

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

OS SERVIÇOS
DE UTILIDADE
PUBLICA



MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Os Serviços
de
Utilidade Pública

Processo jurídico de racionalização pela tutela e fiscalização das entidades delegadas de serviço público.

1940

Impresso nas oficinas da

EMPRESA GRAFICA PARANAENSE

PLACIDO E SILVA & CIA. LTDA.

CURITIBA

A D V E R T Ê N C I A .

1. Elaboramos esta tese para concurso relativo à carreira de Técnico de Administração do Quadro Permanente do Departamento Administrativo do Serviço Público.

Na escolha do assunto influíram principalmente os nossos estudos anteriores sobre a matéria e a importância cada vez mais acentuada do Estado moderno na amplitude crescente de sua ação administrativa.

Não levamos em consideração a pobreza das investigações especializadas sobre o tema escolhido.

Colecionamos os trabalhos esparsos entre nós publicados, e, dentro da estreiteza do prazo a que nos propusemos, tentamos o possível, no intuito de não esquecer a contribuição estrangeira na formação do pensamento nacional.

Tratando da racionalização jurídica dos serviços de utilidade pública, discutimos os grandes problemas vitais do instante, adotando sempre o critério do chamado *método realista*, que, a Gaston Jèze, facilitou série imensa de revelações e conquistas.

2. Do ângulo visual em que estamos colocados, as conclusões adotadas impõem-se naturalmente. Evitamos, porem, a discussão de alguns problemas surgidos na espontaneidade da dissertação, temerosos de extravasar dos motivos que obrigaram a execução do presente estudo em debate.

Procurando a clareza, nada fácil em matéria tão contraditória, pensamos haver exposto à altura o nosso *ponto de vista*. Não abandonamos nunca, como se observará, a preocupação de provar o alegado.

A substância jurídica que enche o trabalho inteiro de lembranças e citações variadíssimas, é a parte científica de que pudemos lançar mão, no interesse de satisfazer ao expressamente determinado na Portaria nº 622, de 2 de julho do corrente ano, e que aprovou as

instruções especiais destinadas a regular o concurso a que inicialmente fizemos alusão.

3. Divide-se o trabalho em quatro partes.

Na primeira, cuidamos de identificar a atividade jurídica do Estado com a ação administrativa dos seus órgãos diretores.

Na segunda, justificamos, não sem algum arrojo, os imperativos dos fatores *homem e tempo*, e cuidamos de apurar os fatos que determinaram a evolução rápida dos princípios básicos e orientadores da administração pública.

Na terceira, desmentimos a evidência de completa separação dos fenômenos da *centralização* e da *descentralização* e, ao mesmo passo, com o legislador de 10 de Novembro, repelimos a idéia da descentralização como fórmula de divisão, ou deslocação do poder público.

Na última parte, apenas chegamos ao conhecimento objetivo das resultantes jurídicas.

4. Nossa exposição teórica poderá ser criticável. Nunca condenada em suas conclusões, senão depois de bem discutida em suas origens.

Afirmamos teoria que poderá ser original, ou simples redundância de outras menos positivas.

Não esquecemos nunca os ensinamentos do velho mestre da Faculdade de Direito de Paris. Por isso ainda cremos que toda teoria jurídica que não tenha como ponto de partida a observação minuciosa e atenta dos fatos, é desprovida de qualquer valor.

Serviu-nos de exemplo a lição de Gaston Jèze.

Tentamos ficar na observação minuciosa e atenta dos fatos mais expressivos. O momento brasileiro é quiçá propício a investigações jurídicas de caráter científico.

Analiseamos serenamente este momento e seremos forçados a concluir que, na ordem da nossa vida administrativa, projeta-se verdadeira revolução de métodos e idéias.

Daí o considerarmos o tema escolhido sob três aspectos: o econômico, o político e o administrativo.

5. Concluindo: a tese presente, em obediência do que dispõe a letra *b* do art. 3, da referida portaria de 2 de Julho de 1940, está enquadrada na secção I: — ORGANIZAÇÃO E RACIONALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

CAPÍTULO PRIMEIRO

§ 1.º SERVIÇO PÚBLICO E FUNÇÃO PÚBLICA.

O SERVIÇO CIVIL.

