TERRENOS DE MARINHA E ACRESCIDOS — CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — EQUILÍBRIO FINANCEIRO — APROVAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DECRETOS-LEIS

— Os terrenos desapropriados e acrescidos de marinha, oriundos do atêrro para a construção do pôrto de Salvador, pertencem à União.

— Na concessão de serviço público é lícita a modificação, pelo poder concedente, do funcionamento do serviço, desde que fique assegurado o equilíbrio financeiro do contrato.

— Os decretos-leis expedidos entre a promulgação da Constituição e sua vigência foram por esta aprovados.

— Interpretação do art. 173 n.º III da Constituição.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Companhia Docas da Bahia *versus* Excelentíssimo Sr. Presidente da República.

Mandado de segurança n.º 17.957 — Relator: Sr. Ministro

ALIOMAR BALEEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de Mandado de Segurança n.º 17.957, do Distrito Federal, em que é requerente a Companhia Docas da Bahia e requerido o Exmo. Sr. Presidente da República, decide o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, preliminarmente, não conhecer da impetração, por maioria de votos, de acôrdo com as notas juntas.

Distrito Federal, 6 de dezembro de 1967. — *Luís Gallotti*, Presidente — *Aliomar Baleeiro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — A Cia. Docas da Bahia, concessionária do Pôrto de Salvador, requereu mandado de segurança "contra o ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, consubstanciado no Decreto-lei n.º 128, de 31-1-67", "que vedou às emprêsas concessionárias de serviços portuários:

"alienar sob qualquer título, mesmo como mandatários da União Federal ou do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, o domínio útil ou domínio direto dos bens imóveis integrantes dos acervos das concessionárias, ainda que tais imóveis sejam ou venham a se tornar desnecessários à exploração dos respectivos serviços portuários".

Acrescenta o art. 2.º do citado decreto-lei:

"Os bens imóveis que se tornarem desnecessários à exploração dos serviços portuários, após devidamente assim declarados pelos órgãos competentes, passarão a integrar o Patrimônio da União, *devendo a respectiva venda, se fôr o caso, ser precedida da compe-*

tente autorização legislativa, cumpridas as demais normas legais e regulamentares que regem a alienação dos bens imóveis da União".

2. Alega que é titular de concessão regida pelo contrato de revisão e consolidação de 3-11-20, lavrado de conformidade com as cláusulas aprovadas pelo Decreto n.º 14.417, de 16-10-20 — contrato êsse depois modificado pelas cláusulas aprovadas pelo Decreto n.º 18.855, de 25-7-29, de acôrdo com o qual foi redigido outro instrumento de 17 de agôsto do mesmo ano.

Dentre outras vantagens, êsses contratos lhe asseguram:

" — o chamado usufruto dos terrenos de marinha e acrescidos, necessários à construção do pôrto e não estavam aforados (em 1905) (cláusula 4.ª do contrato de ..... 3-11-1905);

— bem como assim o usufruto dos terrenos desapropriados e dos que forem aterrados".

E a cláusula 38, do contrato de 1920, estipula ainda:

"Durante o prazo da concessão, a Companhia terá, além do usufruto dos *terrenos de marinha,* de que trata o § 4.º da cláusula 2.ª, o usufruto dos *terrenos desapropriados* e dos que forem *aterrados, devendo* arrendar ou *vender,* nos prazos que o Govêrno determinar ou conceder, os que forem desnecessários aos fins da concessão, respeitadas no fim daquele prazo as disposições da Lei número 4.705, de 22-2-68, quanto aos terrenos de marinha".

Diz mais que o art. 12, parágrafo único, do Decreto n.º 4.705-1868 permitia a concessão dos terrenos de marinha "sem ônus de fôro", mandando que nestes casos se guardassem as cláusulas respectivas.

3. Realça que aquela cláusula 38 é uma das aprovadas pelo Decreto n.º 14.417, de 1920, expedido de acôrdo com Decreto legislativo 4.116, de 31-8-20, e decisão n.º 5, de abril de 1920, do Tribunal de Contas. Ainda tal cláusula 38 transcreve *ipsis litteris* cláusula IX, do Decreto n.º 9.293, de 8-1-12, que modificou algumas outras sôbre a execução do Pôrto de Salvador.

4. Explica que o produto da venda dos terrenos desnecessários à exportação daquele pôrto "devia ser levado à conta de amortização do capital, o qual, em princípio, deveria ser recuperado até o fim do prazo da concessão". Reduzia-se assim o capital a remunerar e isto permitia moderação das tarifas, aliviando os usuários.

5. Argumenta que o Supremo Tribunal Federal rejeitou Embargos da União, por Acórdão relatado pelo eminente Ministro Vilas Boas, no recurso extraordinário n.º 29.495, confirmando mandado de segurança que lhe foi concedido pelo Tribunal Federal de Recursos, para afastar empecilhos à venda da propriedade plena dos terrenos de marinha, nos têrmos do contrato, dado que o Serviço de Patrimônio entendera como alienável só o domínio útil. Deduz daí que o Supremo Tribunal Federal reconheceu seu direito de vender tais terrenos inclusive a propriedade plena.

6. Além disso, o União concordou várias vêzees com outras vendas na conformidade da cláusula 38, o que mostra a melhor interpretação desta — a derivada da execução tranqüila dada pelas partes contratantes.

7. O Decreto-lei n.º 128, de 31-1-67, então, teria violado direito líquido e certo da Requerente, quer lhe vedando alienar os terrenos, como mandatária da União, quer atribuindo ao Patrimônio a respectiva venda, mediante autorização legislativa, cumpridas as formalidades que regem a alienação dos imóveis federais.

"Por sua vez, o art. 2.º, do Decreto-lei número 128, infringe o art. 38, porque retira da concessionária o direito de alienar, para abater o produto da venda da importância do capital reconhecido, os bens imóveis reconhecidos desnecessários aos fins da concessão, para mandar que tais bens pertencentes à concessionária, por via de desapropriação, e portanto pagos, os conquistados ao mar por atêrro (acrescidos), feitos à custa da mesma, reconhecidos que sejam como desnecessários aos fins da concessão, *passem a integrar o Patrimônio da União* quando é certo que fazem parte do capital reconhecido, que vendidos ditos bens viria a ser diminuído da importância do produto da venda, com vantagem para a emprêsa, para o Poder concedente e para os usuários do pôrto.

Os bens da concessão, os que revertem por fôrça da cláusula contratual (LIII) são, enquanto a reversão não se verifica, de propriedade da concessionária, propriedade resolúvel, é certo, mas *si et in quantum* propriedade da mesma. É a lição de Clovis Bevilaqua (*Soluções práticas do Direito,* v. II, p. 97).

8. Finalmente, proclama que o artigo 1.º das Disposições Transitórias da Constituição

de 1967, não obsta a admissão da causa, por duas razões:

"porque a Constituição, promulgada e publicada a 24-1-67 (Diário Oficial de 24-1-67) não poderia aprovar, ratificar e dar por válidos e bons atos que ainda não existiam — *non erant in mundo* — na data em que a aprovação foi enunciada".

.....

