + remuneração pré-fixada do capital invertido,[76] o oposto, portanto, do regime de tarifas fixadas para tôda a duração do contrato, a que alude, para condená-lo a Constituição, sistema de tarifas imutáveis, sejam quais forem os lucros do concessionário.

Como pretender-se e afirmar-se categòricamente, portanto, como o faz o Manifesto, que o contrato da C.M.T.C. o consagra, que "vem dêsse regime"?

Uma das primeiras, e excelente aplicação do serviço pelo custo, foi, entre nós, a concretizada no art. 180 do Código de Águas:

Quanto às tarifas razoáveis alínea *b*, do art. 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas:

I — Sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta:

a) tôdas as despesas de operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sôbre a emprêsa, excluídas as taxas de benefício;

b) as reservas para a depreciação;

c) a remuneração do capital da emprêsa;

II — tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos depreciação;

---

76 Sôbre o exato conceito de *serviço pelo custo*, e *custo do serviço*, a cujo respeito ainda prevalecem, entre nós, tantas afirmativas descabidas e errôneas, a demonstrar desconhecimento total do assunto, consultem-se especialmente: J. Bauer, *Effective Regulation of Public Utilities*, 1925, págs. 35 e segs.; M. G. Glaeser, *Outlines of Public Utilities Economics*, 1931, págs. 311 e segs.; E. Jones e T. C. Bigham, *Principles of Public Utilities*, 1937, págs. 149 e segs.; Wilson, Herring e Eutsler, *Public Utility Regulation*, págs. 30 e segs. Entre nós, v. Anhaia Melo, *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*, 1930, págs. 119 e segs.; Plínio A. Branco, *Concessão de Serviços de Utilidade Pública no Regime do "Serviço pelo Custo"*, São Paulo, 1940; e nossos trabalhos: *O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos*, São Paulo, 1941, e *Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico*, São Paulo, 1941.

III — conferindo justa remuneração a êsse capital;

IV — vedando estabelecer distinção entre consumidores dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço;

V — tendo em conta as despesas de custeio, fixadas anualmente de modo semelhante".

Aí se inscrevem, como se vê, os princípios fundamentais do "serviço pelo custo", desde a fixação exata do capital como base de tarifas, a do custo de operação e a da justa remuneração do concessionário.[77]

Ora, é justamente êsse o regime já delineado para a futura lei federal, pelo art. 151 da Constituição, quando ali se estabelece que "será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas" (isto é, terão fim as tarifas imutáveis, fixadas para todo o tempo de duração do contrato, e a fiscalização decorre de uma necessidade imposta justamente por essa transformação radical no regime das tarifas), "a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam, etc.".

Eis a consagração, pela Constituição federal, do regime de "serviço pelo custo", verdadeira vitória, em nossas Constituições, das idéias daqueles pioneiros, como Anhaia Melo, Alfredo Valadão, Alves de Sousa, Plínio Branco e outros, que de há muito vinham propugnando, no Brasil, por um sistema mais racional e mais justo de cálculo e fixação de tarifas nos serviços públicos concedidos, hoje a impor-se ao legislador ordinário, como diretriz constitucional, na tarefa que a Constituição lhe assinala e — note-se — talvez por isso mesmo, porque êsse sistema não convém a grandes interêsses existentes, é que o legislador não se resolve a desempenhá-la como lhe cumpre...[78]

E daí concluir, afinal, o art. 151 da Constituição, determinando que êste regime — o de serviço pelo custo, ali adotado — se aplique desde logo, e retroativamente venha abranger, portanto, as concessões feitas "no regime anterior de tarifas estipuladas para todo o tempo da duração do contrato".

Ora, se tomarmos agora o Decreto-lei estadual n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946, que dispõe sôbre a concessão do serviço de transportes coletivos no Município de São Paulo, verificar-se-á desde logo que seu artigo 1.º expressamente determina que o referido serviço "será prestado no regime do serviço pelo custo, admitindo-se para remuneração do capital efetivamente empregado lucro anual não superior a 10%".

E acrescenta, reforçando ainda mais o dispositivo acima, na adoção do serviço pelo custo:

"§ 1.º No decreto-lei autorizando a Prefeitura Municipal a regulamentar os serviços de transporte coletivo de passageiros e a assinar o contrato de sua concessão determinará a Municipalidade de São Paulo os têrmos e extensão desta última, tornando obrigatória a revisão das tarifas tôda vez que o lucro anual seja superior a 10% ou inferior a 8% do capital efetivamente empregado.

§ 2.º Se ocorrem alterações sensíveis no mercado interno monetário e de títulos, poderá a taxa de juros de 10% ser revista e modificada de futuro e a juízo do Govêrno do Estado, não podendo, entretanto, exceder a taxa de lucros paga pela União aos portadores de títulos da dívida pública interna, acrescida de 3%, tendo-se em vista a média

77 Como se vê. "serviço pelo custo" não significa "serviço sem lucro", como geralmente se acredita, mas serviço prestado com uma margem de lucro representada por uma percentagem prèviamente fixada sôbre o capital (justa remuneração), a qual se considera incluída nas tarifas (custo) do serviço.

78 Essa, também, a observação de Temístocles Cavalcânti, loc. cit., vol. III, pág. 340.

no ano anterior das cotações dos títulos no mercado respectivo".

Eis aí a mais límpida e expressa consagração nos serviços de transportes coletivos desta Capital, do regime do serviço pelo custo.

E logo a seguir o Decreto-lei municipal n.º 365, de 10 de outubro de 1946, estabelecendo, na esfera municipal, medidas complementares às determinadas pelo Decreto n.º 15.958, dispôs em seus arts. 5.º, 6.º, 7.º e 8.º:

"Art. 5.º O serviço público de transporte coletivo de passageiros será prestado e explorado pela concessionária, no regime de serviço pelo custo conforme estabelece o art. 1.º e seu parágrafo único do Decreto-lei estadual n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946, mediante a cobrança de tarifas justas e razoáveis que permitam adequada remuneração do capital efetivamente empregado, e como tal reconhecido pela Prefeitura de São Paulo".

"Art. 6.º Serão consideradas justas e razoáveis as tarifas quando permitirem a obtenção de recursos suficientes para:

a) cobrir tôdas as despesas de operação;

b) constituir uma reserva de renovação destinada a manter a integridade do capital e assegurar a boa qualidade do serviço;

c) remunerar anualmente o capital efetivamente empregado, como quantia não inferior a 8% e nem superior a 10% da importância dispendida e apurada no investimento.

§ 1.º O que exceder da remuneração de 10% prevista na letra "c", dêste artigo constituirá uma provisão para garantia da retribuição adequada (Reserva de Estabilização) nos exercícios de renda insuficiente, sem prejuízo da revisão de tarifas referida no artigo seguinte.

§ 2.º Se ocorrerem alterações sensíveis no mercado interno, monetário e de títulos, poderá, nos têrmos do parágrafo 2.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946, a taxa de lucros de 10% ser revista e modificada, não podendo, entretanto, exceder a taxa de juros paga pela União aos portadores de títulos da dívida pública interna, acrescida de 3%, tendo-se em vista a média no ano anterior das cotações dos títulos no mercado respectivo.

"Art. 7.º Tôdas as vêzes que as tarifas não bastarem para a obtenção dos recursos referidos no artigo anterior e assim também quando superarem as verbas ali previstas, serão elas obrigatòriamente revistas, a fim de serem elevadas ou baixadas para atender à sua finalidade."

