

nária e excepcional da *legitimação para agir (legitimatío ad causam)*”.

A *legitimatío ad causam* da SURSAN para propor as ações necessárias à execução do Plano de Realizações decorre dos poderes e atribuições que lhe foram delegados por força de lei. Não são eles, entretanto, genéricos e indeterminados, a ponto de confundir-se ela com o próprio Estado, mas ao contrário, condicionam-se pelos fins a que se destinam. A observação tem grande importância, em face da consulta formulada. Assim, admitindo a aprovação deste parecer, competirá à SURSAN, quando se tornar oportuna a aquisição do imóvel, propor a ação (expropriatória) conseqüente do *processus* expropriativo do bem. Entretanto, se as conclusões deste parecer não lograrem aprovação, convindo ao Poder Público propor qualquer ação decorrente do contrato, o Estado, sucessor da antiga Prefeitura, é que terá legitimação para exercê-la.

248 — Com fundamento nos motivos aduzidos, concluímos:

- a) em conseqüência da proibição de permutar bens imóveis (Constituição Estadual, art. 44, § 5.º), impossibilidade jurídica superveniente, resolveu-se o contrato de pleno direito;
- b) admitindo a anterior inexecução culposa, imputável à Ordem Terceira, ainda assim as perdas e danos não são simplesmente potestativa a que se subordinou o contrato; por isso, se o fato (apresentação do contrato de obras) fôra prestado, nenhum proveito efetivo teria propiciado ao Estado;
- c) a ação adequada ao *processus* expropriativo (expropriatória) deverá ser proposta pela SURSAN;
- d) somente o Estado poderá propor uma possível, mas a nosso ver inviável, ação de perdas e danos.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1964.

MIGUEL LANZELLOTTI BALDEZ
Procurador do Estado

CONCESSÃO À SOCIÉTÉ ANONYME DU GAZ. MULTAS CONTRATUAIS. ATUALIZAÇÃO DOS VALORES

O processo tem como origem dois expedientes do Sr. Diretor da Divisão de Fiscalização da CEE, acompanhados de parecer e minuta de decreto da lavra do Dr. VIRGÍLIO BRÍGIDO FILHO, digno advogado da CTC,

mas à disposição da CEE, que buscam dotar os órgãos estaduais de instrumentos mais eficazes para a fiscalização de uma das empresas concessionárias. Para tanto, recomendam a incidência da correção monetária nos valores das multas aplicáveis à Société Anonyme du Gaz.

Justificando juridicamente a medida, o parecer mencionado concluiu pela viabilidade de aplicação, desde que precedida de decreto estadual, com fulcro na Lei Federal n.º 4.357, de 16-7-1964. Isso depois de fundamentar a providência nos artigos 78 e 121 do Código Civil.

Antes de passar ao que me parece sobre o tema, não posso deixar sem um reparo as expressões utilizadas pelo Sr. Diretor da Divisão de Fiscalização dos Serviços Concedidos. Diz S. S.ª:

“O Estado não tem dado continuidade às suas ações. *Enquanto as concessionárias possuem um corpo jurídico coeso e coerente*, nós nos limitamos a investidas isoladas, desprovidas de ação continuada”.

Isso para depois, no período seguinte, afirmar:

“A dificuldade é saber *qual a política* que será adotada pelo Governo junto às concessionárias”.

As palavras que tomei a liberdade de grifar deixam entrever que o seu signatário parece ter a Procuradoria Geral como um corpo jurídico não coeso, dispersivo talvez, e incoerente, que não dá continuidade às suas investidas ... É lamentável tal opinião, que por certo haveria de ser reconsiderada se S. S.ª houvesse tido, ou passasse a ter, um maior contato com este corpo jurídico.

Sobre o assunto lembro que a PRG é órgão destinado à defesa do Estado em Juízo e à elaboração de pareceres e trabalhos jurídicos que lhe forem solicitados. Não cabe à PRG dizer *da política* a adotar o Governo junto às concessionárias. Não é órgão executivo, que deva fiscalizá-las e contra elas “investir continuamente”. Tal tarefa parece ser mesmo da alçada do órgão dirigido por S. S.ª. Os Procuradores do Estado agem apenas quando provocados a fazê-lo, pois sequer podem *sponte propria* ajuizar ações, providência que depende de autorização superior, autorização que só por delegação de atribuições passou a ser da competência do Exmo. Sr. Procurador Geral. Como órgão consultivo que é, fora de Juízo, a PRG não pode cuidar de investidas ou políticas se não solicitada a fazê-lo pelos órgãos executivos. E não consta que qualquer solicitação deste teor tenha sido desatendida, interrompida ou *não continuada*; muito menos as ações judiciais propostas ou contestadas pela PRG, que parece não terem sofrido qualquer interrupção, salvo as que a administração superior julgou conveniente e oportuno terminar por acôrdo.