"os atos contidos no Decreto-lei n.º 128, de 31-1-67, infringem e violam o artigo 150, § 3.º, da Constituição ao dispor, como dispõe, que

"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

9. O Presidente da República enviou as informações de f. 23 e seg., instruídas com exaustivo parecer do Dr. Hélio Proença Doyle, ilustre Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes, que, em resumo, argumenta:

a) não cabe mandado de segurança contra decreto com fôrça de lei em tese, conforme farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que cita;

b) o art. 173, da Constituição de 1967, excluiu da apreciação judicial os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e, dentre êles, expressamente, o de n.º 4/1966, nos Complementares, incluindo-se naqueles o Decreto-lei n.º 128, objeto do mandado de segurança e que faz remissão expressa ao art. 9.º do mesmo Ato Institucional n.º 4;

c) nada impede que o legislador disponha sôbre o aspecto estatutário das concessões de serviço público, ainda que, com isso, invalide estipulações contratuais, do que é exemplo a abolição da chamada "cláusula ouro" em favor dos concessionários com plena concordância dos Tribunais;

d) nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 53.984, relator o eminente Ministro Mota Filho, decidiu que "uma vez reconhecido que o terreno acrescido está sob o domínio direto da União, tem esta o direito de exigir do ocupante do mesmo a taxa de ocupação". Alude ainda ao recurso extraordinário número 56.982, Relator o eminente Ministro Evandro Lins, cuja ementa proclama que "terrenos de concessão portuária não podem ser vendidos livremente a terceiros". Ao recurso extraordinário n.º 29.495, de 1957, já mencionado acima, opõe que o Relator, o eminente Ministro Vilas Boas, no recurso extraordinário n.º 57.210, no Diário de Justiça de 17-11-66, p. 4.002, reconheceu a "legitimidade da taxa de ocupação sôbre área aterrada pela Cia. Docas da Bahia, em virtude de contratos feitos com a União e da legislação pertinente";

e) as cláusulas de concessão, como contratos de Direito Público, ficam sujeitas às alterações introduzidas por dispositivos legais posteriores, conforme copiosa doutrina que cita;

f) não procede a alegação da impetrante de que, por exigir uma resolução legislativa aprovando o contrato de 1912, básico de 1920, não estaria tal contrato sujeito às alterações posteriores em leis, pois o art. 151, *in fine*, da Constituição de 1946, manda aplicar a lei às concessões anteriores;

g) os terrenos em debate não pertencem à Concessionária impetrante, pois os "acrescidos de marinha" pertencem à União por fôrça do Decreto-lei n.º 9.760, de 5-12-46;

h) a impetrante só tem o direito que os arts. 151, da Constituição de 1946, e 160, da Constituição de 1967, garantem aos concessionários — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços, e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. A própria impetrante reconheceu a propriedade da União em 12-11-45, fls. 53;

i) a alienação dos terrenos não é da essência da concessão;

j) o Supremo Tribunal Federal considerou a cláusula 38.ª como delegação da União, que pode revogá-la, como aconteceu, sem que se ferisse direito adquirido.

Acompanham as informações fotocópias dos pareceres do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, quando Consultor-Geral da República, em abono das teses acima.

10. Opinou a Procuradoria-Geral da República, à fls. 72, pela denegação da segurança.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Êste relatório foi redigido há um mês e tanto, e, pela relevância jurídica e mesmo econômica

da causa, mandei entregar cópia aos eminentes Ministros, na época. Depois disso, recebi um erudito, brilhante, modelar memorial do eminente jurista Doutor Saboia Medeiros, realçando vários pontos aqui referidos muito sumàriamente. Abstenho-me de ler êsse memorial, porque S. Exa. está presente, ocupará a tribuna, e naturalmente o distribuiu aos Srs. Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Sr. Presidente, talvez fôsse mais metódico se tivesse começado o meu relatório pela parte das inconstitucionalidades alegadas. Entretanto, preferi partir daquela noção básica, que o eminente patrono dos impetrantes voltou a focalizar na sua defesa oral: o caráter do Decreto-lei n.º 128 como lei — se material, se formal.

S. Exa., no esplêndido memorial que nos distribuiu, lembrou a divisão de Duguit. Todos sabemos que, antes dêle, os juristas dividiram os atos jurídicos em atos-regra (para usar a própria linguagem de Duguit) e atos subjetivos. Duguit introduziu o terceiro tipo ou terceira categoria: o ato-condição. Êle e seus seguidores caracterizaram o ato-regra, de que é exemplo a lei, o regulamento, segundo alguns, até a instrução ministerial, a convenção coletiva de trabalho, como aquêles atos que regulam as *situações gerais e impessoais*, ao passo que os atos subjetivos focalizam as *situações individuais*. É dêsse ponto que eu quero partir.

O Decreto-lei n.º 128 dispôs de modo *geral* e *impessoal*, proibindo a todos os concessionários de portos — e não apenas à impetrante, a alienação, a qualquer título, do domínio útil ou o direto, dos imóveis que sejam ou se venham a tornar desnecessários à exploração portuária.

É, pois, *ato-regra*, ou lei, no sentido material, e não apenas formal, segundo Duguit e os que o seguem como Jèze, R. Bonnard e vários outros.

O mandado foi impetrado inequìvocamente para invalidar uma lei material em tese, pois a Requerente não argúi qualquer ato administrativo de execução dêsse diploma.

Assim, a meu ver não procede, *data venia*, o argumento de que êsse decreto-lei seria, não uma lei com sangue, carne, ossos, nervos de lei, mas, uma lei apenas com o nome de lei, uma lei formal, envolvendo, na realidade, um puro ato administrativo. É uma lei geral e impessoal; ela regula um campo enorme da superfície social.

Antiga, mansa e torrencial jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagrada na *Súmula* 266, repele o cabimento do mandado de segurança contra lei em tese.

É a primeira vez, creio, que o Supremo Tribunal Federal enfrenta a argüição de invalidade dos 115 decretos-leis expedidos pelo Presidente da República, no período entre 24-1-67, data da Constituição em vigor, e 15-3-67, data da promulgação da nova Carta Magna. Isso imprime excepcional relevância ao julgamento desta causa em que se discute a nulidade dêsses 115 diplomas sôbre os mais graves e vários assuntos.

Investe a impetrante contra o Decreto-lei n.º 128, de 31-1-67, porque, posterior à assinatura da Constituição em vigor, não estaria debaixo da indenidade das Disposições Transitórias pelo pressuposto de que se não aprova o que ainda não existia ao tempo da aprovação.

O Sr. Advogado da Requerente — Permita-me dizer a V. Exa. que eu não argúo a inconstitucionalidade dêsses decretos. Eu argumento que o Supremo Tribunal Federal não está inibido de apreciar êsses atos se algum dêles lesar direito líquido e certo. Não estou, absolutamente, contestando a autoridade do Presidente para êsses 15 ou 20 atos que êle praticou.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Por outras palavras, acho que o eminente patrono da impetrante considera esgotado o período em que êsses decretos-leis gozariam do *bill* de indenidade da Constituição. O *bill* da indenidade teria como conseqüência a revisão judicial. Sua Excelência que, em relação ao decreto-lei posterior a 24-1-67, estaria restituído ao Poder Judiciário a atribuição de rever a constitucionalidade ou, enfim, a compatibilidade dêles com os direitos fundamentais da Constituição.