"Art. 8.º A Prefeitura Municipal regulamentará e fiscalizará o serviço concedido, sob o ponto de vista técnico, econômico, administrativo e financeiro".

Será necessário ainda prosseguir-se na demonstração de que, longe de "vir do regime anterior", de tarifas imutáveis, achava-se a C. M. T. C., e com ela o seu contrato, desde o início, submetidos justamente ao regime oposto, ao regime do serviço pelo custo, regime racional e moderno de tarifas variáveis, flexíveis e revisíveis, ao regime, enfim, que a Constituição, no art. 151, impõe ao legislador ordinário, que fica assim adstrito a acatá-lo, quando se dispuser a cumprir sua missão?

Sim, e vamos transcrever agora o próprio contrato celebrado entre a Prefeitura e a Companhia Municipal de Transportes Coletivos, aos 24 de janeiro de 1948, onde, em obediência às prescrições legais supratranscritas — e nem poderia ser de outra forma — foi ratificado, entre as partes, aquilo que já estava na lei, que já constituía, portanto, uma normatividade à qual não se poderia fugir:

"Cláusula 3.ª De acôrdo com o disposto no Decreto-lei estadual número 15.958, de 14 de agôsto de 1946, e no Decreto-lei municipal n.º 365, de 10 de outubro de 1946, será a presente concessão explorada no regime de serviço pelo custo, mediante cobrança de tarifas justas e razoáveis que permitam adequada remuneração do capital efeti-

vamente empregado e reconhecido pela Prefeitura, nos têrmos dêste contrato.

Parágrafo único. Para os efeitos desta cláusula, a conceituação do serviço pelo custo é aquela que resulta dos princípios estabelecidos neste contrato, especialmente os relativos a:

a) aferição do valor do capital, pelo critério das inversões prudentes e escriturado em moeda corrente do país (cláusulas 21.ª e 22.ª);

b) definição do custo do serviço, art. 6.º do Decreto-lei n.º 365, de 10 de outubro de 1946 e cláusula 32.ª;

c) regulamentação e fiscalização efetivas (cláusulas 40.ª a 53.ª);

d) direito de encampação, nos têrmos ora estabelecidos (cláusulas 57.ª a 62.ª)".

Não nos é possível, infelizmente, reproduzir aqui tôdas as demais cláusulas contratuais, que aplicam, desenvolvendo-os, os princípios básicos contidos no dispositivo contratual transcrito.

Leiam-se, todavia, essas cláusulas — as relativas ao investimento (21.ª e seguintes), às reservas (24.ª e segs.), à remuneração do investimento (30.ª e segs.), às tarifas (31.ª e segs.), reserva de estabilização (37.ª e segs.), à regulamentação e fiscalização (40.ª e segs.), e essa leitura, além de altamente instrutiva sôbre a natureza, a essência e o modo de funcionamento do regime do "serviço pelo custo", irá revelar aos ilustres e dignos Srs. Vereadores algo de que, talvez, jamais tenham suspeitado, pois muitos estão pela primeira vez tomando contacto com assuntos tão altamente especializados: que o contrato da Companhia Municipal de Transportes Coletivos é, no Brasil, talvez um dos melhores e mais perfeitos contratos de concessão, consagrando, como de fato o faz, a mais evoluída e moderna doutrina da regulamentação dos serviços públicos, tal como praticada nos Estados Unidos, país que conseguiu atingí-la após uma longa e trabalhosa experiência nesse setor. E consagrando também, o que não é menos importante, como poucos contratos entre nós, os princípios que, desde a Constituição de 1934, até a vigente, são prefixados por nossas Cartas Magnas, como fundamentais para o futuro e tão esperado estatuto dos nossos serviços públicos concedidos.[79]

Há, certamente, muito que modificar na estrutura da C. M. T. C., nos métodos de sua administração e funcionamento na escolha dos que devem compor seus órgãos responsáveis, para atender-se, realìsticamente, às tristes conjunturas da nossa situação social e política. Não cabe, aqui, entrar em tais indagações, nem versa sôbre o assunto a presente consulta. Aí existe, porém, um vasto campo, pleno de possibilidades, e certamente compreendido na esfera da competência da Câmara, a reclamar a atenção dos seus ilustres membros, a justa aplicação dessa tenacidade, dêsse interêsse pelo bem público, que a sua presente atitude bem revela, embora se haja escolhido, para demonstrá-los, caminhos jurìdicamente inadequados.

Não é, todavia, por defeitos nem lacunas do contrato, ou por falta de consonância entre êste e a Constituição, que os transportes coletivos na capital paulista constituem, hoje, uma problema cada vez mais agudo e angustioso, não apenas para o povo de São Paulo, mas para os seus próprios governantes, como bem o comprova o presente — e sob todos os aspectos lamentável — conflito entre a egrégia Câmara e o Executivo municipal.

---

79 De tão notável alcance, nesse sentido de constituir verdadeiro contrato-padrão, é o da Companhia Municipal de Transportes Coletivos, que o seu idealizador máximo, o ilustre Eng. Plínio A. Branco, justamente comentando-o cláusula por cláusula, propôs-se a tarefa de divulgar, entre nós, os princípios fundamentais e o mecanismo do funcionamento do "serviço pelo custo", o que redundou em magnífica obra, sugestivamente intitulada *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1949.

23. Nada há, portanto, que estranhar, à vista de todo o exposto, que a lei municipal de organização da Companhia Municipal de Transportes Coletivos, como o contrato de concessão, atribuíssem ao Prefeito, através da fiscalização municipal, tôdas essas complexas tarefas de cálculo, fixação e revisão das suas tarifas, a fim de que, dentro do mecanismo do "serviço pelo custo", tal como concretizado nos dispositivos legais e contratuais supratranscritos, a remuneração, isto é, os lucros líquidos da Companhia, não ficassem abaixo nem acima dos limites ali fixados.

Essa competência, expressa nos artigos 8.º e segs., e quanto à fixação das tarifas especìficamente no art. 10, *c*, do Decreto-lei n.º 365, de 10 de outubro de 1946, e nas cláusulas 33.ª a 34.ª, do contrato constitui, como já se assinalou corolário irrecusável do princípio da harmonia e independência dos poderes, com fundamento na distinção das funções, tal como estabelecido na Constituição federal (arts. 36, 18 e 28), na Constituição do Estado (arts. 75 e 76) e na Lei Orgânica dos Municípios (artigos 22, 32, 47 e 52).

Aliás, observe-se ainda, a fixação e revisão de tarifas de serviços concedidos apresenta-se tradicionalmente, em nossa legislação, como matéria de competência do Executivo [80] — o que fàcilmente se explica pela simples consideração de que aquêle princípio, da harmonia e independência dos poderes, é tão antigo, entre nós, como a nossa própria existência política independente, consagrado como vem sendo por tôdas as nossas Constituições, desde a Carta Imperial de 1824.[81]

E algumas dessas leis, observe-se ainda, constituem verdadeiros monumentos legislativos na matéria, como bem acentua o Engenheiro Plínio Branco, tendo sido — note-se bem — promulgadas em épocas da mais plena e absoluta normalidade constitucional-democrática.[82]

IX — *A Legislação e os Atos Administrativos dos Governos de Fato, em Face da Ordem Constitucional Posterior*

24. Resta-nos examinar a última assertiva de ordem jurídica do "Manifesto" — já que as de ordem meramente econômica, ou político-administrativa, além de escaparem às nossas atribuições, não se incluem na consulta.