1. O significado próprio e comum das palavras *serviço público* representa a idéia central e básica no conjunto das atividades jurídicas da administração do Estado.

Qual, portanto, o objeto do serviço público?

Respondemos: a satisfação plena das necessidades da administração por iniciativa direta daqueles que são os responsáveis pelo patrimônio do Estado ou pelos destinos da coisa pública (1).

Constitue, assim, a noção de *serviço público*, o ponto nuclear para onde se dirige, não obstante a diversidade de *espaço social* e *tempo social*, a curiosidade da quasi generalidade dos autores que se dedicam aos estudos de direito Administrativo (2).

1) Gaston Jêze — LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO — trad. de Carlos Garcia Oviedo — Editorial Reus — Madrid, 1928 — p. 425; Veja-se, também, Temístocles Brandão Cavalcanti — INSTITUIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — vol. II — 2.ª Edição — Edit. Freitas Bastos — Rio, 1938 — p. 257.

2) Jêze não prescinde do *espaço* (sociedade de um país) e do *tempo* (determinada época), no estudo do fenômeno do *serviço público* (ver Jêze — ob. cit. — ps. 425-426); escreve Temístocles Cavalcanti: “Daí, também, a relatividade do conceito de serviço público, variável de acordo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas” (ob. cit. — Vol. I — 2.ª Ed. — p. 257).

Não queremos, poreni, confundir a noção de serviço público com o conceito tradicional que possamos ter de direito Administrativo.

Repetindo com Jèze que o direito Administrativo é o conjunto das regras relativas ao serviço público, apenas enunciaríamos novidade de alguns anos passados e desmereceríamos a importância e o valor do Estado (3).

2. As entidades autárquicas e as concessionárias ou delegadas pesam no estudo das transformações da estrutura do Estado. Não é possível negar a existência dos serviços que só devem ser explorados pelo Estado e dos que podem ser organizados particularmente ou por meios indiretos.

Cabe aqui a distinção que estabeleceu Presutti, a propósito da noção de *serviço público*. Há, sem dúvida, o serviço chamado administrativo e o *serviço público* propriamente dito que não interessa apenas aos elementos de direção do Estado (4).

Permanece somente, ao que vemos, os dois aspectos predominantes: a imposição do interesse comum e o caráter de direito público.

Só observando a atividade variada do Estado, conseguiremos firmar critério positivo para determinar a natureza das suas funções.

Não é plausível, portanto, que possamos acalentar o ideal de caracterizar sociologicamente o limite de poderes do Estado.

Os mesmos fatores que atrás apontamos, de espaço e tempo, mostram a precariedade das interpretações precipitadas.

E' errado confundir a atividade administrativa do Estado com a noção de serviço público, desde que não podemos saber onde chega ou pode chegar essa atividade administrativa.

3) E. Lafèrriere precedeu a Jèze, e como reconhece o próprio Jèze, com a publicação, hoje clássica, do seu *TRAITÉ DE LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE ET DES RECOURS CONTENTIEUX*, cuja 1.^a Edição foi de 1886. No ano de 1913, Duguit, publicando *LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC*, segue os ensinamentos básicos de Lafèrriere.

4) Presutti — *INSTITUZIONE DI DIRITTO AMNISTRATIVO ITALIANO* — vol. I. — p. 198; veja-se, também, o nosso trabalho *AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS* — S. Paulo, 1939 — Rev. dos Tribunais.

Não tememos repetir com Odilon C. Andrade: “o serviço público tem sido o escolho onde naufragam todos os mestres do direito Administrativo” (5).

E’ frequente encontrar o emprego indisciplinado das palavras *serviço público* para indicar atos administrativos de várias espécies.

O inconveniente das classificações faceis gera a confusão e obriga que se lhe fixemos o âmbito doutrinário.

A confusão é impossivel quando há o ato do poder público, e do qual necessariamente decorre a existência do serviço público. Mediante esse característico, facilmente se distingue a condição *sine qua*, especificando gradativamente as diferentes classes de *serviços*.

3. Compreendido o fenômeno com essa reserva, não excluimos a variedade imensa de situações. Fixado esse ponto de vista, que agora não elucidaremos para não antecipar conclusões, aparece o ato do Estado como anterior e originário da noção e conceito de *serviço público*.