Não entendo assim. O Presidente da República expediu o Decreto-lei n.º 128 e outros 114 diplomas, naquele período, por fôrça do Ato Institucional n.º 4/66, que ficou expressamente convalidado pelas Disposições Transitórias, as quais adiaram para 15-3-67 a promulgação da nova Carta Política, como de fato ocorreu. Certo é que o Supremo Tribunal Federal tem assegurado execução a outros decretos-leis posteriores a 24-1-67 e anteriores à promulgação da Constituição vigente.

Não padece dúvida de que, diversamente das anteriores, a Constituição de 1967, por disposição expressa, retardou sua promulgação e sua vigência para quase 60 dias após sua assinatura, com o manifesto propósito de assegurar ao Presidente da República um período de poder discricionário com a atribuição de expedir decretos-leis (art. 189).

Foi a promulgação e não a assinatura — penso — que imprimiu eficácia à nova Carta Política.

Quanto ao mérito, não me parece haver direito líquido e certo da impetrante, digno de amparo pela via excepcional do mandado de segurança.

Dos terrenos disputados, uns poucos teriam sido oriundos da desapropriação do domínio útil, como aconteceu com trapiches seculares onde, até pouco depois de 1912, ondulava o mar no sopé da montanha que abriga a cidade de Salvador. Existe, nêles, a Av. Jequitaia, quase ao nível do mar, aberta há cerca de 30 anos. Teriam sido desapropriados com recursos do Govêrno Federal, segundo afirmam os anexos às informações. Outros — a maior parte, resultaram do pôrto construído a partir de 1912, fazendo o mar recuar quase um quilômetro ao longo de 2 ou 3 km de cais. Êstes são jurìdicamente, "acrescidos de marinha", como tais, do domínio da União, segundo leis ou atos com fôrça de lei, desde os tempos da Coroa Portuguêsa, que os reservava à Fazenda. Ou fôssem para pesca, ou para a navegação, os reis lusitanos não admitiam que o particular, proprietário da terra à beira do mar, pretendesse o domínio e a posse da praia ou da orla marítima, que se entendia pública, para uso comum de "todos os moradores" (p. ex. Alvará de 10-1-1732). Embora não codificado nessa parte, o Direito luso já existia e tomou forma, depois da Independência com a Lei de 15-11-1831 e o Decreto n.º 4.105, de 22-2-1868.

Não só as 15 braças crâveiras da preamar média de 1831, mas também, todos os terrenos que se tiverem formado natural ou artificialmente ao longo do mar e dos rios, até onde, nestes, se faz sentir a influência das marés. Enfim, os designados como os acrescidos à faixa das marinhas.

Antes da Independência, há vários atos da Coroa Portuguêsa ou de seus delegados, concedendo aforamento de marinhas inclusive "acrescidos" para cais, trapiches e estabelecimentos de particulares, que jamais levantaram dúvidas sôbre o domínio real dessas áreas. E as autoridades coloniais sempre repeliram os que pretendiam a posse, sem título especial, dessa faixa (Ver o rol de leis, alvarás, avisos etc., etc., em Madruga, *Terrenos de Marinha*, Rio, 1928, ou A. Caetano Júnior. *Repertório da Legisl. s/Docas, Marinha, etc.*", Rio, 1901). Logo, não pode haver controvérsia sôbre o domínio da União quanto aos terrenos conquistados ao mar, como já lhe pertencia a propriedade nua do solo onde existiram os seculares trapiches do Xixi, hoje Av. Jequitaia. Os mapas conservados no livro de L. Vilhena, escrito no fim do século XVIII ou primeiros anos do século XIX, e publicado pelo Estado da Bahia no Govêrno Seabra, mostram qual era a situação da praia àquele tempo. E nos arquivos da impetrante há numerosas plantas do *statu quo ante* 1912. Lembro-me de as ter utilizado, na minha juventude, em demandas de particulares sôbre os antigos trapiches desapropriados e revendidos.

Aliás, a própria impetrante reconhece que só lhe cabia o usufruto dos terrenos de marinha, naturais ou acrescidos, e dos desapropriados, não necessários à operação do pôrto.

Alega que, como "mandatária contratual", vendia tais bens da União e "o produto da venda devia ser levado à conta de amortização do capital, o qual, em princípio, deveria ser recuperado até o fim do prazo da concessão..." (fls. 4).

Não houve mandato irrevogável nos têrmos do Código Civil em condições tais que a cassação dêle não tivesse eficácia. Na pior hipótese, para a União, ela poderia revogar tal mandato e apenas responderia por perdas e danos, acaso verificáveis.

Mas, no caso, as Constituições posteriores ao contrato e de eficácia imediata estabeleceram que lei especial regeria o *status* de concessionária de serviços públicos e seria aplicável às concessões anteriores, cujos titulares gozariam sempre da chamada "equação financeira", objeto de luminosa monografia do Prof. Caio Tácito, à luz das leis brasileiras, de Direito Comparado e da doutrina (*R.F.* 194/15; 195/21 e 196/37).

Queria lembrar que Gaston Jèze, tantas vêzes citado como administrativista, foi também, na opinião de alguns, inclusive do Professor Duverger, que dêle se afasta doutrinàriamente, como a maioria dos financistas franceses da primeira metade do século XX, dizia que é preciso analisar, na figura da concessão de serviço público, não apenas o contrato de direito administrativo ou mesmo o conteúdo de direito material

que nêle se envolve, mas também, uma operação financeira de empréstimo.

Na realidade, êsse contrato, que hoje é considerado moribundo, talvez fadado a desaparecer no futuro, êsse contrato importa numa operação financeira, pela qual o cessionário põe seu dinheiro à disposição do Govêrno, como empréstimo, para realizar, êle mesmo, determinadas obras e determinados serviços públicos, para adquirir equipamentos, num cálculo pelo qual, através de anuidades, consegue, como pressuposto da previsão da expansão do País, reaver seu dinheiro a longo prazo. No caso, é de 90 anos.

Primeiro, esta parte.

Segundo, *data venia* do eminente patrono, acompanho o ilustre Procurador-Geral da República, em seu ponto de vista de que essa figura da concessão foi de muito favor no século XIX, mas sofreu profunda modificação, sobretudo pela ação do Conselho de Estado e dos administrativistas franceses. Hoje, admite-se que não apenas a parte estatuária dêsse ato complexo, misto, duplo, contrato — e — regulamento, possa ser modificada. Também a parte contratual, dado que a emprêsa *tem sempre a garantia da equação financeira.*

O que o Govêrno não pode é tirar-lhe o equilíbrio financeiro, não pode, de maneira nenhuma, privá-la de uma renda pela qual ela possa obter seu lucro, pagar dividendos e juros de seus empréstimos, obter novos empréstimos, amortizá-los dentro do prazo contratual, realizar novos investimentos e reaver, no tempo, o capital efetivamente aplicado.

Acredito que no serviço público, por meio de regulamento, lei ou contrato, o concedente pode modificar a estrutura do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus às concessionárias.

A impetrante, pelos arts. 151 e §, da Constituição de 1946, e 160, II, da Constituição de 1967, auferirá sempre gôzo de tarifa adequada não só para manutenção e ampliação de seus serviços, mas também, para remuneração e amortização de seu capital efetivamente investido e tombado, de sorte a recuperá-lo, quando, finda a concessão, os equipamentos reverterem à concedente.