Com referência, ainda, à competência do Prefeito para fixar tarifas e proceder à respectiva revisão, diz-se no "Manifesto":

"Regulam a matéria o Decreto-lei n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946, expedido pelo então interventor federal, o embaixador José Carlos de Macedo Soares, e o Decreto-lei n.º 365, de 10 de outubro de 1946, expedido pelo Prefeito Dr. Abrahão Ribeiro.

Aquêle decreto-lei estadual está revogado pela Constituição de 1946 e, conseqüentemente, revogado está o decreto municipal dêle emanado.[83]

Não se explica aí, infelizmente, porque o Decreto-lei estadual n.º 15.958

---

80 V., a respeito, o parecer do Eng. Plínio A. Branco, publicado na *Fôlha da Manhã*, de 23 de maio de 1956, pág. 3.

81 V. Carta de 1924, arts. 9.º, 10, 13, 98, 102 e 151; Constituição federal de 1891, art. 15; Constituição de 1934, art. 3.º A Carta de 1937, embora omitindo a formulação expressa do princípio, adotou-o indiretamente, embora mitigado, em vários dispositivos (v. arts. 9.º, "c", 11, 12, 38, 73 e 90), em que delineava a organização política do país.

82 Assim, por exemplo, a lei paulista n.º 30, de 13 de junho de 1892, sôbre construção e exploração de estradas de ferro, ainda em vigor (v. art. 17). V. também a extensa legislação, anterior a 1930, mencionada em nosso trabalho *O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos*, nota 42, págs. 314 e segs. No município de São Paulo, bastaria citar a lei n.º 2.965, de 15 de abril de 1926 (concessão do serviço telefônico), art. 22, n.º IV.

83 V. *O Estado de São Paulo*, de 29 de maio de 1956, págs. 4.

"está revogado pela Constituição de 1946".

Tratando-se de um decreto-lei, isto é, de um ato normativo do Executivo estadual, que por fôrça da situação política então vigente enfeixava em suas mãos ambos os poderes,[84] estarão acaso, os dignos subscritores do "Manifesto", partindo do pressuposto de que, promulgada a Constituição, teria sido por esta revogada, *ipso facto*, e indiscriminadamente, tôda a legislação do govêrno de fato, isto é, do assim denominado "Estado Novo"?

Se assim é — e os têrmos em que se acha redigido o tópico supratranscrito daquele documento parecem claramente autorizar essa conclusão, — incidem êles em mais um grave equívoco.

25. O estudo das revoluções e dos governos de fato, tanto em suas origens como nos processos de seu desenvolvimento e nos seus efeitos, atrai hoje, e cada vez mais, a atenção não apenas dos sociólogos e dos tratadistas de ciência política, mas, principalmente dos constitucionalistas — êstes especialmente interessados na teoria jurídica das revoluções, isto é, naquela multiplicidade de problemas jurídicos, de alta relevância e grande interêsse prático, suscitados pelas revoluções vitoriosas e conseqüente implantação dos chamados governos provisórios, ou governos de fato.

É o reconhecimento pelos juristas de que as revoluções, ao lado de indagações filosóficas, sociológicas e políticas, apresentam igualmente uma "dimensão jurídica", que se revela em problemas tais como a implantação ou reconhecimento de novos ideais jurídicos, de novas "idéias de Direito", na expressão de Georges Burdeau; no restabelecimento da ordem jurídica conspurcada pelo arbítrio, ou pela ilegalidade; na formação, pelo processo revolucionário, de novos Estados, ou modificação dos existentes, e, finalmente, o grande problema, ou melhor, a série de problemas de caráter jurídico, relativos aos efeitos da revolução vitoriosa, a saber, sôbre a forma de govêrno e de Estado, o próprio govêrno e os órgãos estatais; sôbre a burocracia; sôbre a Constituição e legislação ordinária anteriores; sôbre a identidade do Estado obrigações e compromissos do Estado, internos ou externos, assumidos pelo govêrno deposto e pelos governos anteriores; sôbre os direitos individuais, civis ou políticos; sôbre as relações internacionais, e, finalmente, problemas relativos ao modo ou forma de atuação dos governos provisórios no restabelecimento da normalidade constitucional, limites políticos e jurídicos dessa atuação e valor de seus atos em face da nova Constituição.

Como se vê, compreende-se nessa vasta esfera de matérias não sòmente uma teoria jurídica das revoluções, pròpriamente ditas, mas também uma teoria dos governos de fato, donde haver sur-

---

84 V. Carta de 1937, Disposições Transitórias e Finais, arts. 178 e 181:

"Art. 178. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento Nacional serão marcadas pelo Presidente da República depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

"Art. 181. As Constituições estaduais serão outorgadas pelos respectivos Govêrnos que exercerão, enquanto não se reunirem as Assembléias Legislativas, as funções destas, nas matérias da competência dos Estados".

85 V. especialmente Kelsen, *General Theory of State and Law*, 1945, págs. 117 e segs.; Burdeau, *Traité de Science Politique*, 1951, vol. I, págs. 522 e segs.; Recaséns Siches, *El Poder Constituyente*, 1930, págs. 29 e segs.; Friedrich loc. cit., págs. 134 e segs.; Esmein, *Droit Constitutionnel*, vol. I, págs. 579 e segs.; Schmitt, *Teoria de la Constitución*, 1934, págs. 86 e segs.; Herrfardt, *Revolución y Ciencia del Derecho*, 1932; Sanchez Viamonte, *Revolución y Doctrina de Facto*, 1946.

Entre nós consultem-se, especialmente: Sampaio Dória, *Os Direitos do Homem*, 1942, págs. 641 e segs.; Pinto Ferreira, *Princípios Gerais de Direito Constitucional*

gido, modernamente, uma extensa literatura jurídica a respeito [85] desde que luminares da ciência jurídica admitiram, sem mais vacilações, a existência dessa ampla e relevantíssima dimensão jurídica das revoluções.

26. E examinando justamente êsse tema, agora suscitado, dos limites políticos e jurídicos da atuação dos governos de fato, e valor de seus atos, uma vez restabelecida a normalidade constitucional, isto é, em face de uma nova Constituição, a doutrina não vacila hoje em afirmar, como princípios assentes neste assunto, que as revoluções vitoriosas não destroem todo o ordenamento jurídico preexistente, mas ao contrário, essa legislação anterior permanece, salvo no que expressa ou implìcitamente fôr revogada pela nova legislação revolucionária.[86] Ou, em poucas palavras, subsiste o Direito não incompatível com a revolução, solução essa tradicionalmente aceita e adotada entre nós e, muitas vêzes, extensiva até mesmo a certos dispositivos da Constituição anterior.[87]

Do mesmo modo, restaurada a normalidade constitucional, mediante promulgação de uma nova Constituição, que se supõe sempre representativa das novas idéias, das novas concepções, da nova orientação social e política, democràticamente estabelecidas pelo Poder Constituinte, sòmente ficam revogados aquêles atos normativos do govêrno de fato incompatíveis com os novos dispositivos constitucionais.

Realmente, os governos de fato não dispensam a existência de uma certa normatividade, isto é, de um ordenamento jurídico que discipline seus atos administrativos e jurisdicionais e as relações de Direito Privado, entre os cidadãos. E implicam, portanto, como qualquer govêrno, também, nessa tarefa de criação e reelaboração de novas normas jurídicas. Por que, destarte, decretar-se *a priori* a revogação pura e simples da legislação revolucionária, às vêzes importantíssima, consubstanciando aquelas relevantes reformas de caráter jurídico e social que devem constituir a essência mesmo das autênticas revoluções, se tais normas vierem a se ajustar perfeitamente aos princípios, diretrizes e dispositivos da nova Constituição?