Declara Masagão: “serviços públicos existem, que o Estado, forçosamente, há de executar por si próprio, de forma direta. Em primeiro lugar, entre eles, avultam os da atividade jurídica” (6).

Na realidade, eis como se apresenta o fenômeno do *serviço público*.

A sua criação e funcionamento cabe à administração ou ao Estado, não obstante a capacidade da administração ou do Estado em poder delegá-lo, *intuitu personae*, a uma pessoa jurídica de direito privado, ou a uma pessoa jurídica de direito público.

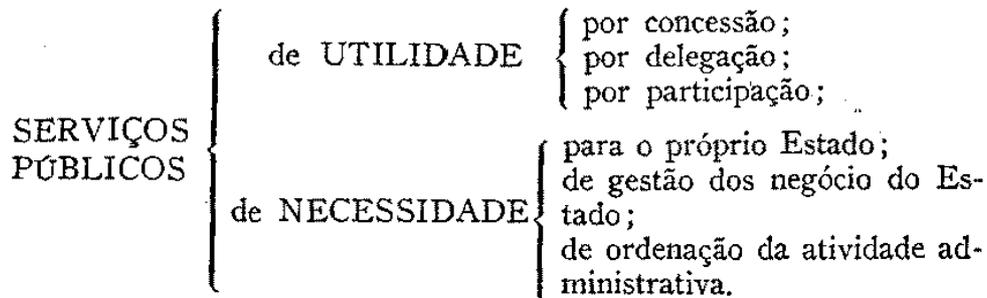
Portanto existem espécies de *serviço público* (7).

5) Odilon C. Andrade — SERVIÇOS PÚBLICOS E DE UTILIDADE PÚBLICA — Liv. Acadêmica — S. Paulo, 1937 — p. 36.

6) Mário Magazão — NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — Liv. Acadêmica, — S. Paulo, 1933 — ps. 21-22.

7) Aconselhamos: Rodolfo Bullrich — LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS Y LA JURISDICCION COMPETENTE PARA INTERPRETAR SUS CLAUSULAS — Buenos Aires, 1936 — Ed. Jesus Menéndez; Juan P. Ramos — LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS — Ed. Jesus Menéndez — Buenos Aires, 1937.

O esquema, abaixo, esclarece melhor :



Vejamos a primeira parte da classificação acima.

Que é utilidade pública?

Respondemos: a utilidade pública, em geral, nem sempre realiza ou traduz o interesse da comunhão. Fica circunscrita ao interesse, que pode ser particular a um, ou a vários grupos de indivíduos. Indica sempre a *coisa* ou o *interesse* que deve atender a uma *necessidade* de serviço público.

A intervenção direta e imediata do Estado ou dos poderes públicos determina a predominância do elemento de direito público e o caráter jurídico do mesmo.

O Estado nunca passa de fonte originária (8).

4. Ver-se-á que, na maioria das vezes, o Estado pelos seus órgãos administrativos é quem determina a espécie do serviço público e a situação jurídica correlata.

Há concessão, quando a administração ao invés de fazer a gestão direta de um serviço, confia-o à pessoa física, ou jurídica (9).

Só aqui aparece a figura da concessão.

8) Veja-se o conceito de utilidade pública, em: Eurico Sodré — A DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA — Liv. Acadêmica — S. Paulo, 1928 — ps. 8-9; Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 56 e seg.; Sabino Alvarez Gendin — EX-PROPRIACION FORZOSA, SU CONCEPTO JURIDICO e NUEVAS ORIENTACIONES por Martin Retornillo — Editorial Reus — Madrid, 1928; e buscando o pensamento francês sobre o assunto: Étienne Carpentier — PETIT RÉPERTOIRE POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE — Recueil Sirey — Paris, 1927.

9) Mazagão — ob. cit. — ps. 24-25; ou, então: Bullrich — ob. cit. — Cap. II — ps. 37 e seg..

Há delegação, quando o Estado abre mão de funções que lhe são próprias e poderes que lhe são particulares a entidades de feição autônoma (10).

Há participação, quando o Estado incorpora ao seu patrimônio serviços públicos de organizações jurídicas de direito privado, os quais passam a fazer parte dos interesses da administração pelo seu grau de utilidade. (11).

