

aceito e acordado, não terá direito de exigir acréscimo do preço ainda que o dos salários ou do material encareçam. Para permitir a revisão de preço na empreitada, a doutrina e a jurisprudência interpretaram esse artigo no sentido de que o mesmo se referia apenas à álea normal e nunca à que excedesse à normalidade, ou melhor a uma variação previsível de preço e jamais a uma elevação contra toda previsão.

* * *

Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se dê provimento à apelação.

Rio, 1.º de março de 1967.

CLÓVIS PAULO DA ROCHA
11.º Procurador da Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.801

Requerente: Companhia Telefônica Brasileira
Informante: Exmo. Sr. Governador do Estado da Guanabara.

P A R E C E R

Competência do Tribunal Pleno para conhecer do mandado de segurança contra ato do Governador. Interpretação extensiva por via de compreensão quando "lex minus scripsit plus voluit". Contrato de direito público. "Droit de surveillance". Parte imutável de contrato de concessão e parte alterável ex officio pelo Estado concedente.

1 — A meu ver, competente para conhecer do presente mandado de segurança é o Tribunal Pleno, competência implícita, por força de compreensão. Toda a lei tem uma lógica interna que não pode ser asfixiada pela letra da lei nos casos em que *lex minus scripsit PLUS VOLUIT*. Aí para que se tenha o exato significado da lei, para que se tenha a lei na sua expressão verdadeira, há de adotar-se a interpretação extensiva que nada tem com *analogia* e muito menos com a chamada *equidade*. A interpretação extensiva não busca estender a lei a outros domínios; pelo contrário visa não lhe seja retirado o seu campo próprio. Daí dizer — com a sua imensa autoridade — o Egrégio FERRARA: "poichè l'interpretazione estensiva non è che *reintegrazione* del pensiero legislative, essa si applica a tutte de norme, siane pure d'indele ecce-

zionale e penale" (*Trattato*, 1921, v. 1.º, p. 221, n.º 38, II). Afigura-se evidente, que fixando a lei, em razão da hierarquia da função exercida, a competência do Tribunal Pleno para conhecer do mandado de segurança contra o ato do Procurador Geral da Justiça, implicitamente quis indicar e indicou a mesma competência para julgamento dos atos praticados por autoridade hierarquicamente superior ao Procurador Geral como incontestavelmente é o Governador ao qual o Procurador está subordinado. O reconhecimento da competência implícita é de pacífica jurisprudência entre nós, pois em tal sentido se vem manifestando o Egrégio Supremo Tribunal Federal há mais de meio século (PIRES E ALBUQUERQUE, *Leis e princípios que, em matéria criminal, regulam a competência dos Juizes e Tribunais da União — pareceres* — pág. 8; LUIZ GALLOTI, *Pareceres do Procurador Geral*, 1948-1949, v. 2, páginas 353/6; Rev. do S. T. F., 8/388; 37/19). Todos devem estar lembrados que nesse mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal, em data relativamente recente, ao dar-se por competente para decidir mandado de segurança rumoroso contra ato do *Plenário* da Câmara dos Deputados Federais, baseado no art. 101, I *i* da Constituição, que lhe dá competência para conhecer de mandado de segurança contra ato da MESA da Câmara (M. S. 1.959, rel. Min. LUIZ GALLOTI, Rev. de Dir. Adm., v.. 45, págs. 291/316).

2 — Nesse sentido tem reiteradamente julgado esta Egrégia Câmara, como se vê das decisões nos mandados de segurança ns. 1731 e 1740 que, por terem sido impetrados contra atos do Sr. Governador do Estado, foram encaminhados ao Tribunal Pleno.