E essa consonância entre a legislação revolucionária e a nova Constituição deve configurar não a exceção, mas justamente a regra, pois é de presumir-se que o mesmo espírito revolucionário de reforma, que inspirou a primeira, presidindo sua elaboração, haja também orientado a nova Constituição, que na generalidade dos casos, e ao menos teòricamente, resulta dos mesmos surtos, da mesma vocação política, dos mesmos ideais da revolução vitoriosa.

E, se exemplo disso fôsse necessário, lembraríamos apenas as largas e oportunas reformas legislativas levadas a efeito sob o Govêrno Provisório Republicano de 1889 e 1891, sob a inspiração, entre outros, do grande Rui,[88] para não falarmos já em tantos decretos-leis do Govêrno Provisório de 1930-1934 e do govêrno de fato de 1937-1945, atos normativos de indiscutível alcance para o govêrno da União, dos Estados e dos Municípios e para a vida política, econômica e social da Nação, até hoje aplicados sem relutância, sem que os Legislativos, federal ou locais, se abalancem ao menos a retocá-los, a fim de aparar-lhes arestas, de invalidar-lhes dispositivos superados pelas novas condições políticas e sociais ou inspirados por um espírito que já não se coaduna

---

Moderno, 1951, vol. II, págs. 548 e segs.; Pontes de Miranda, *Poder Estatal, Poder Constituinte, Poderes Constituídos, Arq. Judiciário*, vol. 77, págs. 43 e segs.; Bento de Faria, *Retroatividade da Lei*, 1934, págs. 170 e segs.

86 V. Kelsen, loc. cit., págs. 117 e segs.; Herrfardt, loc. cit., págs. 137 e segs.; Esmein, loc. cit., n.º I, págs. 579 e segs.

87 V. *Proclamação do Govêrno Provisório* em 15 de novembro de 1889; dec. 19.398, de 11 de novembro de 1930, arts. 4.º e 5.º; Esmein, loc. cit., pág. 581.

com o da ordem constitucional vigente, ou até mesmo contrários à Constituição.[89]

E se é verdade que a Constituição de 1946 silencia sôbre a matéria, talvez por se haver julgado mais prudente deixar-lhe a solução aos princípios da doutrina e às decisões da jurisprudência, Constituições já tivemos, entretanto, que preferiram sancionar expressamente aquêles princípios.

Assim, em 1891, embora saíssemos de um regime monárquico para entrarmos, sob reformas fundamentais, no regime republicano, estabelecera expressamente a Constituição em seu art. 83:

"Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implìcitamente não fôr contrário ao sistema de govêrno firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados".

No mesmo sentido, e mesmo após as grandes transformações político-jurídicas de 1930, prescrevia a Constituição de 1934, no art. 18 das Disposições Transitórias:

"Ficam aprovados os atos do Govêrno Provisório, interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Govêrno, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e de seus efeitos".[90]

Longe iríamos na demonstração de que tanto a Constituição de 1891, como a de 1934, esta mais radical ainda na sua aprovação aos atos do Govêrno Provisório, apenas sancionaram princípios assentes tanto em doutrina, como na jurisprudência.

Depois do que aí fica, entretanto, e voltando àquele tópico do "Manifesto", perguntaríamos aos seus dignos signatários por que, em virtude de que princípio jurídico, por fôrça de que dispositivo constitucional, estaria o Decreto-lei estadual n.º 15.958 revogado pela Constituição de 1946?

Essa revogação, como se acaba de verificar, sòmente poderia ocorrer em duas hipóteses: ou por dispositivo constitucional expresso — e êste, ao que nos consta, nunca existiu, — ou implìcitamente, caso o mencionado decreto-lei violasse, direta ou indiretamente, implícita ou explìcitamente, algum princípio ou dispositivo da Constituição.

Ora, pelo modesto conhecimento que temos do Decreto-lei n.º 15.958, da matéria de que êle se ocupa, e do nosso Direito Constitucional, não descobrimos discordância alguma entre o referido decreto e a Constituição. E, muito ao contrário, como já se viu,[91] êsse decreto e depois dêle o Decreto-lei municipal n.º 365, de 1946, e depois de ambos, e com base nêles, o contrato da C. M. T. C., orientaram-se pela melhor doutrina, pelos melhores princípios sôbre a matéria, e ao inspirar-se nos arts. 137 e 147 da Constituição de 1934 e da Carta de 1937, na verdade anteciparam, na

---

88 Instituiu-se, por exemplo, o casamento civil; organizou-se a Justiça Federal; legislou-se sôbre o processo civil, sociedades anônimas, registro Torrens, hipotecas, privilégios e ônus reais; decretou-se o Código Penal e contratou-se a elaboração do Código Civil; inaugurou-se o sufrágio universal, com a lei Cesário Alvim. Pode-se dizer que tôda essa legislação prosseguiu aplicada após a promulgação da Constituição de 1891, e parte dela continua ainda em vigor.

89 Haja vista, por exemplo, o Código de Águas, o Código de Minas, a legislação sôbre energia elétrica (em muitos pontos revogada pela Constituição, mas ainda aplicada, como demonstramos em nossos trabalhos sôbre o assunto), os Estatutos dos Funcionários Públicos, Estadual e Municipal, a vasta legislação sôbre previdência social, Bancos, câmbio, contrôle de prepos, etc.

90 Êste dispositivo, como é notório, deu margem a sérias dúvidas, no tocante à extensão do vocábulo "atos", tendo-se firmado, afinal, a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a Constituição se referia a atos administrativos, isto é, decretos-leis, e outros atos dessa natureza, desde que não contrários, explícita ou implicitamente, à própria Constituição.

91 V. n.º 22, e segs., supra.

legislação e na prática administrativas, os princípios fundamentais sôbre concessões, hoje reproduzidos no art. 151 da Constituição, como diretrizes obrigatórias para a futura e tão esperada lei federal!

Como podem, à vista disso, estar revogadas pela Constituição essas leis locais que se apresentam justamente como precursoras da legislação federal, eis que já fazem viver e atuar, na esfera local, diretrizes da própria Constituição, que em outros setores jazem como letra morta, aguardando a lei federal, há tanto tempo prometida?

Pode-se discutir como já acentuamos, o mérito do Decreto-lei estadual número 15.958, em face das soluções que adotou para o problema dos transportes coletivos em nossa capital, e dêle discordar, por muitos motivos e sob vários aspectos. Jurìdicamente, porém, tanto êsse diploma legal, como o Decreto-lei municipal n.º 365, mostram-se, ainda aqui, absolutamente inatacáveis, perfeitamente inspirados pela melhor doutrina e em consonância perfeita com todos os princípios consagrados pela Constituição federal.

X — *O Projeto N.º 132/56, a Equação Financeira do Contrato e a Garantia Constitucional dos Direitos Adquiridos*

27. Poderíamos, talvez, dar por encerrado a esta altura êste nosso modesto trabalho, uma vez demonstrado, como ficou, que o Projeto n.º 132/56, consubstanciando não uma simples base tarifária, uma determinação legal genérica da remuneração devida ao concessionário, mas a fixação em concreto, atual e nos casos futuros, e através de lei,[92] do *quantum* das tarifas de todos os serviços públicos municipais concedidos, fere, de frente, o princípio constitucional da separação de poderes, por configurar flagrante violação das prerrogativas do Executivo Municipal, tais como estabelecidas na Constituição federal, na Constituição estadual e na Lei Orgânica dos Municípios.