Por tudo isso já se vê como as mencionadas palavras, sobre serena descabidas, gratuitas e impertinentes ao objetivo do memorandum, são

injustas para com esta PRG; só podem ser fruto, repito, da falta de contato do signatário dos mem. n.os 646 e 716 (BEF) com êste órgão jurídico do Estado. E esta circunstância, esta não-aproximação está mesmo evidente, pois S. S.^a possui assessoramento jurídico próprio, como se vê do parecer que juntou, com o qual, aliás, não concordo, pelas razões que passarei a indicar.

Feitas as observações prévias que julguei indispensáveis, passo ao exame jurídico da matéria, como está equacionada no processo, exame que terá o seguinte roteiro:

- a) Da competência para exercer a fiscalização da Société Anonyme du Gaz, quanto ao contrato de 1909;
- b) da possibilidade de aplicar a correção monetária às multas contratuais devidas pela concessionária (S A G);
- c) no caso de ser possível a aplicação aludida no item b, qual deve ser o procedimento da Administração.

Quanto ao item a, dispense-me de fundamentar a conclusão de que é o Estado o atual poder concedente. Seria demonstrar o óbvio, o que nem sempre é necessário, como foi no parecer publicado in *Rev. de Dir. da PRG*, vol. 12, págs. 638/643, relativo ao assunto. No caso vertente basta atentar para a criação da CEE (Lei n.º 263, de 24-12-1962, arts. 143 a 151), dentre cujas atribuições está precisamente a de fiscalizar a S A G. Aliás, creio que não se discute, neste processo ou em qualquer outro, a legitimidade de tal competência.

Já o problema indicado no item b exige outras indagações.

É fora de dúvida a justiça de aplicar-se a correção monetária às multas contratuais, nos casos de contratos de concessão a longo prazo. Mas não é de justiça e sim de legalidade que deve êste parecer cuidar. Trata-se de saber não se é justo, lógico e racional o que se pretende, mas se há amparo legal para a providência, ou melhor, se o direito positivo autoriza, ou não proíbe, a aplicação da correção monetária às multas contratuais da concessionária. Êste é o ponto nodal da questão, que se afigura de alta relevância para os interesses do Estado.

Creio que a invocação da Lei Federal n.º 4.357, de 16-7-1964, bem como dos artigos 78 e 121 do Código Civil, não tem cabimento e não ajuda a encontrar a solução, *data venia* do ilustre parecerista. Ela deve ser procurada no Direito Público, em especial nos princípios que informam o Direito Administrativo.

Antes de apontar os motivos que me levam a concluir pela possibilidade — e mesmo a necessidade — de aplicar-se a correção monetária na hipótese versada, devo referir os que me forçam a discordar do mencionado parecer.

É que êle parte de um princípio que reputo inexato, qual seja o de entender a estipulação das multas ditas contratuais como subordinada ao consenso das partes contratantes. O fato de serem comumente chamadas de “contratuais” — porque estabelecidas inicialmente em um contra-

to — não implica na necessidade de subordinar-lhes o tratamento às regras do Direito Privado, ou às suas exceções. E isso simplesmente porque o contrato de concessão de serviços de utilidade pública é inteiramente regido pelo Direito Público, fato que por vêzes os civilistas relutam em aceitar. Daí a desnecessidade e a inoperância de procurar-se a solução do problema no Código Civil; muito menos nos invocados artigos 78 e 121 do mesmo Código, como fêz o comentado parecer, pois, *data venia*, não vejo como considerar o direito do concedente de aplicar multas como subordinado a uma condição suspensiva; nem tampouco posso admitir que o objeto do direito do concedente seja esta aplicação de multas (direito, que já teria até perecido por força da desvalorização da moeda, como afirmado a fls. 6).

Parece-me, *data venia*, muito forçada a pretendida aplicação daqueles artigos, pois, sabido que condição é “a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto” (art. 114 do Cód. Civil), vê-se logo que o ato jurídico de aplicação de multa pelo poder concedente (ato que é administrativo), quando é praticado, isto é, quando surge, já não depende mais de qualquer condição para que venha a produzir efeito. Não se pode considerar a infração praticada pela concessionária como *evento futuro e incerto*, a êle subordinando-se a eficácia do ato administrativo de aplicação da sanção, pois, quando êste ato é praticado pela autoridade, a infração já terá forçosamente ocorrido, nada tendo portanto de eventual.

Outro tanto se pode dizer quanto ao invocado artigo 78: não houve propriamente perecimento do objeto do direito de aplicar multas, ou de tornar efetiva a fiscalização. O que está sucedendo é a progressiva perda de *expressão econômica* das multas estipuladas em 1909, o que é coisa bem diversa.