3 — Quanto ao mérito, de início deve atentar-se ao decidir questão de teor da *sub judice*, que na concessão em tela e concessionário executa um *serviço público*, e as relações jurídicas entre êle e o concedente se emolduram no quadro do direito administrativo. São normas de direito público que estão em jôgo. Conforme a autorizada observação do Egrégio CINO VITA: "ormai non vi è più chi dubbiti che qui si abbia una disciplina di diritto pubblico" (*Concessioni* — in *Novissimo Digesto*, 1959, v. 3, p. 921).

4 — O serviço público visa o benefício da coletividade, deve exercer-se dentro das coordenadas de interesse público e, embora não seja obra filantrópica do concessionário, deve ser executado com a possível perfeição e do modo mais vantajoso para a coletividade. Vantajoso em técnica, vantajoso na adequada satisfação das necessidades da coletividade dos utentes, vantajoso no preço. Nas expressões exatas do Professor ARNALDO DE VALLES é "l'obbligazione principale del concessionario di adempire il servizio nell'interesse collettivo" (*Concessioni di pubblici-servizi*, n.º 7).

5 — Ninguém o disse melhor que o especializado mestre da Universidade de Roma, GUIDO ZANOBINI: "I fini che lo Stato sé propone, quando concede l'esercizio all'industria privata, sono gli stessi che il medesimo raggiunge quando no assume la gestione direttamente: in

ambidue i casi il servizio è sottratte al gielo delle forze economiche e setteposte a un regime nel quale la finalità pubbliche dell'utilità sociale e del benessere generale prevalgene completamente su QUELLE DELLA SPECULAZIONE PRIVATE E DELL'UTILE INDIVIDUALE" (*Corso de Diritto Amministrative*, 2 ed., 1957, v. 5, p. 345).

6 — Tudo isso viraria pelo avesso, se, se deixar nas mãos do concessionário, serviços sem concorrência ou de concorrência limitada e protegida, realizados para o público em contratos de adesão, o Estado não pudesse erguer-se como um escudo em defesa dos interesses coletivos e, por inelutável razão de direito, não tivesse reconhecido o seu direito de imediato uso dos meios indispensáveis à eficácia da referida defesa. Daí o irrecusável acerto do Prof. CINO VITA ao afirmar: "alla pubblica Amministrazione resta e deve restare una certa supremazia di fronte all'impiegato ed al concessionario, affinché l'esercizio della funzione pubblica sia conforme alle pubbliche necessità" (op. et loc. cit., p. 924).

7 — E o Prof. ARNALDO DE VALLES, depois de acentuar que o concessionário assume a obrigação do Estado em prover aquilo de que os cidadãos têm necessidade, acrescenta: êsse (o Estado) "ha un potere di sorveglianza; che è qualche cosa di più del diritto che spetta ad ogni contraente di curare che le obbligazione dell'altre parte siano eseguite; MA É SOPRATUTTO TUTELA DELL'INTERESSE COLLETTIVO" (*Concessioni di pubblici servizi*, ns. 2 e 6).

8 — O Professor THEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI confirma:

"Temos como indiscutível que o concessionário do serviço público, gozando das vantagens e regalias de sua posição perante o público, sub-rogado, como se acha nas funções do Estado, a êle se acha subordinado no que diz respeito à fiscalização dos serviços, nas restrições dos lucros das empresas e outros sacrifícios que pode o interesse público impor ao Estado" (*Concessão*, in *Rep. Enc.*, v. 10, pág. 256).

9 — Êsse poder do Estado de velar e interferir quando necessário para que o serviço se exerça na conformidade das suas finalidades, é inalienável e há de ser reconhecido ainda no silêncio das normas regulamentares ou de contrato.

10 — Referindo-se a uma empresa concessionária de transporte, já assinalava KOCH: Êsse direito inalienável do Estado não se exaure nas disposições contratuais; êle tem a mesma dimensão que o dever do Estado em que a estrada de ferro execute as suas funções de empresa pública de transportes (*Deutschland Eizenbahn*, II, pág. 503; apud ORRO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, édition française par l'auteur, vol. 4, § 50, pág. 172, nota 2).