No caso de *concessão*, ou *delegação*, não se age em nome do Estado ou da administração, mas no próprio nome.

Surge, da inversão da realidade jurídica, o fenômeno da *necessidade*. O indivíduo, o órgão e o mecanismo da ação administrativa, realizando funções e caracterizando o poder soberano do Estado.

Seria o mesmo que dizer: o Estado funcionalmente existindo. O Estado aparecendo como sujeito ativo da administração pública, na expressão feliz de Santi-Romano (12).

Já dissemos algures: “a realização do serviço público está dentro da finalidade do Estado. Cremos ser mesmo toda atuação exterior do Estado até o alcance dos seus fins superiores de vida” (13).

-
- 10) Ver os trabalhos: Tito Prates da Fonseca — AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS — Liv. Acadêmica — S. Paulo, 1935; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS — Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1939; Erimá Carneiro — AUTARQUIA — ESTUDO DE DIREITO E FINANÇAS — Tip. “Jornal do Comércio” — Rio, 1937.
 - 11) “Porque a utilidade pública não passa da soma de utilidades individuais, nada mais é que a utilidade generalizada, posta à disposição de todos” (Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 57); Ver ainda o interessante trabalho de Bernard Geny — LA COLLABORATION DES PARTICULIERS AVEC L'ADMINISTRATION — Paris, 1930 — ps. 72 e seg..
 - 12) Santi Romano — CORSO DI DIRITTO AMNISTRATIVO — PRINCIPII GENERALI — ps. 83 e seg..
 - 13) Ver nosso trabalho. Em adendo afirmamos: “A expressão é vaga, pouco concreta. No entretanto, além de orientar o querer humano, de manter a ordem, o Estado cuida também com carinho da felicidade do homem e dos elementos que possam ajudar o crescimento moral e intelectual da civilização. Os empreendimentos materiais, toda coação ou restrição empregada no alcance de determinado objetivo, tem um ideal que longe de ser paradoxal, é a aspiração da maior liberdade humana” (ob. cit. — p. 47).

A finalidade do Estado, como órgão administrativo e de execução das leis, consiste, de um modo geral, de acordo com a doutrina moderna, em prover a manutenção e execução dos serviços públicos.

Essa a opinião de um dos nossos mais penetrantes tratadistas (14).

Não é possível, porem, estabelecer critério único.

Os elementos jurídicos de existência dos serviços públicos devem ser procurados em cada país e em cada meio jurídico (15). Dependem da concepção jurídica do Estado, da ordem constitucional e institucional. Ainda mais, quando aumenta a esfera de ação do Estado, no sentido da completa absorção das forças econômicas em luta.

Daí a vantagem da classificação esquemática tentada no corpo deste trabalho.

5. Assim, pois, para que se justifique a permanência de um serviço público, é preciso que imediatamente se identifique com a necessidade ou a utilidade geral.

Positivada essa identificação, passamos à fase regulamentar.

A regulamentação é que vem dar a ascendência de controle das autoridades públicas. Há quem opine pela autonomização absoluta. De nossa parte, não desconhecemos a importância da existência da tutela administrativa.

Acreditamos que haverá muito maior eficiência na execução do serviço, se sujeitarmos, de acordo com o esquema apresentado, companhias privadas, ou de objetivos públicos à regulamentação e controle das autoridades do Estado, sob regime jurídico e contábil uniforme.

O poder público, em absoluto, não abandona a paternidade na execução dos serviços públicos mesmo delegados, porque não desaparece o risco da sua responsabilidade.

O Estado é sempre responsável pela prática de atos administrativos. A violação do direito por parte do Estado não o isenta da responsabilidade que é consequência real da violação.

A "*Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen*" só permitia ao Estado fugir da culpa pela violação de um direito, quando, pelo artigo 17 da *Declaração*, ficava provada a *necessidade pública legalmente verificada*.

14) Temístocles Brandão Cavalcanti — ob. cit. — 1.^a Ed. — Rio, 1936 — p. 219.

15) Tito Prates da Fonseca — ob. cit. — p. 35.

O Código de Napoleão estabeleceu, no artigo 1.382, o princípio da responsabilidade civil do Estado, determinando que *qualquer ato do homem, causando prejuizo a outrem, obriga aquele, por cuja culpa adveiu, à reparação.*

O artigo 159 do nosso Código Civil fixa a obrigatoriedade, em sentido geral, da reparação do dano havido (16).