Ainda *data venia* do parecer, não vejo porque a invocação da Lei federal n.º 4.357, de 16-7-1964 (que manda aplicar a correção monetária aos créditos fiscais da União). Isso porque tal lei é de aplicação restrita aos créditos da União, tanto que a Guanabara, para valer-se *de princípio semelhante, teve de fazê-lo por leis estaduais*: n.º 581, de 19-8-1964, e n.º 672, de 9-12-1964 (arts. 33 a 44), regulamentadas pelos Decretos “N” n.ºs 323, de 10-12-1964, e 329, de 17-12-1964. E as leis estaduais mencionadas não têm a redação do artigo 9.º da invocada lei federal, não dando pois qualquer margem a aplicações fora do âmbito tributário, seara que não é o caso dêste processo.

Talvez se quisesse enquadrar o disposto no invocado art. 9.º da Lei federal n.º 4.357, de 16-7-1964, como uma norma geral de Direito Financeiro, a que se refere a letra b do inciso XV do art. 5.º da Constituição Federal, e cujos princípios cabe à União fixar.

Mas isso também parece inexato e não resolverá o problema, primeiro porque se estaria assim negando ao Estado a competência para atualizar os valores das multas, o que ficaria na dependência da vontade federal, com prejuízo da autonomia estadual. Depois porque não parece ser o assunto filiado ao Direito Financeiro. Neste ramo da ciência jurídica, cuja autonomia é mais de interesse didático do que científico (cf. CARLOS DA

ROCHA GUIMARÃES, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsoi, vol. 16, pág. 227), predominam as normas relativas às receitas, às despesas, ao patrimônio, ao orçamento, ao tesouro e às prestações de contas, sempre com vistas enfim à gestão financeira ou econômica do poder público. Não é o caso do problema deste processo, onde o aspecto puramente administrativo é o preponderante, pois se se pensa em atualizar o valor das multas não é para arrecadar mais, e sim para obter serviço melhor. Não se está cuidando, a rigor, da atividade financeira do Estado, e sim apenas da atividade administrativa, qual seja a melhor eficiência de um serviço de utilidade pública, matéria que escapa obviamente ao conteúdo das normas gerais de Direito Financeiro.

Para que se faça no Estado da Guanabara a atualização de valores das multas não tributárias parece-me indispensável ato local e específico, desde que, como se viu, os atos estaduais existentes e mencionados não aludem às multas de origem não-fiscal, além de adotarem como linha de princípio a aplicação da correção monetária apenas nos casos de mora no pagamento, aspecto que não interessa à questão em debate.

Por tudo que acaba de ser dito, vê-se que para a Guanabara o direito positivo não prevê a incidência da correção monetária nas multas estipuladas para as infrações que a Societé Anonyme Du Gaz vier de praticar na exploração do serviço concedido.

Mas o fato de a legislação não ter expressamente previsto tal providência não significa que ela esteja vedada à Administração, que pode, salvo melhor juízo, praticar os atos necessários a corrigir monetariamente o valor daquelas multas. É o que pretendo demonstrar, *sub censura* dos doutos.

É sabido que os contratos de concessão, como o em exame, são contratos ditos de Direito Público, e sua finalidade, seu objeto e a natureza das relações nêles estabelecidas não permitem sejam êles subordinados às regras do Direito Privado. A tese é plenamente justificada com o fato de que o contrato

“não é figura peculiar ao direito privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito público interno e externo” (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, ed. Limonad, 1960, pág. 303).

É a opinião geral dos tratadistas, como referido pelo autor mencionado na obra citada, onde ainda demonstra (pág. 305) que, *sendo a concessão um contrato de Direito Administrativo, pode a Administração, no interesse do serviço, interferir no seu andamento e até modificar as suas normas.*

A possibilidade é manifesta e funda-se mesmo no conceito genérico da finalidade dos atos administrativos. Não fôsse assim, teriam de ser negadas à Administração as prerrogativas necessárias ao bom desempenho do serviço concedido, o que seria inadmissível.

Por isso é costume dizer-se que nos contratos administrativos há um preponderante aspecto regulamentar, em cujo campo as regras podem unilateralmente ser modificadas, no interesse público, em cumprimento da finalidade do contrato.

Os melhores doutrinadores ensinam tais princípios, como, por exemplo, o insigne MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, in *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 1952 (Editorial de Palma), onde são encontradas as seguintes conclusões:

“Éstos son los fundamentos que permiten a la Administración pública determinar unilateralmente, sin necesidad de conformidad alguna de su colaborador o cocontratante, lo que más conviene a las necesidades públicas colectivas. Y no sólo resolver lo que más conviene, sino imponer esa resolución a su colaborador o cocontratante.