11 — KURTZ, tratando de direito norte-americano mostra que ali se entende que êsse poder de policia jamais se deve cercear; ao Estado cabe estabelecer tôdas as regulamentações razoavelmente necessárias para assegurar o bem-estar geral da comunidade; e êsse poder é inabdicável, não pode ser objeto de comércio (*bergained away*) e existe ainda quando não outorgado expressamente (*State Public Service Commissions*, ps. 166-7; *apud* BIELSA, *Derecho administrativo*, 5.^a ed., 1955, v. 2, ps. 246 a 247, n. 297, nota 65).

12 — BIELSA versa o tema de exame de livros e documentos referentes à gestão patrimonial e financeira do concesssionário, observando: “El concesionario es un delegado del concedente, quien al atribuirle la explotación del servicio público ne se desprende del poder de vigilancia y contratar sobre el servicio y sobre su funcionamiento... Ciertó que el concesionario obra por cucata y riesgos propios, salvo pacto especial en contrario; y en ese sentido la gestión patrimonial entre en la orbita de su derecho. Pero como el concesionario no puede convertir a la explotación del servicio en un negocio lucrativo sin límites, lo que implicaría un *enriquecimiento irregular* a costa de los usuarios, como consecuencia de una actividad propia del Estado, este tiene el deber de *moderar* la explotación mediante la revisión de tarifas que deben ser justas y razonables; y no solo ese, sino que puede también impedir combinaciones financieras dirigidas a perjudicar a la economía publica, u organizadas para realizar una especulación desenfreada que pueda poner en peligro la estabilidad misma de la gestión concessionaria”.

Sublinhando o que disse, proseguiu o grande mestre argentino: “Este principio importa especialmente por motivos de diversos rodene: 1.º, porque él implica una atribución, para el concedente, de examinar los libros comerciales del concesionario, a fin de investigar sobre la seriedad y regularidad de la gestión económico financiera de la concesión; 2.º, porque ya se trate de reglar tarifas, como de valuar bienes en caso de expropiación, el Estado tiene derecho a conocer la *certeza y justificación* de las inversiones — cuentas de explotación” (op. cit., v. 2, p. 5 — 248-9, n. 298).

13 — Insistamos, êsse *droit de surveillance*, êsse poder de vigiar e interferir quando necessário para que o concessionário dê o exato cumprimento à sua obrigação de executar o serviço no interesse coletivo, não depende de estipulação contratual nem pode ser objeto de transação (*bergained away*).

GASTON JÈZE sustenta que ainda no silêncio do contrato: “l’administration, responsable du bon fonctionnement du service public, a le droit de surveiller l’exécution du contrat à tous les moments de l’exécution, pourvu qu’elle n’ enlève pas au fournisseur l’initiative et le choix des moyens qui lui ont été donnés par le contrat lui-même” (*Theorie Générale des Contrats de l’Administration*, 1934, v. 1, p. 431).

14 — LAUBADÈRE, que é atualmente dos maiores mestres franceses de direito administrativo, ensina que certos poderes de controle pelo concedente existem ainda que dêles não falem as cláusulas do contrato:

“En ce qui concerne le *pouvoir* de contrôle *stricto sensu*, ou surveillance de l'exécution du contrat, on doit admettre qu'un tel pouvoir existe d'office dans les contrats administratifs. L'administration dispose normalement à cet égard de moyens dépassant les facultés de surveillance que les particuliers peuvent exercer dans leurs relations contractuelles; elle peut en particulier adresser des injonctions; à son contractant pour ramener le contrat à exécution; on doit admettre qu'elle puisse d'une manière générale organiser les moyens de surveillance les plus adéquats” (*Contracts Administratifs*, 1956, v. 2, p. 327, n. 802).