A base dêsse art. 151 e § da Constituição de 1946 está tôda nessa construção doutrinária jurisprudencial dos administrativistas, como do Conselho de Estado e sobretudo daquela comissão americana — a *Federal Power Comission,* a ponto de o Govêrno brasileiro ter traduzido, até com anglicanismo evitável, as disposições dela sôbre a maneira de contabilizar os investimentos elétricos. Refiro-me ao decreto pelo qual se regula a contabilidade das emprêsas elétricas.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — O serviço é público e a Administração não pode abandoná-lo em poder do particular, nem alienar.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Não pode é abrir mão do seu *status* do Poder Público.

Uma concessão por um prazo de 60 ou mais anos, não tem o direito de impedir que o Poder concedente aja como lhe parecer mais justo, mais compatível com as circunstâncias dos novos tempos e mais conveniente ao interêsse público.

A geração que trabalhou e governou em 1905 já acabou. As novas gerações, os que estão nascendo agora e que vão viver até 1995, não podem ficar vinculados a isto, contanto que se salvaguarde aquêle equilíbrio financeiro sem o qual a concessionária não poderá manter-se e manter o serviço, nem reaver seu capital.

Mas, durante o prazo da concessão, o legislador federal poderá regular o assunto discricionàriamente, mantendo ou retirando a delegação para venda de seus bens confiados à concessionária e dispondo como lhe parecer melhor sôbre o destino e administração dêsses elementos do patrimônio nacional. Poderá rescindir o contrato a qualquer momento e, nesse caso, não deverá mais do que o investimento efetivo ainda não amortizado.

Nada perde com o Decreto-lei n.º 128 a impetrante, porque apenas há transposição de unidades nos têrmos daquela equação financeira, que sempre lhe é garantida.

A expressão não é apenas uma metáfora matemática, é, realmente, uma equação.

Se o Govêrno, partindo do princípio de que o investimento efetivamente tombado, registrado, é de x, e a emprêsa tem custo de y, necessita de um rendimento de z, tôda vez que aumentarem ou diminuirem os custos, ou se aumentar ou diminuir êsse patrimônio sôbre o qual se calcula o rendimento necessário, haverá uma modificação no outro têrmo da equação.

É sempre mantida a igualdade da equação entre ônus e vantagens, entre ônus e rendas.

A União não lhe acenou com a amortização do capital, antes do prazo, como di-

reito subjetivo, antes do fim da concessão. Só no fim desta. E as tarifas adequadas resolverão o assunto. Se isso onera os usuários, o problema é da União e não da impetrante.

E não creio que esta houvesse diminuído em qualquer tempo seus preços públicos por obra das vendas dos terrenos.

Ela nunca baixou suas tarifas. Vendeu muitos terrenos, mas continua a contabilizar de tal modo que nunca houve moderação de tarifas por isso.

Pelo menos, não o prova, nem mesmo alega. Refere-se apenas à posibilidade de isso acontecer.

Além dos mestres brasileiros, como Temístocles Cavalcanti, Mazagão, F. Campos e outros citados nas informações da Presidência da República, é dominante na fase contemporânea, desde algumas décadas já, após evolução, batida pelas vagas revoltas de muitas controvérsias e doutrinas, a de que a concessão de serviço público é ato complexo, misto de regulamentação, ato-condição e contrato.

O Estado concedente não abre mão de regular o funcionamento de serviço nem o regime dos bens públicos envolvidos no negócio. Jèze, R. Bonnard, Labaudère, Waline, Revero e não sei quantos outros o ensinam desde muitos anos e suas lições foram acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência do Brasil.

Há até quem diga que, na realidade, domínio a concessionária não tem de nada. O solo é, geralmente, do Poder concedente, o Estado, como, por exemplo uma queda d'água para fornecer energia elétrica, ou uma beira de praia ou faixa de marinha, para construir um cais. Tudo é marinha. Tudo o que se puser ali pertence ao Poder concedente. O direito que a concessionária tem é o de não ser espoliada pelo concedente, no que investe, sem que lhe paguem. Mas a concessionária não pode pedir lucros aleatórios que teria no futuro, se o contrato corresse do mesmo modo até 1995.

O Estado não abdica de seu poder regulamentar, mas está no dever de tornar efetiva a equação ou equilíbrio financeiro do concessionário, de sorte que êste não seja ludibriado na expectativa de recuperar o capital, remunerá-lo durante a exploração, desde que se conforme com padrões racionais de exploração econômica, aliás, hoje regulados em lei ou regulamentos, e fiscalizados pelas autoridades. É o que está cristalizado e inplícito nos arts. 150 da Constituição de 1946, e 160, da Constituição de 1967. Se isso vier a ser negado abusivamente à impetrante, terá ela então meios judiciais de pedir a composição dos prejuízos reais daí resultantes.

Nunca, porém, a violenta pretensão de invalidar um decreto-lei, um ato-regra do legislador federal, no campo de sua competência.

Em qualquer tempo, se lhe convier, haja ou não reservado êsse direito, a União poderá fazer o máximo, — pôr um ponto final no contrato, — encampando o serviço, ressalvado o direito de a concessionária a indenizar-se apenas do que efetivamente investiu e não foi amortizado, segundo dados contábeis e verificações realísticas. Nada mais.

A União não poderá locupletar-se indèbitamente, mas não está adstrita à duração do contrato.

Não há jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, pois os poucos julgados que, indiretamente, versaram a cláusula 38, foram proferidos sôbre litígios entre a União e adquirentes dos terrenos acrescidos, na qualidade de devedor da taxa de ocupação ou dos laudêmios. E, mais importante, há acórdão nos dois sentidos, uns reconhecendo o direito da União a êsses rendimentos, como titular da propriedade nua contra titulares do domínio útil (admitida taxa de ocupação no recurso extraordinário n.º 57.210, Relator Ministro Vilas Boas; *idem*, recurso extraordinário n.º 53.984, Relator Ministro Cândido Motta; recurso extraordinário n.º 56.892, Relator Ministro Evandro Lins; recurso extraordinário número 56.732, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, de 10-8-67, pendente de embargos), outros, admitindo que a venda abrangeu o domínio pleno (embargo de recurso extraordinário n.º 29.495, Relator Ministro Vilas Boas, e os relatados pelo Ministro Vítor Nunes, recurso extraordinário n.º 33.935, de 26-10-65 baseado no precedente do embargo de recurso extraordinário n.º 29.495, e embargo de recurso extraordinário n.º 53.984, pendente de embargos, julgamento adiado em 6-10-66).

Depois de redigido êste relatório, o Pleno decidiu o embargo de recurso extraordinário n.º 53.984, vencendo o voto do eminente Ministro Elói da Rocha, contrário à tese da União.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Acompanhei, no embargo recurso extraordinário número 53.984, o voto do eminente Ministro Victor Nunes...

O Sr. Sabóia Medeiros (Advogado): — Foi o caso caso do Bank of London.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — ... no sentido de que os terrenos vendidos não estavam sujeitos à taxa de ocupação exigida pela União.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — *Data venia*, acredito que a impetrante só poderia ter vendido o domínio útil, até pela inalienabilidade inerente aos terrenos de marinha, segundo legislação velhíssima sempre reafirmada.

De qualquer modo isso não é relevante para solução do caso, que cuida dos efeitos futuros do Decreto-lei n.º 128/67 e não dos efeitos das vendas pretéritas.