Puede entonces darle órdenes, *modificar unilateralmente la extensión*, modo y forma de sus prestaciones, interpretar el convenio, *aplicarle sanciones*, sustituirlo, ejecutando directamente el contrato o haciéndolo ejecutar por otro y hasta, llegado el caso, revocarlo o declararlo caduco” (pág. 253, ob. cit.).

“... la Administración no viola ninguna regla de derecho cuando en ejercicio de sus atribuciones propias modifica las condiciones pactadas, para la mejor y más eficiente satisfacción de las necesidades públicas” (idem, pág. 298).

E se há nas concessões um campo regulamentar, onde as regras podem ser unilateralmente modificadas, é fora de dúvida que os instrumentos de fiscalização, e com êles o valor das multas, hão de pertencer a este terreno, sob pena de se tornar inoperante a ingerência do Estado no funcionamento do serviço, como está sucedendo já no caso da Societé Anonyme du Gaz.

Repito pois — já que a lição é repetida pela unanimidade dos autores — que o serviço de utilidade pública deve funcionar do modo mais eficiente possível e, para tanto, os meios a isto necessários não podem ser negados ao poder concedente. Mas para atingir tal finalidade é principalmente indispensável que à Administração não faltem os instrumentos de fiscalização efetiva, de punição eficaz, na hipótese de a concessionária descumprir as normas da concessão. Ora, se a CEE só puder aplicar à SAG as multas pelos valores previstos no contrato, é fora de dúvida que a finalidade da fiscalização estará frustrada, tão inexpressivos são aquêles valores; será mais cômodo e mais barato para a SAG pagar as multas do que executar satisfatoriamente o serviço.

Portanto, qualquer interpretação que conclua pela impossibilidade da pretendida revisão de valores conduzirá ao absurdo, e, por isso, deve ser desprezada.

Exigir-se — para a atualização dos valores das multas — o consenso da empresa concessionária também não teria o menor sentido, pois o falso evidentemente não vai ajudar a agravar sua eventual punição.

Assentada creio estar, portanto, a admissibilidade de alteração unilateral das multas previstas nos contratos de concessão, como é o caso do processo em exame. Mas para robustecer esta conclusão não é demais buscar outros argumentos.

O que se objetiva com a providência visada (atualização do valor das multas) *nada mais é do que enquadrar a previsão feita em 1909 na realidade social e econômica de 1965.*

Ora, tal adaptação não é novidade nas construções jurídicas doutrinárias e jurisprudenciais, que antecederam, em outros interesses, a sua inclusão no direito positivo.

A regra *pacta sunt servanda*, antes tão arraigada na mentalidade de alguns juristas, começou a ser atenuada com a aceitação da chamada cláusula *rebus sic stantibus*. Disse-o com muita propriedade o ilustre Professor CAIO TÁCITO (*Arquivos do MJNI*, n.º 47, págs. 5/12) :

“É certo que a doutrina e a jurisprudência consagram, em condições excepcionais, um relativo temperamento ao princípio absoluto da imutabilidade dos pactos. A regra *pacta sunt servanda* aditou-se, por construção dos tribunais, a cláusula *rebus sic stantibus*, cuja origem histórica se filia aos post-glosadores, com fundamento presumível em texto do Digesto (12-4-8), e ao direito canônico, consistindo em que, nos *contratos a termo ou de execução sucessiva, se presumia implícita a condição da permanência da situação de fato existente à época do acôrdo de vontades*”.

Aí está o princípio, como informa o insigne autor citado, em que se assentaram tôdas as doutrinas justificativas da chamada *teoria da imprevisão*:

“Graças à *pressão imperativa do fator econômico*, porque “a ordem jurídica é, em grande parte ou na sua porção maior e mais importante, expressão e revestimento da ordem econômica”, na lição excelente de FRANCISCO CAMPOS (*Educação e Cultura*, 1941, pág. 74), *tomou franco desenvolvimento a chamada teoria da imprevisão*” (CAIO TÁCITO, trabalho citado).

Construída pela doutrina e pela jurisprudência, a teoria começou a ser acolhida em algumas legislações. É ainda CAIO TÁCITO quem ensina (ob. cit.):

“No direito brasileiro, a cláusula *rebus sic stantibus* foi expressamente consignada no dec. 19.573, de 7-1-1931, que per-

mitiu a rescisão ou *modificação dos contratos* de locação de prédios celebrados por funcionários públicos, civis ou militares. A intervenção do Estado na revisão contratual também se fixou em outros atos legislativos: o Dec. n.º 23.501, de 27-11-1933, que aboliu a cláusula-ouro; o Dec. n.º 20.632, de 9-11-1931, que permitiu a rescisão de contratos de locação celebrados pelo Departamento de Correios e Telégrafos; o Dec. n.º 24.150, de 20-4-1934, sobre a renovação das locações comerciais e industriais e na legislação sobre a prorrogação dos contratos de locação...”