Indo mais longe, LAUBADÈRE levanta a questão da interferência *ex officio* do concedente na direção da *execução do contrato* e conclui que: “dans la concession de service public, le problème doit donner lieu à une conciliation entre l'idée que la gestion du service est l'affaire du concessionnaire et l'idée que l'objet de la concession étant le fonctionnement d'un service public dont l'administration ne peut se désintéresser, celle-ci conserve un droit de regard sur la marche du service” (*op. cit., loc. cit., p. 328*).

16 — Não tem a Administração — na concessão de serviço público — apenas as prerrogativas de ação *ex officio* e de decisão executória; tem ainda o poder de, para atender às necessidades daquele serviço, modificar unilateralmente o contrato. Proclama-o excelentemente PEQUIGNOT:

“le concessionnaire se trouve placé dans une étroite dépendance vis-à-vis de l'Administration: celle-ci, disposant de ces prérogatives d'action d'office et de décision exécutoire, pour contrôler l'exécution du contrat, voire la diriger; et sanctionner toute faute du concessionnaire.

.....
Enfim, s'agissant d'un service public, le contrat ne peut faire obstacle à ce que l'Administration modifie le service dans la mesure où elle juge nécessaire et par cela même, modifie unilatéralement le contrat” (*Contrat Administratif*, 1945, p. 154).

17 — Note-se que PEQUIGNOT expressa a mais moderna orientação do direito francês, universalmente proclamado como o mais liberal,

ou aquêle em que, — nas palavras de escritor da autoridade de J. W. GARNER, da Universidade de Yale, — sem contradição possível, os direitos individuais são mais bem protegidos contra os excessos ou abusos da autoridade administrativa (*French et administrative law*, 33 YALE L. n. 6 p. 599, apud HENRI GALAND, *Le Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois aux Etats-Unis*, p. 15, n. 6).

18 — Ninguém nega que o concessionário também tem direitos face ao concedente. Já não há seguidores daquela opinião de SELLER e ZACHARIAS, segundo os quais da concessão não decorreria direito algum para o concessionário (SEILLER, *Rachliche Natur der Eisenbahnkonzession*, p. 23; ZACHARIAS, *Deutsches Staat und Bundersrecht*, §§ 164, 165 e 166, apud MASAGÃO, *Curso*, 1960, v. 2, p. 297, n. 469).

19 — Está acima de dúvida que o concedente também fica vinculado. A concessão do serviço público é um *contrato*. Conforme mostrou o Prof. MÁRIO MASAGÃO, em valiosa monografia, as nossas leis, desde o Império, desde 1828, designam a concessão como contrato (*Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, 1933, p. 100, n.º 165, nota 66). Como contrato ela obriga a qualquer dos contratantes. Mas — advirta-se — é um contrato de *direito público*. Nêle há uma parte imutável unilateralmente, aquela parte estranha à organização do serviço e à execução pròpriamente dita (PEQUIGNOT, *op. cit.*, pág. 433). Na parte, porém, que diz respeito à organização e à execução pròpriamente dita, ou que repercute sôbre o que os norte-americanos pomposamente chamam *the public convenience, the general welfare and prosperity*, nesta em benefício da coletividade mantêm-se íntegras às prerrogativas inalienáveis do Estado quanto à ação de ofício, à decisão executória, às modificações que julgue necessárias ao serviço; se bem fique obrigado — por isso que vinculado pelo contrato — a compor e ressarcir o concessionário dentro dos seus legítimos interesses resultantes do contrato. Desde que contrato de direito público — disse-o muito bem o eminente Prof. MÁRIO MASAGÃO dissertando sôbre princípios elementares — a Administração, no interesse do serviço, poderá interferir no seu andamento e até modificá-lo, desde que, se com isso lesar direitos do concessionário, lhe pague a indenização devida (*Curso*, cit., v. 2, pág. 305, n.º 479).