É violação, também, do Decreto-lei estadual n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946 e do Decreto-lei municipal n.º 365, de 10 de novembro de 1946, os quais apenas sancionam o sistema político de distribuição de poderes e funções concretizados naqueles preceitos normativos superiores, especialmente os da própria Constituição federal.

28. Outro aspecto existe ainda, entretanto, a reclamar, embora ràpidamente, nossa atenção, qual seja o de uma possível e até mesmo mui provável violação, pelo Projeto n.º 132/56, da equação financeira do contrato celebrado entre a Municipalidade e a Companhia Municipal de Transportes Coletivos, a caracterizar, ainda aqui, outro vício de inconstitucionalidade — o consistente na lesão de direitos adquiridos, expressamente vedada pela art. 141, § 3.º, da Constituição federal.

29. Abandonadas, por não corresponderem, nem à realidade dos fatos, nem às doutrinas e conceitos jurídicos tradicionalmente aceitos, nem, afinal, às exigências do bem comum as teorias contratualistas, em cuja conformidade apresentar-se-ia a concessão de serviços públicos como ato única e exclusivamente contratual, mostra-se hoje absolutamente predominante, tanto em doutrina, como na legislação e na jurisprudência, a teoria do ato complexo, para explicar-lhe a natureza jurídica e os efeitos, especialmente nas relações entre o poder concedente e os concessionários.

A asserção do notável e saudoso jurisita platino, Prof. Alcides Greca, de que "a moderna doutrina do Direito Administrativo aparta-se, hoje, do velho conceito que considerava as concessões de serviços públicos como exclusivamente contratuais", é realmente confirmada pela torrente dos mais eminentes pu-

92 Observe-se que o Projeto 132/56 submete à "autorização especial" da Câmara, mediante lei, "tôda e qualquer alteração de tarifas das emprêsas concessionárias de serviços públicos municipais" (art. 3.º).

blicistas,[93] a ponto de poder afirmar Ange Blondeau "haver-se modificado profundamente, em poucos anos, a concepção que durante tanto tempo se tivera das concessões", acrescentando que "essa tranformação revela de maneira a mais vívida, a inspiração profunda do Direito Administrativo, correspondendo, antes de tudo, às exigências das concepções atuais.[94]

Mas em que consistirá essa teoria da concessão ato complexo, ato não exclusivamente contratual?

Eis o que ensina, a respeito, uma das autoridades máximas na matéria, o famoso e insigne Gaston Jèze:

"Muito se tem discutido sôbre a natureza da situação jurídica do concessionário de serviço público, isto é, do indivíduo ou indivíduos constituídos em sociedade, que tenham sido encarregados de fazer funcionar um serviço público.

I — Admite-se, hoje, que o ato de concessão é um ato jurídico complexo.

1.º Há, primeiro, no ato de concessão, a organização do serviço público, que é uma lei ou um regulamento, no sentido material. Enquanto encarregado de fazer funcionar o serviço público nas condições regulamentares, o concessionário acha-se numa situação geral e impessoal. Não foi em consideração da pessoa do concessionário que ao serviço se deu uma certa organização, e que êle deve funcionar de uma certa maneira.

O concessionário acha-se, portanto, do ponto de vista do funcionamento do serviço público, numa situação idêntica à do agente público, pròpriamente dito. Entretanto, êle não é um agente público; não faz parte dos quadros permanentes da organização administrativa.

2.º Há, em seguida, no ato de concessão, o contrato que cria, em proveito do concessionário ou a seu encargo, créditos pròpriamente ditos, ou débitos, isto é, situações jurídicas individuais.

Com efeito, o concessionário de serviço público é um empresário, que se propõe não um ato de filantropia, mas a consecução de lucros. Êle faz cálculos, antes de se comprometer a fazer funcionar o serviço, nas condições fixadas pela Administração pública. Êle leva em consideração os encargos pecuniários que terá de suportar com o empreendimento, e os lucros que dêle obterá. Isso é legítimo: o empresário deve gozar, a êsse respeito, de uma situação estável, intangível: a situação jurídica individual, criada pelo contrato. Mas isto não diz respeito, absolutamente, à organização ou funcionamento do serviço."[95]

Como se vê, ao lado de uma situação legal, regulamentar, concernente à organização e condições de funcionamen-

---

93 V. Duguit, *Traité*, cit., vol. II, págs. 66 e segs.: Jèze, *Les Contrats Administratifs*, vol. II, págs. 55 e segs.; Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, 1928. págs. 793 e segs.; Bonnard, *Droit Administratif*, 1940, págs. 707 e segs.; Gendin, *Los Contratos Públicos*, 1934, págs. 17 e segs.; Bielsa, loc. cit., vol. I, págs. 303 e segs.; Philippe Comte. *Essai d'une théorie d'ensemble sur la concession de service public*, 1934; Velazco, *Contratos Administrativos*, 1927, págs. 239 e segs.; Oviedo, *La Teoria del Servicio Público*. 1923, págs. 162 e segs.; Bullrich, *Curso de D. Administrativo*, 1929, n.º I, págs. 282 e segs.; Berthélemy, *Droit Administratif*, 1923, págs. 629 e segs.; Végleri, *Les modifications apportées par l'Administration a ses contrats*, 1927, págs. 86 e segs.; Magalhães Collaço, *Concessões de Serviços Públicos*, 1928, págs. 35 e segs. e 89 e segs. e Greca, loc. cit., vol. III, pág. 207.

Entre nós, v. especialmente Amaro Cavalcânti, *Responsabilidade Civil do Estado*, 1905. págs. 592 e segs.; Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, págs. 44 e segs.; Odilon C. Andrade, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, 1937, págs. 95 e segs.; Matos Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. II, págs. 113 e segs.

94 V. *La Concession de Service Public*, Paris, 1933, págs. 268-269.

95 V. *Cours de Droit Public — Le fonctionnement des services publics*, 1923, págs. 9-10.

to do serviço (relativas tanto à sua quantidade, como à sua qualidade), a concessão comporta, ainda, uma parte essencialmente contratual, consistente na remuneração assegurada ao concessionário, ou, para usarmos a linguagem dos modernos publicistas, na equação financeira do contrato.

E enquanto a situação legal ou regulamentar é geral, impessoal objetiva, concretizando-se em normas legais e regulamentares, essencialmente modificáveis em vista da necessidade de sua constante adaptação às exigências do próprio serviço e das necessidades coletivas, a situação contratual é individual, pessoal, subjetiva, neste sentido de que cria, para o concessionário, direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e à própria Administração.[96]

Essa a doutrina da quase unanimidade dos autores,[97] que vem conciliar, perfeitamente, os interêsses do público — que exige serviços de acôrdo com suas necessidades, com seus interêsses e com os progressos da técnica — com o interêsse do concessionário, que se resume, em última análise, não em oferecer êste ou aquêle tipo de serviço, nestas ou naquelas condições, mas em ter assegurada a realização da equação financeira do contrato, isto é, em obter o lucro que lhe foi prometido.[98]

Assim, por um lado, afirma-se em sua plenitude o poder de polícia do Estado, regulamentando amplamente as concessões, no tocante às condições de organização e funcionamento dos serviços e à sua constante adaptação às novas necessidades do público e à evolução da técnica. E, por outro lado, tudo isso se realiza sem prejuízo algum para o concessionário, de vez que se lhe ressalta sempre a obtenção do lucro líquido assegurado na lei e no contrato. Nestas condições, segundo bem acentua Koontz, "todos os contratos consideram-se hoje celebrados de acôrdo com as regulamentações presentes e futuras, julgadas necessárias à proteção da saúde pública, moral, segurança e bem estar do público.[99]