A meu ver, o decreto-lei não se interessou pelo que a Companhia já fêz até hoje, mas pelo que ela faria daqui por diante. A meu ver, o decreto-lei tem eficácia imediata, não porém retroativa.

Reporto-me às lições de Roubier no *Droit Transitoire*.

Por essas razões, — que não são tôdas — não conheço do mandado de segurança, por incabível no caso, que, em qualquer hipótese, não apresenta violação de direito líquido e certo da impetrante.

O Sr. Ministro Luís Gallotti (Presidente) — V. Exa., portanto, não conhece, por entender que a impetração se dirige contra decreto-lei normativo. Assim, entende V. Exa. que o mandado de segurança é requerido contra a lei, em tese. *De meritis*, nega a segurança, por entender que não há direito líquido e certo.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Exato.

VOTO S/PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djaci Falcão — Sr. Presidente, ao que pêse as brilhantes considerações trazidas pelo eminente advogado, não ponho dúvida de que, na espécie, se trata de lei em tese. Cuida-se, nesse decreto, na verdade, de uma norma genérica e impessoal, destinada a reger tôdas as concessionárias. Por isto, estou de inteiro acôrdo, acolhendo a preliminar do eminente Relator.

VOTO S/PRELIMINAR

O Sr. Ministro Prado Kelly — Sr. Presidente, peço a paciência do Tribunal, porque são muitas as questões levantadas, mesmo no tocante à preliminar. Há vários aspectos que não podem passar despercebidos.

Trata-se de interpretar o art. 173, inciso III, isto é, se atos de natureza legislativa, do Poder Revolucionário, tanto vale dizer, atos cuja apreciação nos é vedada, devem constituir normas de lei do ponto de vista material, ou do ponto de vista formal.

O Sr. Ministro Luís Gallotti (Presidente) — Mas o eminente Ministro Aliomar Baleeiro não considerou vedada a apreciação, tanto que apreciou.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Êle juntou a esta razão a de ser contra o direito em tese. Melhor esclarecerá o eminente Ministro Aliomar Baleeiro.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Parti da regra velhíssima, da Côrte Suprema, há mais de cem anos: — quando não fôr necessário, não se decidirá o tema constitucional. Assim será feito quando o caso puder ser resolvido por outro modo. E isso poderá ser feito neste caso.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Mas, de qualquer maneira, ou pela consideração de que se trata de uma norma geral e contra ela não cabe mandado de segurança, ou pela consideração de que a matéria ficou vedada pelo art. 173, inciso III, é indispensável, numa ou noutra hipótese, examinar o alcance do Decreto-lei n.º 128.

Que é geral, é. Que se aplica para o futuro, não há dúvida. Mas a aplicação automática dessa norma ao regime contratual das emprêsas concessionárias de portos importa, evidentemente, em alterar as condições contratuais. Então, é preciso verificar que, no tocante a êsse alcance, no que tange a êsses efeitos, há atos administrativos implícitos na formulação da lei. São atos administrativos, embora, formalmente, se trate de ato legislativo. Mas já não são de natureza legislativa, porque o que se está prevendo, embora abrangendo todos os contratos de igual natureza quanto à exploração de portos, é modificar o regime contratual adotado.

Então, a discussão se converte noutra. É possível a revisão dessas concessões, no que diz respeito às cláusulas meramente econômicas?

No tocante às cláusulas regulamentares, não há dúvida.

Se se tratasse também de rescisão, é evidente que o Poder Público não ficaria adstrito a impor aos usuários um serviço incompatível com o conceito que êle tivesse de necessidade. Caberia uma ação de perdas e danos, futuramente.

Neste sentido já me manifestei no Plenário, em caso também rumoroso.

Mas, aqui, há previsão contratual, consubstanciada em duas cláusulas: a cláusula 9.ª do Decreto n.º 5.550, de 1905, que se referia a usufruto de terreno de Marinha, que passou a constituir a cláusula 9.ª do têrmo do contrato, e as cláusulas 4.ª e 11.ª do contrato.

"Cláusula 9.ª — Durante o prazo do contrato a companhia terá o usufruto dos terrenos de marinhas que forem necessários às obras e suas dependências e que ainda não estiverem ocupados, bem como dos desapropriados e aterrados. De acôrdo com o Govêrno, a companhia poderá arrendar os terrenos acrescidos, que não forem necessários aos fins desta concessão, nem à abertura de ruas, praças ou outros logradouros ou edifícios públicos, fazendo o produto do arrendamento parte da renda bruta de que trata a cláusula 21.ª".

Esta cláusula é, evidentemente, uma contraprestação econômica. Esta não pode ser incluída entre as cláusulas meramente regulamentares do contrato de concessão.

Vem, então, uma indagação superveniente: se o poder de revisão é um poder permanente assegurado ao concedente, na conformidade do artigo 151, da antiga Constituição de 1946, e do art. 160, da atual, porque, em nenhum caso, se deve romper a equação econômica do contrato.

Resta indagar-se se o Govêrno, impondo essa restrição ao que convencionara com a emprêsa concessionária, deu, por sua vez, a comprensação recomendada no texto constitucional.

Ora, essa compensação só se poderia estabelecer — disse-o muito bem o eminente Relator — pelo critério estatuído no art. 160 da Lei Básica, critério êsse de tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços, enfim, que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Só dessa maneira, Sr. Presidente, é que se restabeleceria a equação econômica rompida.

Mas, se é êste o próprio pressuposto do voto do eminente Relator, não é um agravo ao direito da concessionária romper o equilíbrio sem prever a compensação?

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Não. Está na Constituição. O processo para essa compensação é administrativo.

O Sr. Ministro Prado Kelly — A lei que retirou vantagens contratuais às concessionárias dêsses serviços não previu nenhuma forma de compensação. A lei, evidentemente, poderia rever, estabelecer critérios para a revisão dos contratos, mas revê-los na conformidade do que recomenda o próprio texto constitucional.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) V. Exa. me permite?

O caso é o mesmo de uma concessionária de estrada de ferro que, de agora em diante, tenha de suprimir tôda as rampas de tantos graus, alargar curvas etc. Isto se faz muito. Ou deverá substituir o carvão de pedra e o vapor por óleo diesel, eletricidade etc. Isso pode exigir nôvo investimento e, com êle, a necessidade de reequilibrar-se a equação financeira da emprêsa.

O processo de reconhecer o valor efetivo do investimento e de recompensá-lo, restabelecendo a chamada equação, não pode ser em lei. Esta diz como será feito, apenas. Tem que ser um processo administrativo, técnico, até mesmo ontraditório, dando-se vista etc. Como está regulado, não conheço o caso específico das companhias portuárias, mas conheço o das companhias de eletricidade. Periòdicamente, mercê de mecanismo contábil complicadíssimo, restabelece-se o equilíbrio, com adicionais à tarifa.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Se ao dispor do poder concedente está a faculdade de rever o contrato, com a recomendação de não romper o equilíbrio de interêsses entre as partes, é evidente que devia estar também na previsão governamental, no caso, a suspensão dos efeitos dessas medidas para as concessões em curso, até que se procedesse à revisão, de acôrdo com as recomendações do próprio texto constitucional.

O fato de desde logo retirar uma vantagem, sem dar compensação de qualquer natureza, disse muito bem o eminente Relator — pode determinar a iniciativa, por parte da emprêsa concessionária, no sentido de ver restabelecido o equilíbrio daquelas relações. Isto é possível.