20 — Tomemos agora o caso *sub judice*. O que se tem de examinar aqui é o Decreto n.º 298, de 9 de dezembro corrente que deu execução à Lei Estadual n.º 21. Não podendo a Lei n.º 21 ter execução senão a que lhe der o Governador do Estado, é óbvio que sòmente contra o que o Governador entende ser a execução cabível, sòmente contra a execução do Governador poderá o interessado insurgir-se. A pròpria impetrante reconhece isso, pois nisso implica ter apontado o Governador como autoridade coatora.

21 — A intervenção decretada pelo Governador do Estado encontra-se consubstanciada no art. 3.º do Decreto n.º 298 que diz:

“A intervenção se exercerá sob a forma da mais ampla fiscalização direta com interferência em tôdas as operações necessárias, não importando, porém, na direção e execução dos serviços”.

Isso com a limitação indicada no art. 1.º, ou seja, “no que diz respeito ao serviço telefônico do Estado da Guanabara”.

22 — Trata-se, como bem disse o Sr. Governador nas suas informações, de uma *intervenção de caráter investigatório* (fls. 2, item 5).

23 — Para uma tal intervenção investigatória, em face do que já foi exposto neste parecer, nem era preciso lei escrita; não era necessária cláusula contratual; e até contra cláusula contratual ela se poderia realizar. No caso, essa intervenção apóia-se em lei e se firma em cláusula contratual que a própria impetrante chega a publicar na primeira página do seu livro de *Listas de Assinantes*.

24 — Embora revogado em certos dispositivos, o Decreto-Lei n.º 5.144, de 29-XII-42, na parte não revogada, precisamente aquela que aqui interessa, encontra apoio em texto expresso da Constituição Federal a qual no artigo 151 determina que a lei disponha sobre o regime das empresas concessionárias dos serviços públicos federais, estaduais e municipais. No parágrafo único desse artigo, a C. F. manda que se determine a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo à justa remuneração do capital, lhes permitam atender à necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Comentando o art. 151 da C. F., escreveu o saudosíssimo mestre CARLOS MAXIMILIANO: “Tem alcance extraordinário o art. 151; invade, até, o campo dos direitos adquiridos” (Comentários à Constituição Brasileira, 4.ª ed., 1948, vol. 3, pág. 185, n.º 593).

25 — A circunstância de, em alguns pontos que aqui não interessa, ter sido revogado o Decreto-Lei n.º 5.144, não justifica a afirmação da impetrante de que esse Decreto-Lei n.º 5.144 não mais existe. Tanto no que diz respeito às revogações face à Constituição, quanto no tocante à inconstitucionalidade: sendo separáveis dos restantes as partes incompatíveis com a Constituição, só estas incompatíveis se excluem; e continuam as demais em vigor. Arrosta os tempos e os sofismas, a conhecida lição de CAMPBELL BLACK: *Where part of a statute is unconstitutional, but remainder is valid, the parts will be separated, if possible, and that which is constitutional will be sustained* (Constitutional law, 2.ª ed., 1897, p. 64-5, § 44).

26 — A intervenção de que trata o inciso V do parágrafo único do art. 209 da Constituição Federal não impede outras intervenções. Ela refere-se ao referido inciso às intervenções por motivo político ligado à comoção intestina grave ou iminente, determinadora do estado de sítio. Se fôsse mister alguma consideração para que se visse uma tal evi-

dência, bastaria observar que naquele mesmo parágrafo único do artigo 209 a Constituição também diz — no inciso III — que só se poderá tomar contra as pessoas as seguintes medidas ... III *busca e apreensão de domicílio*. Ainda as pessoas no último grau de insensatez não se atreverão a afirmar que, somente quando haja estado de sítio, serão permitidas buscas e apreensões domiciliares.