A estes exemplos seguiram-se outros diplomas legais, recentes, de significação ainda mais acentuada como introdução da teoria no direito positivo. É o caso da lei que criou o Banco Nacional da Habitação, da que estruturou as incorporações imobiliárias e das que instituíram a correção monetária dos créditos fiscais.

A atualização de valores previstos em contratos ou atos normativos não é assim coisa nova no nosso sistema jurídico. Tem sido imposta à revelia das partes ou da parte interessada, *para que suas obrigações não percam no tempo a significação econômica que tinham à época da previsão.*

É fato, contudo, que a construção doutrinária da teoria da imprevisão e a sua aplicação aos contratos administrativos de concessões de serviços de utilidade pública — inclusive a sua aceitação pelos tribunais — tem ocorrido, que se saiba, só e infelizmente para justificar a atualização das tarifas remuneratórias do investimento, ou melhor, no interesse exclusivo do concessionário.

Mas já é tempo — e os mesmos argumentos são válidos — de adotar a construção doutrinária no interesse coletivo com vistas à eficácia da fiscalização, que resultará na prestação de melhor serviço à coletividade.

Quando se procura justificar o reajustamento tarifário com o raciocínio voltado para o equilíbrio financeiro da concessão, um dos argumentos é que tal reajustamento seria como que uma compensação dos privilégios estatais. Ainda é CAIO TÁCITO quem o diz, invocando G. MENE-GALE e HELI LOPES MEIRELES (*in Rev. Dir. Adm.*, vol. 65, pág. 6) :

“A regra da equação financeira, segundo a qual os encargos do concessionário se devem compensar pelas vantagens, não é senão o *outro prato da balança em que se coloca o privilégio do Estado de reformar as cláusulas regulamentares, mutáveis toda vez que o interesse coletivo o exigir*, porque têm por escopo a adequação do serviço às necessidades do público em geral”.

Esta balança, enquanto não reajustados os valores das multas, não chegará ao equilíbrio. Para que a previsão feita em 1909 possa ser eficaz em 1965, e nos anos seguintes, é indispensável adaptá-la à realidade econômica atual, *sob pena de a ordem jurídica deixar de ser a expressão*

e o revestimento da ordem econômica (cf. FRANCISCO CAMPOS, trabalho citado), o que resultaria na total ruína da ordem social.

Não é demais reforçar a conclusão com palavras do Professor J. M. AULEY, da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Bordeaux, in *A Validade dos Atos Administrativos Unilaterais*, traduzido e publicado pela *Rev. Dir. Adm.*, vol. 66, pág. 34. O autor, invocando subsídios de LAUBADÈRE, SARAT BADAQUI e decisões do Conselho de Estado Francês, assenta as conclusões da sua tese nos seguintes conceitos, que tem como tranqüilos:

“A determinação da influência da modificação de circunstâncias sobre os contratos administrativos é problema clássico que já foi objeto de muitos estudos. Como disse LAUBADÈRE, a noção de modificação de circunstâncias “introduz no contrato administrativo possibilidades de evolução e de mutabilidade que contrastam indiscutivelmente com a fixidez muito maior do contrato civil; se o contrato administrativo aparece, no curso de sua execução, como um sistema de certa forma vivo, essa característica é devida à noção de modificação de circunstância à qual se prende”.

Sustentou-se — e essa tese parece poder valer-se de várias decisões jurisprudenciais — que a modificação de circunstâncias constituía a condição essencial do exercício, pela Administração, do poder de alteração unilateral do contrato administrativo”.

E na espécie ora em exame à indubitável que as variações da moeda não de constituir evidente modificação das circunstâncias da época em que foi celebrado o contrato. Se o argumento tem sido válido para afastar a solução do *custo histórico*, quando se cuida de encampar, desapropriar ou fixar tarifas (veja-se por exemplo ALIOMAR BALEEIRO, parecer in *Rev. For.*, vol. 197, págs. 51/76) com base no valor do investimento do concessionário, não pode deixar de ter valia quando se trata de reajustar, de atualizar o valor das multas com vistas à eficiência da fiscalização e do serviço.

Essa atualização, que deve ser feita, encontra fundamento também na progressiva publicização dos contratos, fenômeno constante e universal, que ocorre na medida e na proporção recomendadas pelo interesse coletivo. Há um dirigismo estatal em todos os ramos do direito, o que não é nenhuma novidade.