Daí, sem duvida, a exata afirmação de Philippe Comte, que sintetiza o pensamento atualmente dominante, em doutrina como na jurisprudência, de que "o único direito pròpriamente contratual do concessionário é o direito ao equilíbrio financeiro da emprêsa.[100]

Daí observar também Duguit, após salientar a diferença fundamental, nas concessões, entre a parte legal-regulamentar e a parte contratual, esta concretizada nas cláusulas financeiras que dão origem a uma situação subjetiva, a relações de devedor-credor:

S'il y a un contrat véritable réunissant tous les caractères du contrat tels qu'ils ont été déterminés plus haut au paragraphe 38, *il n'y a pas à rechercher si l'acte est de droit public ou de droit privé. Ses caractères sont et res-*

---

96 V. ns. 13 e segs., supra.

97 V. os citados na nota 76, supra.

98 O regime de "serviço pelo custo" realiza admiràvelmente, se executado com fidelidade, essas duas condições fundamentais dos serviços concedidos, o que fàcilmente se compreende pela essencial flexibilidade das tarifas, calculadas na base do custo do serviço.

99 V. Haroid Koontz, *Government Control of Business*, N. Y., 1941, pág. 52. Nesse sentido, tôda a melhor doutrina dos tratadistas norte-americanos, como, entre outros, Bauer, loc. cit., págs. 12 e segs.; Glaesser, loc. cit., págs. 156 e segs.; Mosher e Crawford, *Public Utility Regulation*, 1933, págs. 163 e segs.; Jones e Bigham, loc. cit., págs. 102 e segs.; Ernest Freund, *Administrative Powers over Persons and Property*, 1928, págs. 304 e segs.; Wright, *The Contract Clause of the Constitution*, 1938, págs. 132 e 236 e segs.

Essa, igualmente, a firme orientação da jurisprudência da Suprema Côrte e dos tribunais inferiores dos Estados Unidos, e a legislação federal e dos Estados, naquele país.

100 V. *Essai d'une théorie d'ensemble sur la concession de service public*, 1934, pág. 72.

tent toujours les mêmes, les conséquences qui s'y rattachent sont et restent toujours identiques. Toute autre solution conduit forcément à l'arbitraire.[101]

30. Como se vê, são hoje fundamentais, em matéria de concessão, estas duas idéias: de um lado, a essencial modificabilidade das condições de organização e funcionamento do serviço, e, de outro, a intangibilidade da equação financeira, em que se resume todo o interêsse do concessonário, situação essa magnìficamente sintetizada por Jèze, em mais esta passagem de sua obra monumental:

La solution correcte du problème consiste donc, d'une part, à reconnaître à l'administration le pouvoir de modifier l'étendue des obligations du contrat et même d'y mettre fin à tout moment; et d'autre part, à allouer au contractant une indemnité pécuniaire représentative de tout le préjudice subi par le contractant.

L'indemnité pécuniaire est nécessaire et suffisante. Le contractant n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'administration pour savoir comment le contrat doit être exécuté et s'il doit continuer à l'être. Le contractant est un entrepreneur qui à fait une affaire destinée à lui procurer un bénéfice pécuniaire. Du moment que le bénéfice prévu lui est assuré, tous ses intérêts légitimes sont sauvegardés.[102]

Essa, em nossos dias, a concepção universal, a que se refere o Prof. Bullrich, em matéria de concessões,[103] essa a transformação profunda, que revela uma nova inspiração do Direito Administrativo, em sua constante adaptação às exigências de uma nova sociedade, a que alude Blondeau.[104]

Essa intangibilidade da situação financeira, supra-acenada, transforma a própria concessão, isto é o direito subjetivo de exercê-la, de explorá-la — porque se trata, aqui, verdadeiramente, como se viu, de uma atividade econômico-lucrativa — numa *property*, na velha linguagem dos tratadistas e dos tribunais norte-americanos, a constituir, para os concessionários, verdadeiros direitos adquiridos de origem contratual.

De há muito já o assinalava, entre nós, o emérito Amaro Cavalcanti, com longa fundamentação até mesmo na jurisprudência do Conselho de Estado e do Supremo Tribunal de Justiça do Império,[105] e sua lição depara-se-nos sintetizada, ainda há pouco, por Francisco Campos:

"O que caracteriza, porém, a natureza jurídica do vínculo contratual é que por êle cada uma das partes adquire em relação à outra o direito às obrigações por esta pactuadas, não podendo uma das partes, sem a aquiescência da outra, modificar os têrmos em que se traduzir no contrato o estado de equilíbrio entre os seus interêsses".

---

101 V. *Traité*, cit., vol. I, pág. 699.

102 V. *Les Contrats Administratifs*, 1927, vol. II, pág. 246.

103 Loc. cit., n.º I, pág. 312.

104 Loc. cit., págs. 268-269.

Observe-se, de passagem, que até mesmo os autores italiano, como Forti, Cino Vitta, D'Alessio, Carnelutti, Raggi, e tantos outros, que ainda se apegam à teoria contratual, chegam, hoje, às mesmas conclusões e ao mesmo resultado, tal, aliás, como sucede nos Estados Unidos. Nesse sentido, entre nós, por ex., Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 1939, vol. II, págs. 256 e 278 e segs. e Rui Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, 1939, pág. 177.

105 V. *Responsabilidade Civil do Estado*, 1905, págs. 526 e segs., e especialmente à pág. 571: "Certo, uma vez feita legalmente a concessão, seja de bens materiais, seja de determinado privilégio para a exploração de indústrias ou para o gôzo de certas regalias e faculdades (a de conferir graus acadêmicos, por exemplo), semelhante concessão deve ser respeitada e mantida pelo Poder Concedente, como um direito adquirido pelo concessionário; êste ponto fica fora de dúvida. Mas o que não menos importa, é definir, ou melhor dizendo, circunscrever os limites e condições, essenciais ao exercício dêsse direito de natureza excepcional".

Ora, são êsses, exatamente, os feitos atribuídos à concessão por aquêles mesmos que contestam a sua natureza contratual.

Uma vez efetuada a concessão, o Poder Público se acha vinculado às suas cláusulas com a mesma fôrça, o mesmo vigor e a mesma obrigatoriedade que o concessionário; assim como êste não pode faltar impunemente ao estipulado, aquêle não poderá, sob pretexto da sua qualidade, subtrair-se ao exato cumprimento das obrigações e compromissos assumidos no ato da concessão. A concessão, representada pelo complexo das suas vantagens, se integra no patrimônio do concessionário, e qualquer ato da Administração, que importe em atentado contra a sua integridade, resultará para êle no direito de se reintegrar à custa do patrimônio coletivo.

A concessão é, portanto, o que os americanos chamam *property* (Abott, *Municipal Corporation*, vol. II, § 751; Dillon, *Municipal Corporation*, vol. III), isto é, um direito incorporado no patrimônio do concessionário, e que não é lícito ao poder público revogar, anular, diminuir ou alterar, na qualidade, que é a sua, de direito adquirido pelo concessionário, a saber, integrado no conjunto ou no complexo de valores, protegidos pelo Direito, e que constituem o seu patrimônio.[106]

31. De fato, como sucede em tôda violação de direito adquirido, o eventual desconhecimento do direito subjetivo do concessionário à equação financeira do contrato implicaria na obrigação de indenizar, como bem acentuam os autores citados.