27 — O Estado concedente do serviço público, longe de ser um estranho, é o responsável ante a coletividade pela regular prestação do serviço. Daí se segue que, contra a sua fiscalização no que interessa ao serviço, não se podem opor barreiras ao Estado, ou correr à sua face a cortina do sêgrêdo dos negócios. BIELSA que, como todos sabem, é a maior autoridade sul-americana em direito administrativo, no trecho transcrito por mim no item 12 e para o qual peço aqui nova leitura, mostrou que o concessionário tem o direito de exame dos livros e documentos relativos à gestão financeira e patrimonial do concessionário. Em a nota 68 àquele citado trecho, o egrégio mestre argentino acrescentou: “Por eso el argumento del secreto profesional de los negocios comerciales no puede irrocarce cuando se trata de un delegado del Estado... El secreto profesional e industrial, protegido por el precepto constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados (documentación) se justifica cuando no hay interés publico directo en limitarlo” (op. et loc. cit., p. 249).

28 — A intervenção cingiu-se expressamente ao serviço telefônico do Estado da Guanabara, e excluiu também expressamente qualquer ato de direção e execução. Nesse ponto — conseqüentemente — já agora as alegações da impetrante são meros disparos no ar; ou, para usar de uma expressão das informações do Sr. Governador, *uma investida contra fantasmas*. Não houve intervenção na concessão federal; não houve intervenção na sociedade anônima; não houve intervenção na direção ou na execução do serviço concedido.

29 — Não tem cabimento a arguição feita, da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 21, sob fundamento de que ela teria violado a harmonia e independência dos Poderes Legislativo e Executivo:

a) porque não há violação quando o Poder Executivo não exerce o veto e dá à Lei a execução que entende em conformidade com o interesse público;

b) porque o decreto 298 se apóia não só na Lei 21, como também no D.L. Federal 5.144, e até em cláusula do contrato com a impetrante. É sabido e incontroverso aquêlo princípio assim formulado por COOLEY: *Neither will a court, as a general rule, pass upon a constitutional question, and decide a statute to be invalid, unless a decision upon that very point becomes necessary to the determination of the cause* (Constitutional Limitations, 7.^a ed., 1903, cap. VII).

30 — Aliás as questões levantadas neste mandado de segurança tornaram-se meramente acadêmicas, desde que — (conforme acentuaram

as informações do Sr. Governador no item 15) — pelo decreto 302 publicado aos 13 de dezembro de 1960 e integralmente transcrito a folhas 38 a 39, o Estado determinou com menção exclusiva às cláusulas contratuais, intervenção investigatória com a mesma extensão da anterior; e com a segunda intervenção se conformou a impetrante.

31 — Tem inegável procedência o argumentado no item 16 das citadas informações:

“16. Ora, se o ato impugnado buscou não só arrimo no contrato, como se fêz nos estritos termos por êle permitidos, o mandado de segurança ficou sem objeto, pois A LEGALIDADE DA INTERVENÇÃO, COM APOIO NO CONTRATO ESTÁ, AGORA, RECONHECIDA PELA PRÓPRIA IMPETRANTE.”

32 — Sou, em consequência, por que:

- a) a egrégia 7.^a c.c. se declare incompetente e mande remeter os presentes autos para o egrégio Tribunal Pleno;
- b) no egrégio Tribunal Pleno, ou se julgue prejudicado o mandado de segurança, uma vez que a impetrante se conformou com a intervenção determinada pelo decreto estadual 302; ou se denegue o pedido, porquanto a intervenção determinada pelo decreto estadual 298 de 9 de dezembro de 1960, não feriu direito líquido e certo da impetrante.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1960.

ARNÓBIO TENÓRIO VANDERLEI
9º Procurador da Justiça

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 49.699

Embargante : Espólio de Theofilo Bridi, por sua inventariante, Cleuza Marques Amaral Bridi

Embargado : Espólio de Alice Sauan Bridi

Aquestos, comunicação ainda que compulsório o regime da separação de bens.

P A R E C E R

A douta maioria admitiu a comunicação dos aquestos, negada pelo voto vencido, apoiado em aresto do Supremo Tribunal Federal, anterior