Mas, por outro lado, a violação imediata, com efeito automático, de cláusula econômicas do ajuste, sem que lhes fôssem fornecidos, através de processo de revisão, os meios de compor os prejuízos daí resultantes, daria, a meu ver, lugar ao mandado de segurança, desde que o seu escopo fôsse o de garantir a cláusula contratual, até que, através de revisão adequada, na qual se mantives-

se a equação econômica, fôsse encontrada outra fórmula para o cumprimento das normas do Decreto-lei n.º 128.

Se tivesse que conceder em parte o mandado de segurança, haveria de sê-lo nestes têrmos, para os quais admito a idoneidade do *writ*.

Preço escusas ao Tribunal, por ter tomado o seu tempo.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Ela tem o direito de exigir o restabelecimento da situação econômica, enfim, da equação financeira, se foi modificada pelo ato do Presidente da República.

O Sr. Advogado — Peço licença a V. Exa. para dizer que a lei vigente que rege o contrato é a Lei de 1868, que manda que, nas concessões de terrenos de marinha feitas sem ônus de fôro (e a Companhia Docas da Bahia não é foreira), se respeitarão as cláusulas respectivas. Isto é texto categórico de lei. Ora, trata-se de uma cláusula econômica de uma vantagem para a Companhia, que está enumerada entre os favores que o art. 4.º diz. Entre os favores consta o usufruto dos terrenos de marinha. E, de outro lado, uma delegação contratual é como uma procuração irrevogável, em virtude do contrato. Uma delegação contratual não pode jamais ser revogada por qualquer lei.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — Sr. Presidente, ouvi com tôda a atenção e respeito que merece o eminente patrono da causa, mas de 1868 para quase 1968 (faltam apenas um mês e dias) muita água passou debaixo das pontes e muitas leis saíram da imprensa Oficial. Em matéria de terrenos de marinha, uma cadeia delas, e em matéria de Constituição, pelo menos quatro, sem falar nas emendas. Ora, as Constituições têm, sem nenhuma dúvida, eficácia imediata e, se entender assim, até retroativa. O legislador constituinte cria direito nôvo, determina sua vigência e sua aplicação aos contratos anteriores. Pelo regime da nossa Constituição, que erigiu o princípio da irretroatividade como garantia constitucional, as leis ordinárias, que não podem buscar no passado os efeitos já produzidos, e consolidadas em situações definitivas, pretéritas, todavia ninguém contesta, — pelo menos penso, hoje — que essas leis tenham eficácia e aplicação imediatas, da sua vigência para o futuro. A Lei do Inquilinato põe por terra contratos não em relação aos aluguéis já recebidos, mas em relação aos aluguéis daí por diante. As leis de usura e até leis que regulam os contratos mercantis e os contratos econômicos, — a casuística é imensa — tôda a legislação, vem quebrando contratos, nos seus efeitos vindouros.

VOTO

O Sr. Ministro Temístocles Cavalcanti — Parece que se trata de apreciação de um ato normativo que terá ou não aplicação à impetrante.

Se fôr aplicado, caberá ao impetrante invocar em seu favor os argumentos que traz nesse momento a exame. Então, e só então se poderá apreciar se a defesa é procedente, se os argumentos que traz em seu favor para excluí-la da aplicação do decreto-lei em questão devem ser recebidos.

O ato de concessão reserva para o poder concedente certas prerrogativas que serão ou não cabíveis em relação à concessionária em questão.

A possibilidade do reexame e revisão de cláusulas contratuais específicas também serão invocadas e consideradas ou não.

Mas, até o presente, não há contra a impetrante nenhum ato que permita a sua defesa, porque ela não é parte e o seu direito sofre ameaça muito remota para justificar a medida impetrada.

Tenho como boa e avertada a doutrina do decreto-lei em face do direito administrativo brasileiro, mas não o tenho como *self executing* porque, embora se trate de lei proibitiva, que na citação de Seabra Fagundes impõe ao indivíduo obrigação negativa, o dever de prestação para com o Estado não nasce imediatamente do texto legal, sem necessidade de ato administrativo.

Não se trata, a meu ver, de ato administrativo, mas de princípio normativo ao qual se poderá admitir temperamento na sua execução.

O contrôle jurisdicional de que fala ainda Seabra Fagundes, não estará frustrado, mas aberto ao próprio impetrante quando se verificar a ameaça ao seu direito por ato executório da norma do decreto-lei.

Então será oportuno o exame do caso individual e as exceções poderão ser opostas.

Reconheço também que não se trata de mera lei formal, mas de lei material porque ela atinge situações individuais, altera, modifica direitos, embora específica quanto às pessoas atingidas pelos seus efeitos.

Estabelece, porém, uma norma e um mandamento que depende de execução.

As alegações agora feitas pelos impetrantes são, reconheço, relevantes, envolvem matéria que merece ser apreciada mas em tempo oportuno e através de prova a ser examinada em processo próprio, porque envolvem a análise de leis e contratos.

Acompanho o eminente Ministro Relator, mas com reservas que permitam incentivar os investimentos privados na exploração dos serviços concedidos.

Mantenho, entretanto, a divisão tradicional entre concessão de obras e concessão de serviços que afetam a questão de domínio.

Data venia não conheço do pedido, por não haver ainda direito ferido e ainda menos, certeza e liquidez dêsse direito.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins — Li atentamente os memoriais do ilustre Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes, Dr. Hélio Proença Doyle, e o do eminente advogado da impetrante. Dá gôsto julgar uma causa tão bem debatida. O trabalho do notável jurista que é o Dr. Sabóia de Medeiros causou-me funda impressão. Estou de acôrdo com grande parte de seu arrazoado. O mandado pode ser requerido contra a lei que impõe uma obrigação negativa. A proibição executa-se em decorrência do próprio texto legal, não se fazendo necessário qualquer outro ato para que se consume a lesão do direito individual. Também entendo que os Decretos-leis expedidos em decorrência dos Atos Institucionais não estão imunes de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que firam direitos individuais. Não é o Decreto-lei em si, ou sua expedição, que está em causa, mas disposição sua que tenha porventura atentado contra direito subjetivo de qualquer pessoa física ou jurídica. Não se trata de um *ucasse,* mas de um diploma legislativo emanado do Chefe do Poder Executivo, investido provisòriamente da faculdade de expedir leis, em face de uma situação de anormalidade jurídica que o país atravessou.

Rejeito, assim, as preliminares suscitadas nas informações e sustentadas no memorial do ilustre Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes.

Parece-me, contudo, que o caso não é de mandado de segurança. O que se sustenta, em última análise, na impetração, é que a União, através do Decreto-lei impugnado, rescindiu unilateralmente cláusula ou cláusulas contratuais de uma concessão de serviço público.

Esforçam-se as partes por demonstrar, uma que não podia fazê-lo, sem violar ato jurídico perfeito, princípio constitucional inserido entre as garantias individuais, e outra o direito de fazê-lo, por motivos vários, alinhados nos autos.

O próprio advogado da impetrante, mestre de direito, afirma, à f. 10 do seu magnífico memorial: "O mandado não é requerido por ser inconstitucional o Decreto-lei n.º 128, senão porque êste, por prejudicar um ato jurídico perfeito, viola e infringe um preceito constitucional, sendo por isto nulo e insubsistente". Hoje, em intervenção no julgamento quando votava o relator, repetiu o advogado: "Não argúo a inconstitucionalidade do Decreto-lei".