As conclusões de Roubier, a maior autoridade no assunto, são a êste respeito incisivas, quando após observar que os contratos desempenham papel pouco importante no Direito Público — pois se acham sempre na dependência de um estatuto legal, de tal maneira que sofrem sempre o efeito das novas leis, adverte, entretanto, que os contratantes prejudicados devem ser indenizados, pois a retroatividade pròpriamente dita acha-se afastada, tanto no Direito Privado como no Direito Público:

D'autre part, les contrats, qui sont dans le droit privé soumis au régime de la survie de la loi ancienne, ne jouent en droit public qu'un rôle peu important; bien plus, les quelques contrats qu'on y recontre (concession administrative, etc....) sont toujours sous la dépendance d'un statut légal, de telle manière qu'ils subissent constamment l'effet des lois nouvelles; sans doute, ces modifications que les lois nouvelles font subir au contrat ne vont pas sans compensations, et notre droit administratif a prévu des dédommagements pour les contractantes lésés; mais même avec ces tempéraments, le régime des contrats de droit public ne peut être entièrement assimilé à celui des contrats (Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, III, § 402 et suiv.).

Cependant les différences qu'on vient de rélever ne doinvent pas nous faire perdre de vue que, si l'effet immédiat de la loi est plus frequent en droit public qu'en droit privé, dans tous les cas la rétroactivité proprement dite est proscrite aussi bien dans l'un que dans l'autre droit.[107]

Nesse mesmo sentido, a generalidade da doutrina e da jurisprudência,[108] e daí, nos Estados Unidos, a larga atenção concedida pelos autores e pelos tri-

106 *Pareceres*, vol. I, págs. 130-131.

107 V. *Les Conflits de Lois dans le Temps*, 1933, vol. I, pág. 464.

108 V. especialmente Sarria, *Derecho Administrativo*, págs. 82 e segs.; Bielsa, *Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 41; Alcides Greca, loc. cit., págs. 401 e segs.; Koontz, loc. cit., pág. 52; Gendin, loc. cit., pág. 171; Brugi, *La Proprietà*, vol. I, pág. 80; Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 1936, vol. I, pág. 106, e em geral os autores citados na nota 76 supra. Quanto à jurisprudência, v., entre nós, *Rev. dos Tribs.*, vol. 95/41, 122/291, 127/510, 128/559; *Rev. Forense*, vols. 33/72; *Direito*, vols. 10/70. V. a extraordinária e conhecida monografia de Rui Barbosa, *Os Privilégios Exclusivos na Jurisprudência Constitucional dos Estados Unidos*, Rio, s/d.

bunais às chamadas "tarifas confiscatórias", considerando-se como tais aquelas que não proporcionem ao concessionário um lucro considerado justo. Nesse caso, como salienta o Prof. Willis, quando as tarifas impedem a gestão bem sucedida do negócio, elas destroem a propriedade, e são, pela jurisprudência da Suprema Côrte, declaradas inconstitucionais:

If the rates prescribed for public utilities do not yield fair returns, the rates are held to be confiscatory. Confiscatory returns are not due process of law and are, therefore, unconstitutional. So far as the public utilities are prevented from getting returns which they otherwise would obtain, perhaps they are being subjected to a police power, but so far as they are assisted to obtain returns which they would not otherwise obtain, they are protected in their personal liberty. Even if they are subjected to some police power but not so much as they ought to be, it still is a question whether the Supreme Court is favoring the public utilities of favoring the public. ... ...

The answer to this question depends upon the determination of what is meant by confiscation. There were three possible theories which the Supreme Court might have adopted for the determination of this question: (1) *whether or not the rates destroy pre-existing values;* (2) *whether or not the rates prevent the successful operation of the business;* (3) *whether or not the Supreme Court thinks, on general principles, that the rates are confiscatory. In cases to be discussed later in this chapter, under the heading* "Correct Future Social Policy", *the Supreme Court for a time indicated that it was going to adopt the theory that rates are confiscatory only when they prevented successful operation of the business. Generally the Supreme Court has followed theory that returns are confiscatory when they tend to destroy pre-existing values; and this theory seems to be adhered to by the Court at the present time.*[109]

E o respeito pelos contratos é tal, na América do Norte, que o conhecido e emérito Prof. Ernest Freund, um dos mais ardentes defensores do interêsse público e do contrôle governamental das atividades privadas, assinalava, ainda há pouco, constituir a integridade contratual uma diretriz constitucional de primeira grandeza, que deve ser mantida sempre que possível:

The integrity of contractual obligation is a constitutional policy of the first order, and should be maintained wherever possible.[110]

E isto ocorre ali, observe-se, na ausência de taxas legais e contratuais preestabelecidas de remuneração dos concessionários, pois na generalidade dos casos, tratando-se de concessões antigas, ou de contratos omissos, são os próprios tribunais, nos Estados Unidos, os árbitros finais, em cada caso, da razoabilidade da remuneração, o que tem suscitado graves dificuldades para a regulamentação dos serviços públicos naquele país.

32. E' fácil imaginar-se, pelo que aí fica, qual deva ser a conclusão, entre nós, quando aos concessionários solenemente se assegure, mediante lei e cláusulas contratuais, a percepção mínima de uma remuneração definida, em que se concretiza, de modo definitivo, a equação financeira da concessão.

E' êsse, exatamente, o caso, sob consulta, da Companhia Municipal de Transportes Coletivos, em que tanto o Decreto-lei estadual n.º 15.958, de 14 de agôsto de 1946 (lei de autorização), como o Decreto-lei municipal n.º 365, de 10 de outubro de 1946 (lei orgânica do serviço), como, finalmente, o contrato de 24 de janeiro de 1948, celebrado en-

109 V. H. E. Willis, *Constitutional law of the United States*, 1936, págs. 776-777. No mesmo sentido, Gerstenberg, *American Constitutional Law*, 1937, págs. 224 e segs.

110 V. *Standars of American Legislation*, 1931, pág. 283.

tre aquela emprêsa e a Municipalidade, expressamente garantem à concessionária um lucro anual não inferior a 8%, podendo êsse lucro atingir 10% ao ano, sôbre o capital investido, modificável ainda para atender a alterações sensíveis no mercado monetário interno e no de títulos (Decreto-lei n.º 15.958, art. 1.º, § 1.º; Decreto-lei n.º 365, art. 6.º, *c*, 2.º; Contrato, cl. 21.ª a 30.ª).

E é conveniente observar-se a imperatividade do Decreto-lei n.º 365 a êsse respeito, quando estabelece:

"Art. 7.º Tôdas as vêzes que as tarifas não bastarem para a obtenção dos recursos referidos no artigo anterior e assim também, quando superarem as verbas ali previstas, serão elas obrigatòriamente revistas, a fim de serem elevadas ou baixadas para atender a sua finalidade", não sendo outra, aliás, — e mais explícita ainda — a do contrato:

"Cláusula 31.ª As tarifas, destinadas a obter uma adequada remuneração do capital escriturado, nos têrmos das cláusulas 21.ª a 23.ª e 30.ª, serão consideradas justas e razoáveis quando produzirem renda suficiente para cobrir o custo do serviço (cláusula 32.ª), devendo-se proceder à sua revisão sempre que se revelarem insuficientes para obtenção de tais recursos. Havendo excesso, será êste levado à Reserva de Estabilização (cláusulas 37.ª a 39.ª).

Parágrafo único. As tarifas serão também revistas: — obrigatòriamente, sempre que a Reserva de Estabilização ultrapassar de 15% do investimento, ou fôr insuficiente para completar o custo do serviço e, facultativamente, a critério da Prefeitura, quando a referida reserva exceder de 5% do mesmo investimento".