Veja-se, por exemplo, o nascimento da teoria estatutária da função pública, que tem a sua base no objetivo do interesse público, na finalidade das tarefas da Administração. Por ser “o Direito Administrativo dominado pelo postulado do interesse público, a função pública destina-se a servir ao Estado, e não ao funcionário” (CAIO TÁCITO, *Comentário*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 35, págs. 54/66). E por isso, é o mesmo autor que

ensina, os juristas renunciaram à herança civilista, para, reformulando seus conceitos, enquadrarem o *status* do funcionário nos princípios do Direito Administrativo:

“As primeiras teorias relativas à função pública denunciam a herança civilista. Nos regimes absolutistas, o exercício dos cargos públicos não se fazia com o sentido da comunidade, mas a serviço dos interesses regalistas. A função pública era, assim, equiparada às relações jurídicas privadas, como modalidade de direito real ou pessoal. Não se consumara a autonomia do Direito Administrativo e a conceituação dos laços entre o funcionário e o Estado se encaminhava, nos autores clássicos, a figuras de inspiração civilista.

.....
A organização dos serviços públicos obedece às necessidades objetivas da administração e se modifica, unilateralmente, de modo a assegurar a eficiência e o rendimento de sua atuação. A natureza jurídica da função pública não se afasta desse critério finalístico, sujeitando os interesses legítimos do indivíduo à supremacia da conveniência geral”.

A mesma linha de raciocínio e a mesma evolução de conceitos, que serviram a que se chegasse à teoria estatutária da função pública, servem a reforçar a demonstração do que se pretende no caso deste processo. Com efeito, na época em que no campo do *status* do funcionário imperavam as idéias dos civilistas, causaria perplexidade se a Administração, no interesse público, viesse a agravar as penalidades previstas para as faltas funcionais. Mas hoje esta prerrogativa não lhe é em absoluto negada. Ao contrário, seria agora de pasmarr se surgisse alguma objeção à possibilidade de ser o estatuto modificado, na sua parte punitiva, sem a anuência do funcionário.

Portanto, o símile é válido de invocar, quando mais não seja para reforço dos fundamentos das conclusões deste parecer.

Até no campo puramente privado — que em absoluto não é o caso em exame — tem sido lícita a alteração das regras do ajuste, no interesse exclusivo da equidade. Veja-se o conceito da lesão nos contratos, que o nosso anteprojeto de Código de Obrigações em boa hora pretende reintroduzir no direito positivo brasileiro. Não seria desarrazoada a comparação do procedimento da concessionária (SAG), no que respeita ao irrisório valor das multas, com o requisito subjetivo que os tratadistas exigem na configuração da lesão: o chamado *dolo de aproveitamento*, que ocorre quando a parte beneficiada se está valendo de uma situação iníqua para a outra parte. Guardadas as devidas proporções, não é descabida a invocação da idéia.

Por tudo isso penso estar demonstrado que a atualização das multas de que trata este processo é medida que se impõe, muito embora não exista ato oficial regulando a providência.

Alegar-se-á talvez que, por se tratar então de inexistência ou omissão do direito positivo, só o Judiciário poderia decidir com força obrigatória fundado nos princípios gerais de direito e nas exigências do bem comum (artigos 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil). Nada menos exato, se se atentar para a circunstância de que o controle judiciário dos atos administrativos se faz *a posteriori*. *A Administração não precisa dirigir-se previamente ao Juiz para buscar a executoriedade de seus atos*. Os particulares interessados, se se entenderem prejudicados ilegalmente, é que deverão submeter o caso à apreciação dos Tribunais. É matéria tranqüila, que dispensa maiores esclarecimentos, mas que, todavia, pode ser estudada, por exemplo, no trabalho de JOSÉ CRETILLA JR., in *Rev. Dir. Adm.*, vol. 71, págs. 16-28 (*Executoriedade do ato administrativo unilateral*).

Mas na espécie dêste processo é lícito esperar-se mesmo que tal não ocorra com a concessionária Societé Anonyme du Gaz. Nada terá a postular no Judiciário, não só pelas razões que acabam de ser expostas, mas ainda porque a alteração do valor das multas — como se pretende praticar — *não comprometerá o equilíbrio financeiro da concessão, única hipótese em que se admite algum dever da Administração como resultado de alterar unilateralmente as regras da concessão. Não se cuida — ao atualizar o valor das multas — de tornar mais onerosa a execução do serviço a cargo da empresa, caso em que a conhecida teoria do "fato do príncipe" autorizaria a indenização do prejuízo*. Seria o maior dos absurdos se a Administração tivesse algo a indenizar por fato da empresa: a infração que esta eventualmente viesse a praticar. Seria a Administração a responder pelas faltas da concessionária, o que dispensa comentários.

Como a atualização do valor das multas não romperá, de forma alguma, o equilíbrio das obrigações assumidas, não alterará a chamada equação financeira do serviço, não há porque se cogitar de composição de prejuízos. Muito ao contrário, rompida apresenta-se agora esta equação enquanto permanecer desatualizado o valor das multas, em cotejo com a expressão econômica das infrações e das demais obrigações e direitos da Societé. A atualização é a única maneira de restaurar a equivalência entre as prestações de ambos os contratantes, conforme a sua comum intenção.