Temos, portanto, que a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade não está posta para decisão. Daí decorre que o Decreto-lei 128 está em vigor e as suas disposições não podem deixar de ser cumpridas. A proibição dêle constante, quanto ao arrendamento ou venda de terrenos desnecessários aos serviços da impetrante, é lei, que obriga a todos. Se essa lei causou prejuízo à impetrante, por violar seu direito adquirido ou atentar contra o ato jurídico perfeito, que é o contrato celebrado para a exploração dos serviços portuários da Bahia, o problema há de ser resolvido por outra forma que não a via sumária do mandado de segurança.

Indefiro o pedido.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O Sr. Ministro Hermes Lima — Sr. Presidente, entendo, igualmente, que não se trata de lei em tese. Trata-se de uma lei proibitiva, que encerra em si mesma um ato de execução imediata *self inforcing.* Nesse sentido, parece-me que a contribuição do eminente advogado, no seu memorial, é decisiva para mostrar que uma lei desta natureza traz em si mesma o ato que refere o direito que a parte diz possuir. Para mim, isto ficou muito claro. A meu ver, não se trata de lei em tese.

(Lê o voto).

VOTO

O Sr. Ministro Hermes Lima — Para modificar cláusulas substitutivas da concessão seria necessária autorização do Legislativo.

A concessão está sempre subordinada ao interêsse público. Êsse interêsse pode variar com as circunstâncias de tal modo que a concessão necessite de ser modificada, revista ou mesmo revogada. Daí decorrem conseqüências, cujo alcance se apurará através de entendimentos ou de recurso à justiça. Mas, a concessão não é sagrada, nem intocável. O importante é saber quem pode e como se pode tocar na concessão. As clausulas contratuais se modificam ou por mútuo acôrdo ou por intervenção de Poder Legislativo.

No caso, a autoridade que expediu o Decreto-lei n.º 128, de 31-1-67, podia fazê-lo? Penso que sim.

Estava votada a Constituição de 67. Porém, não em vigor, o que só acontece em 15-3-67. No período de janeiro a março, o Presidente da República reteve o poder de editar decretos-leis.

Alega-se que há o problema de direito adquirido, exatamente porque o contrato da concessão bilateral, oneroso, ligando as duas partes fixa vínculos de ordem jurídica que se tornam compulsórios para ambos os contratantes. O Poder Público se acharia, dêsse modo, vinculado às cláusulas de contrato com o mesmo vigor e a mesma obrigatoriedade do concessionário. O acôrdo de contratos obriga ambas as partes. Mas a verdade é que a concessão, como no caso dos autos, entende com o interêsse público e, por isso mesmo, os princípios que a informam exorbitam das regras do direito privado. São, em última análise, as normas do direito público que regem a natureza das concessões porque elas são outorgadas por deliberação da lei, da intervenção do Poder Legislativo. Desde logo, isto mostra que o Poder Público autorizado a contratar assim o faz como fiador do interêsse público. De onde, o caráter especial dos contratos de concessão, em que o vínculo jurídico estabelecido não exclui a intervenção do Estado para modificar as próprias condições de contrato.

Reconheço que daí pode advir responsabilidades para o Estado. Mas não será em mandado de segurança que se poderá discutir, apurar se tais responsabilidades existem ou não, se elas acarretam prejuízos que devam ser ressarcidos.

Os contratos de concessão não são intangíveis ainda na substância de novas cláusulas. Por isso, não vejo direito líquido e certo a amparar no caso dos autos.

VOTO

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sr. Presidente, peço licença ao Tribunal para fazer algumas distinções, quanto às preliminares suscitadas.

A primeira é sôbre o problema do cabimento do mandado de segurança contra lei em tese. Não tenho dúvida de que está em causa, neste processo, uma lei em tese, como sustentou, brilhantemente, o Dr. Procurador-Geral. O que temos entendido como *lei em tese*, para cabimento de mandado de segurança, é a norma genérica. Desde que o ato atacado seja genérico, seja uma norma não individualizada, não temos admitido mandado de segurança, como lembrou o Sr. Ministro-Presidente, a respeito de decretos normativos e de atos normativos de categoria inferior à dos decretos.

De acôrdo com essa orientação, o que caracteriza a *lei em tese* é a generalidade do comando; não basta a pluralidade do comando, no sentido de alcançar várias pessoas, ou situações, consideradas na sua individuação específica.

No caso presente, a lei atacada não se refere, especificamente, a um concessionário, mas a todos e quaisquer concessionários que se encontrem nas ondições previstas na lei.

Êste debate, entretanto, suscita um problema da maior importância prática: o decreto-lei impugnado contém um comando proibitivo, e essa proibição legal, determina, por si mesma, o efeito danoso que, em outras circunstâncias, dependeria de ato administrativo conseqüente.

Ouvimos, há pouco, que a lei proibitiva, embora *lei em tese*, autoriza o mandado de segurança. Desejo fazer, a êsse respeito, uma distinção. Há atos de particulares que dependem de autorização, ou aprovação, que dependem, em suma, de manifestação da autoridade pública. Em tal hipótese, sobrevindo lei proibitiva, seus efeitos não se produzem automàticamente. O particular, de qualquer modo, não tinha a possibilidade de agir por si, pois dependia de um pronunciamento da autoridade. Ante a lei proibitiva, terá, então, de solicitar o pronunciamento favorável, podendo ajuizar a segurança após a recusa da administração, que configure a coação específica. De outro modo, sempre que uma lei proibitiva fôsse passível de argüição de inconstitucionalidade, estaríamos instituindo uma ação geral de inconstitucionalidade, facultada a qualquer pessoa, que

se considerasse atingida pela proibição, quando, pela constituição, a argüição de inconstitucionalidade em tese é privativa do Procurador-Geral.

Haverá casos, porém, como o presente, em que a proibição legal atinge diretamente o particular, porque êle, antes da proibição, não dependia de qualquer ato da autoridade para proceder de uma ou de outra maneira. Quando a atividade do particular, antes da redação, não dependia de autorização, licença, concessão, ou ato público equivalente, a vedação opera automàticamente, produzindo o efeito danoso por si mesma. Nesta hipótese, parece-me cabível o mandado de segurança, não apenas porque seja proibitiva a norma, mas porque ela é imediata e automàticamente proibitiva, incidindo sôbre atos que, até então, dependiam exclusivamente do critério do particular.

Resta o outro aspecto da preliminar de não conhecimento, que é a vedação ao judiciário de apreciar os atos emanados do Govêrno Revolucionário.

Não me parece fundamental, *data venia*, a consideração, surgida no debate, de ser o decreto-lei impugnado posterior à votação da Constituição. A Constituição de 1967 é uma ordem normativa que só se tornou eficaz em 15 de março. Quando ela se refere a atos pretéritos, sem outra especificação, essa anterioridade não pode ser aferida em razão da assinatura, ou da promulgação do texto Constitucional, mas em razão do momento em que a norma Constitucional se tornou eficaz.