E o rigor do contrato, a êsse respeito, vai ao ponto de assegurar à Companhia a intangibilidade da equação financeira também nos casos de exigência, por parte da Prefeitura, de extensões ou outros acréscimos:

"Cláusula 17.ª Se a Prefeitura julgar necessário qualquer acréscimo ou extensão, poderá determinar sejam êstes levados a efeito pela Companhia, dentro de prazo razoável, que lhe será fixado pela Prefeitura, ouvindo-a prèviamente. À Companhia ficará assegurada, em qualquer hipótese, a equação financeira do contrato, mediante recurso à Reserva de Estabilização, ou na sua falta ou insuficiência:

a) à conta especial de crédito;

b) à subvenção do Município ou do Estado;

c) a aumento de tarifas, em caráter geral, ou apenas para a extensão considerada;

d) à combinação das medidas relacionadas nas letras *a*, *b* e *c*, desde que se apure, em tomadas de contas, que a mesma acarretou prejuízos para a Companhia, isto é, diminuição de sua renda para aquém do limite mínimo assegurado por êste contrato".

À Companhia Municipal de Transportes Coletivos assiste, destarte, direito indiscutível a tarifas que lhe proporcionem a obtenção dos lucros líquidos que a lei e o contrato expressamente lhe asseguram, e qualquer ato, do Legislativo como do Executivo, que lhe desconheça ou negue tal direito, não constituirá apenas violação do contrato e desobediência à lei, mas ofensa a direitos adquiridos, confiscação de sua propriedade, e como tal, violação também do art. 141, §§ 3.º e 16, da Constituição federal, passível, portanto, de nulificação por inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário (Constituição federal, arts. 101, n.º III; 141, § 4.º).

A verificação da ocorrência ou não dêsses prejuízos da Companhia, tenham-se êles verificado já anteriormente à majoração de tarifas determinada pelo Executivo, ou venham a ocorrer em virtude de uma nova e eventual redução tarifária, como a determinada no Projeto n.º 132/56, constitui pura questão de fato, que refoge por inteiro à nossa apreciação, embora elementos em nosso poder, fornecidos pelo Departamento de Serviços Municipais, indiquem que talvez nem mesmo com as tarifas atuais, majoradas pelo despacho do Executivo, conseguirá a Companhia Municipal de Transportes Coletivos atingir a remu-

neração que a lei e o contrato lhe asseguram.

XI — *Conclusões*

A exata solução do presente conflito entre a egrégia Câmara e o Executivo Municipal, desde que se a procure desapaixonadamente, e tendo-se em vista, apenas, de um lado, o interêsse público, e, do outro os direitos da concessionária consistiria a nosso ver num levantamento contábil rigoroso da escrituração da concessionária, levado a efeito com a assistência de representantes da egrégia Câmara Municipal, que proporcione um juízo absolutamente insuspeito e seguro de sua situação econômico-financeira real — que é notòriamente a pior possível, pois a Companhia não distribui dividendos, cremos, a partir do terceiro exercício de seu funcionamento, e seu passivo exigível se eleva, segundo é público, a mais de um bilião de cruzeiros. E que revele as eventuais falhas, vícios e irregularidades em seus processos de funcionamento e obtenção dos custos de operação, a fim de que possa a Prefeitura exercer, de um lado, a respeito do serviço concedido, seu amplo poder de regulamentação, no intuito de obter-se o menor custo possível, aspecto êsse do contrôle que indiscutìvelmente lhe cabe, pelos autores denominado "contrôle relativo a processos mais econômicos de execução".[111] E que permita à egrégia Câmara exercer, por outro lado, seu poder de legislar sôbre as bases de organização e administração da própria Companhia, adotando as reformas que forem julgadas recomendáveis.[112]

A extensão tomada por êste modesto trabalho não nos permite focalizar o assunto com o desenvolvimento que merece. Êle já se acha, todavia, longamente examinado pela doutrina e pela prática das Comissões de Serviços Públicos, na América do Norte, e nessas fontes encontrar-se-ão excelentes subsídios, sugestões e diretrizes, neste como em tantos outros problemas administrativos que ora nos afligem

Nem vai, nesta nossa despretenciosa e modesta sugestão, qualquer dúvida quanto à veracidade dos dados fornecidos pelo Departamento de Serviços Municipais e bem sabemos que senso de responsabilidade, que exação no cumprimento do dever, inspiram a ação de tantos dos seus dignos engenheiros, contadores e funcionários — mas apenas o intuito de proporcionar à egrégia Câmara um conhecimento próprio e mais completo da situação real da concessionária dos transportes coletivos — o que lhe constitui prerrogativa indiscutível, eis que, implícito, em tôda função legislativa, está o poder inspectivo.[113]

Poderá assim a egrégia Câmara, cujos altos intuitos de bem servir à coletividade, repetimos, nem por um momento pomos em dúvida, adotar, afinal, através das medidas legislativas que no caso couberem, aquelas modificações de base que se mostrarem aconselháveis, a fim de possìvelmente reduzir-se o custo do serviço e daí, indiretamente, as próprias tarifas.[114]

---

111 V., a respeito, as interessantíssimas observações de Dimock, *British Public Utilities and National Development*, 1933, págs. 59 e 301 e segs.; Wilson, Herring e Eutsler, loc. cit., págs. 206-207; Freund, *Administrative Powers*, cit., págs. 326-327; Glaesser, loc. cit., pág. 755; Thompson e Smith, *Public Utility Economics*, 1941, págs. 435 e segs.; Mosher e Crawford, loc. cit., pág. 91.

112 V., a respeito, as excelentes considerações do Eng. Plínio Branco, na *Fôlha da Manhã*, de 27 de maio de 1956, pág. 3.

113 V. Black, loc. cit., pág. 31; Cooley, loc. cit., pág. 78; Story, *Commentaries*, I, pág. 323; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Interpretação do Direito*, 1932, pág. 321; Ranelletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1937, págs. 226-227; Constituição federal, arts. 40, 53, 54; Constituição do Estado, art. 21, *n*; Lei Orgânica dos Municípios, art. 34, n.º I.

114 V. n.º 23, supra.

É de salientar-se, ainda, como já o fêz, aliás, o Eng. Plínio Branco,[115] que ao Poder Judiciário seria, outrossim, lícito, com base no Decreto-lei estadual n.º 15.958, e ainda no art. 78 da Lei Orgânica, determinar a redução das tarifas, no caso em que viessem a proporcionar à concessionária lucro superior ao permitido naquelas leis e no contrato de concessão. Isso, evidentemente, caso não o fizesse o próprio Executivo, no exercício regular e legítimo de sua competência.

33. À vista de todo o exposto, concluímos pela inconstitucionalidade do Projeto n.º 132/56, seja por constituir uma clara e indébita violação do princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes (Constituição federal, arts. 36, 18 e 28), ao infringir a distribuição de competências entre o Legislativo e o Executivo, tal como estabelecida pela Lei Orgânica, com fundamento e em obediência àquele princípio (Lei Orgânica, arts. 22, 47 e 52, n.º I), seja por redundar, ao que tudo indica, e segundo informam os órgãos técnicos desta Prefeitura, em desrespeito à equação financeira da concessão, estabelecida em lei e no contrato, e, como conseqüência, em ofensa a direitos adquiridos da concessionária, protegidos até mesmo pela própria Constituição federal (artigos 141, §§ 3.º e 16).

É o que nos parece.

É o que nos parece. S. M. J. — *J. H. Meirelles Teixeira*, Consultor da Prefeitura Municipal de São Paulo.