Porém, se com a atualização não se conformar a concessionária, restar-lhe-á o caminho previsto no art. 3.º do Dec. lei n.º 5.664, de 14-7-1943: recusar-se em prosseguir na execução do serviço, caso em que o Governo dará por findo o prazo da concessão e assumirá a exploração direta, com as implicações consequentes, dentre elas a reversão dos bens vinculados ao serviço.

Aliás, também o Estado — se entender oportuno e conveniente — poderá dar por finda a concessão, que tem prazo indeterminado (art. 2.º do mesmo Decreto-lei), "enquanto a Societé bem servir, a juízo do Governo", diz a norma legal. Mas se o interesse público não recomenda a rescisão (pena máxima, a critério do Estado), por força que êste mesmo interesse público serve, como se viu, a justificada atualização.

Assentado por fim que o Estado pode alterar o valor das multas para que elas readquiram a mesma expressão econômica da época da previsão, resta saber qual o ato oficial competente a tornar obrigatório o reajuste. Será lei ou decreto?

Penso que o ato deverá ser um decreto, pelas razões que me sirvo de indicar.

É conhecida e cada vez mais acatada a classificação de DUGUIT para os atos jurídicos, quanto aos seus efeitos, ou no que toca ao seu conteúdo material. Dividiu-os em três grupos: ato-regra, ato-condição e ato subjetivo. JËZE acrescentou-lhes outra categoria, a do ato-constatação, cujo exemplo perfeito seria a sentença do Judiciário. O ato-regra é o que engendra uma situação jurídica geral, impessoal e objetiva, ao passo que o ato subjetivo apenas cria obrigação específica e concreta, faz nascer, ou modifica, uma situação jurídica particular. O ato-condição, que coloca o indivíduo numa situação jurídica geral ou impessoal, não parece interessar ao desate do problema ora abordado.

É sabido ser o ato-regra o que em princípio compete ao Legislativo, cuja função primordial é estabelecer normas gerais, abstratas e obrigatórias, salvo quando cuida de sua economia interna (e nomeia, demite, administra enfim), ou pratica outros atos materialmente administrativos, ou jurisdicionais, *mas que têm de vir expressamente previstos na Constituição* (exemplos na da Guanabara: art. 5.º, ns. II, IV, V, VII, VIII, IX, XVIII). Tais atos serão apenas formalmente legislativos, porque emanados da Assembléia Legislativa.

Não caberá, pois, ao Poder Legislativo a prática dos outros tipos de atos (ato subjetivo ou ato-condição), quando não *expressamente* previstos como de sua competência.

Mas no caso dêste processo parece extreme de dúvidas que o ato jurídico que venha a determinar a atualização do valor das multas da SAG *há de ser um ato-subjetivo*, dentro da classificação de DUGUIT. Êle tão-só modificará uma situação jurídica particular, *ainda mais porque será apenas uma adaptação das regras de um contrato, e o contrato é o exemplo típico do ato-subjetivo*. Êle — o ato — não estabelecerá situações jurídicas gerais, impessoais e objetivas; somente atualizará uma obrigação específica e concreta, por influência da modificação de circunstâncias de fato existentes à época do contrato.

Por isso — *e como tal tipo de ato não está excepcionalmente previsto como da alçada do Legislativo* (Constituição Estadual, art. 30, XII) — há de ser êle praticado pelo Executivo, Poder dentre cujas atribuições gerais está exatamente a de praticar atos jurídicos subjetivos no interesse do Estado. É o que nos ensinam os tratadistas, ao definirem a *função administrativa, que é a do Executivo, como "aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação, e pratica atos materiais"* (SEABRA FAGUNDES, in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. 1957, pág. 20, que invoca o apoio de GABINO FRAGA, RANELLETTI, GOODNOW, OTTO MAYER, DUGUIT e LA-

BAND). Aliás, é útil reproduzir o conceito de DUGUIT, transcrito por SEABRA FAGUNDES, sobre a natureza da função administrativa (ob. cit., páginas 23-24):

“L’Etat exerce la fonction administrative toutes les fois qu’il accomplit un acte condition ou un acte subjectif ou quand ses agents procèdent, pour assurer le fonctionnement n’un service public, à l’accomplissement d’actes purement matérielles”.

Portanto, se a prática de atos-subjetivos é prerrogativa da Administração e se o ato de atualização das multas de que trata este processo será um ato-subjetivo, *deverá ele ser praticado pelo Poder Executivo, naturalmente por meio de decreto*. É, aliás, o que tem sucedido com o reajustamento das tarifas, do que são exemplos os Decretos estaduais números 530, de 28-8-1961, 839, de 1-2-1962, 962, de 13-4-1962, e 1.615, de 4-4-1963.