Mas resta saber o que é que, tendo sido aprovado pela Constituição, foi subtraído ao exame do Judiciário. Em primeiro lugar, é óbvio, só foram subtraídos a êsse exame atos pretéritos. Em segundo lugar, é preciso atender à natureza do ato, para se verificar o alcance da vedação. Quando se tratar de lei, norma genérica, capaz de incidir no futuro, o que a Constituição tornou imune à revisão do Judiciário foi a legitimidade do ato de expedição da lei. Por isso, não se pode controverter sôbre a competência do Presidente da República para expedir o decreto-lei impugnado neste mandado de segurança.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — V. Exa. me permita: temos exemplos no Código de Minas e no Código de Águas, votados por ocasião da Constituição de 34. Foram publicados após essa Constituição. Os Tribunais deram validade a êsses códigos, e o Supremo Tribunal assim decidiu.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Exato. Mas estou conduzindo o meu raciocínio em rumo um pouco diferente.

A primeira conclusão, que estou tirando, é que, tendo sido aprovada a prática do ato, não poderemos discutir a competência do Presidente da República para baixar o decreto-lei, nem o douto advogado, ora impetrante, impugnou essa competência. Êle não impugna a constitucionalidade do decreto-lei em razão da incompetência legislativa do Presidente. Mas argúi a sua inconstitucionalidade (e aqui divirjo do eminente Ministro Evandro Lins) sob outro aspecto, porque o decreto-lei terá violado um direito individual. Sob êste aspecto, êle argúi (e o disse claramente) a inconstitucionalidado do decreto-lei.

O Sr. Ministro Evandro Lins — V. Exa. ouviu o aparte dado pelo eminente advogado, que declarou pùblicamente não argüir a inconstitucionalidade do Decreto-lei número 128.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Fui eu quem provocou êsse aparte.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Por entender ferido um direito subjetivo da emprêsa que representa, mas não a inconstitucionalidade, em si, da norma.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Em tese.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Mas o prejuízo decorrente para a emprêsa da exposição do decreto...

O Sr. Ministro Vítor Nunes — O impetrante alega que o decreto é inconstitucional, porque modifica um contrato intocável. Êle sustenta a subsistência do contrato, o qual estaria a cavaleiro de uma norma inconstitucional, que o atingiu. Portanto, o pedido se funda na inconstitucionalidade do Decreto-lei.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Invoca a proteção de uma disposição constitucional para não se alterar uma cláusula da concessão. Assim, julga-se protegido e amparado por essa disposição constitucional, sem que isso importe na declaração de inconstitucionalidade do próprio decreto-lei, da própria norma invocada pelo poder Público em seu favor, o que me parece diferente.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sim, não resta dúvida, quanto ao aspecto da competência ou quanto ao sentido genérico do decreto-lei. Mas o fundamento do pedido é a inconstitucionalidade da incidência da norma prova sôbre o contrato, que seria inatingível.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Na realidade, é o prejuízo decorrente da incidência da norma.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — O que o doutor advogado sustenta é que o legislador constituinte não poderia aprovar um decreto-lei que não conhecia.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Êste é outro aspecto.

O Sr. Ministro Hermes Lima — O que êle alega, sôbre a inconstitucionalidade é que o decreto ofendeu um direito adquirido, feriu a Constituição, mas não alega a inconstitucionalidade como motivo de pedir.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — V. Exa. me desculpe. Êle não alega é a inconstitucionalidade, em tese, da lei; não diz que a lei seja inaplicável em qualquer caso.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Ela pode ter ferido um direito individual do requerente. Não está em causa o problema da inconstitucionalidade. Foi esta a razão pela qual neguei o mandado de segurança.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — V. Exa. argumentou que o direito pretendido é apenas patrimonial, que independe de ser, ou não, atacado o decreto-lei. Mas o impetrante sustentou a não incidência do decreto-lei sôbre o contrato, o qual, a seu ver, não podia ser modificado por iniciativa unilateral do Poder Público. Essa modificação unilateral violou a Constituição. Portanto, o pedido se funda na inconstitucionalidade do decreto-lei no que respeita ao contrato da Companhia Docas da Bahia.

O Sr. Ministro Evandro Lins — V. Exa. me perdoe, mas não é isso que está alegado, nem tampouco o que consta dos memoriais.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Eu li todos.

O Sr. Ministro Evandro Lins — O que foi expressamente declarado pelo advogado, o que êle diz é que há eiva de inconstitucionalidade, estaria eivado de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Vítor Uunes — Estar eivado de inconstitucionalidade é ser inconstitucional.

O Sr. Ministro Evandro Lins — A proteção que êle invoca é uma proteção constitucional, a proteção para o seu direito individual.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Não desejo prolongar mais êste aspecto do debate.

O que pretendia acentuar, e me desviei do rumo, pode ser resumido em poucas palavras. A Constituição ao aprovar determinados atos do Govêrno Revolucionário, o que evidentemente teve em vista foram atos específicos por êle praticados. No caso de uma lei, por exemplo, o ato de baixar uma lei, sob o aspecto da competência e no mais que êle implica, tudo isso é válido, não pode ser revisto pelo Judiciário. Mas não podemos extrair do texto constitucional a conclusão de que o Poder Revolucionário imunizou todo o conteúdo da legislação pré-constitucional mesmo nas partes em que contrarie a própria Constituição. Isto seria um contra-senso.

O Sr. Ministro Evandro Lins — Nisto, estou de acôrdo com V. Exa.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Não é possível haver, simultâneamente, dois regimes constitucionais. Antes da Constituição, havia, por exemplo, uma tramitação legislativa estabelecida em ato institucional. A Constituição estabeleceu outra. Pelo fato de ter a Constituição aprovado os atos institucionais, podem subsistir os dois processos legislativos? Evidentemente, não. Vigora sòmente o da Constituição. E a razão disso é que os atos praticados pelo Govêrno Revolucionário e que se projetavam para o futuro, não foram aprovados em todo o seu conteúdo. Estas suas conseqüências ulteriores estão sujeitas ao que a respeito dispõe a Constituição. O país não foi constitucionalizado pela metade. A Constituição substituiu inteiramente a ordem pré-constitucional. Ao ressalvar atos anteriores, referiu-se aos efeitos já produzidos, mas não criou dois sistemas constitucionais, porque isto seria uma aberração. Não pode haver, no regime constitucional, um outro sistema de normas que o Supremo Tribunal tenha de aplicar contra a letra e o espírito da Constituição.

Com estas considerações, também rejeito a preliminar de não conhecimento, *data venia* da maioria.

EXTRATO DA ATA

MS 17.957 — DF — Rel., Ministro Aliomar Baleeiro. Reqte., Companhia Docas da Ba-

hia (Adv. José Sabóia Viriato de Medeiros). Reqdo. Exmo. Sr. Presidente da República. Preliminarmente, não se conheceu da impetração, contra os votos dos Ministros Prado Kelly, Evandro Lins, Hermes Lima e Vítor Nunes. Falou o Dr. José Sabóia Viriato de Medeiros pela recorrente, e o Dr. Décio Miranda, Procurador da República pelo Ministério Público.

Presidência do Sr. Ministro Luís Gallotti. Presentes, os Srs. Ministros Moacir Amaral Santos, Temístocles Cavalcanti, Aliomar Baleeiro, Osvaldo Trigueiro, Prado Kelly, Evandro Lins, Hermes Lima, Vítor Nunes e Gonçalves de Oliveira. Licenciado, o Senhor Ministro Lafayette de Andrada. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Adalício Nogueira e Adauto Cardoso.