A conclusão ainda é reforçada pelo fato de que *foi um decreto* que autorizou a assinatura do contrato: o Decreto n.º 7.668, de 18-11-1909, firmado pelo então Presidente da República, porque se tratava de concessão federal, já hoje estadual. As alterações que se fizeram no contrato não lhe tiraram em absoluto essa característica de ato-subjetivo, ligado apenas a uma situação jurídica particular, nem tiveram a consequência de retirar do Executivo a atribuição de regulamentar o serviço e sua eficiência, o que ora se pretende fazer.

Por tudo isso, e em conclusão, poderá o Exmo. Sr. Governador do Estado, com fulcro na competência privativa que lhe confere o inciso XII do artigo 30 da Constituição do Estado, baixar um decreto do chamado tipo “E” (Decreto n.º 1.697, de 10-5-1963, que “dispõe sobre os atos oficiais”), decreto executivo, que conterà medidas específicas necessárias àquele reajustamento, de interesse restrito, no âmbito administrativo, às relações do Estado com a Societé.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 1965.

LUIZ ORLANDO RODRIGUES CARDOSO
Procurador do Estado

CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. LIGAÇÃO DEFINITIVA. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA

1. Os moradores do Edifício Paulo Vilhena, na Rua Castro Alves n.º 248, solicitaram intervenção da Comissão Estadual de Energia para que solucionado ficasse o problema de fornecimento de luz, efetivado mediante instalações precárias, já que a Rio Light S.A. — Serviços de Ele-

tricidade condicionara a *imediata* resolução a que eles financiassem a aquisição de três transformadores monofásicos e a substituição de condutores em três lanços de rede de baixa tensão. Aduziram, mais, que a instalação desses materiais beneficiaria toda a rua, razão pela qual concordariam em financiar a instalação de um transformador, para seu uso exclusivo.

Solicitadas informações à concessionária, esclareceu esta que razões de ordem técnica impunham as instalações acima referidas, que motivos de força maior impediam a execução imediata das instalações, com seu financiamento, e que tem aceito oferecimento de empréstimos, dos interessados, para sanar tais problemas.

A BEF salientou que os usuários não estão obrigados a efetivar o financiamento que na realidade lhes exige a concessionária e pediu o pronunciamento desta Procuradoria Geral.

2. A concessionária do serviço de energia elétrica efetivamente vem-se conduzindo com flagrante desrespeito às cláusulas contratuais e à legislação vigente. Fatos clamorosos, praticados rotineiramente, com infringência das obrigações contratuais e regulamentares, estão a merecer a atenção das autoridades e a conveniente correção, tal como a ilegal exigência do autofinanciamento.

O progresso da cidade está a exigir, constantemente, novos pedidos de ligação de energia ou aumento de carga dos já existentes. Confessadamente, porém, a Rio Light não está aparelhada para atender à demanda crescente, assim como à expansão das redes de distribuição.

Sempre que o consumidor solicita ligações, a Rio Light alega não poder atendê-lo, em virtude de não dispor de recursos financeiros para realizar as obras, na rede ou instalações. Logo em seguida, faz a ressalva de que poderá ser o consumidor atendido se se dispuser a financiar a Companhia, propondo, para tanto, condições absolutamente irregulares e ilegais. Cria-se, assim, um privilégio: os que têm recursos e se dispõem a pagar à concessionária, são imediatamente atendidos; os outros, que esperem até que a Rio Light se disponha a atendê-los.

3. Segundo a legislação vigente (Dec. n.º 41.019, de 26-2-1957, art. 138), constitui obrigação da Rio Light o estabelecimento dos sistemas de distribuição primária e secundária, *inteiramente à sua custa*, dentro de sua zona de concessão, que abrange toda a área do Estado do Guanabara.

Não se explica, por isso, venha ela a exigir “financiamentos” dos usuários para realizar serviços cujo *custeio é de sua exclusiva obrigação*.

A Rio Light — tentáculo do *trust* internacional que explora (em todos os sentidos) os serviços públicos no Brasil — não se preocupou em fazer investimentos necessários, de maneira a assegurar serviço compatível com a previsível crescente demanda. Enquanto pôde, e porque fraudasse o exato custo mediante cômputo de despesas desnecessárias e de forjadas obrigações para com outros tentáculos do *truste*, a preços elevados explorou o que de melhor havia no serviço.

Não havendo feito o necessário para o perfeito atendimento ao serviço, no curso da concessão, relega-o ao abandono, agora, como meio de impor aos usuários os ilegais financiamentos que exige, de exigir ao Poder Concedente novas condições para a exploração, ou a encampação da concessão