Mais ainda: o serviço público é serviço do Estado.

Os tratadistas modernos afiançam-nos que é ao Estado que deve caber, no exercício pleno do seu poder de soberania, a execução dos serviços públicos.

Bonnard (17), Hauriou (18), Rolland (19), Jèze (20) e Bielsa (21), robustecem os nossos argumentos e a afirmação do que possuímos como verdade essencial.

O decreto 24.216, de 9 de maio de 1934, garante o ressarcimento do dano causado pelo funcionário, quando advem de ato considerado culposo e não doloso. Como vemos, o Estado não é conivente. Apenas responsável para com terceiros (22).

-
- 16) A propósito, consulte-se: Georges Ripert — O REGIMEN DEMOCRÁTICO E O DIREITO CIVIL MODERNO — trad. de Jaime Cortezão — na parte da “Reparação dos Riscos”; Alvino Lima — DA CULPA AO RISCO — Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1938; Prates da Fonseca — ob. cit. — na parte “Responsabilidade do Estado”; mais: Paul Duez — LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE e Rafael Bielsa — LA CULPA EN LOS ACIDENTES DEL TRABAJO, etc., etc..
 - 17) Roger Bonnard — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — Recueil Sirey — Paris, 1935.
 - 18) Hauriou — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT PUBLIC — Paris, 1933 — 12.^a Edição.
 - 19) Louis Rolland — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — 7.^a Ed. — Paris, 1938 — Librairie Dalloz.
 - 20) Gaston Jèze — LES PRINCIPES GENEREAUX DU DROIT ADMINISTRATIF — Paris, 1925-1934 — 3.^a Edição — 4 vol.
 - 21) Rafael Bielsa — DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA ADMINISTRACION — Lajouane — 2.^a Ed. — 3 vol. — Buenos Aires, 1929.
 - 22) Assim está escrito o art.º 1.º do referido decreto: “A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho

A teoria subjetiva da culpa domina a doutrina quando se trata da responsabilidade civil em geral.

Serve-nos a lição de Paul Duez (23).

ESTADO	RESPONSABILIDADE DIRETA	Decorre da simples prática de atos jurídico-administrativos por parte de representantes legais do Estado ou agentes, funcionários públicos, no exercício legal de função pública determinada em lei.
	RESPONSABILIDADE INDIRETA	No caso de concessão, ou delegação de poderes e funções para a prática de atos de direito; e no caso de violação de direitos individuais consagrados pelas leis vigentes.

O Estado diretamente responsável também o é indiretamente. A exceção firmada pela lei brasileira confirma a regra geral. O Estado é quem determina a espécie de serviço público e a situação jurídica correspondente. Como vimos, é o Estado que se desfaz de

dos seus serviços, salvo se nele forem mantidos após a sua verificação". Na Argentina a matéria é regulada pelo próprio Código Civil. Na Itália, predomina o caráter da responsabilidade direta do Estado e a condição específica do próprio ato considerado danoso (Ver o art.º 1112 do Código Civil Argentino e as lições de D'Alessio e Tetroziello — INSTITUZIONI e IL RAPORTO DI PUBBLICO IMPIEGO in PRIMO TRATTATO — parte 3.ª do Vol. II.

- 23) "A responsabilidade do Estado tem o seu texto fundamental, no direito brasileiro, que é o art. 15 do Código Civil. A solidariedade, estabelecida pelas Constituições de 1936 e 1937, não altera, em meu entender, a culpa subjetiva estabelecida. Vários têm sido os esforços, no sentido de assentar, no Brasil, a teoria da culpa objetiva, o risco integral. Mas êsse esforço construtivo, que está por alcançar segura meta, terá de atender ao aspecto jurídico, que oferece o Estado novo" (Tito Prates da Fonseca — Direito Administrativo — Liv. Ed. Freitas Bastos — 10, 1939 — p. XIV); Paul Duez — LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE — Paris, 1927 — p. 155; ver também o curiosíssimo trabalho de R. Demogue — DE LA REPARATION CIVILE DES DELITS — Paris, 1898.

atributos que lhe são essenciais, quando delega poderes, ou faculta o exercício de certas e determinadas funções.

6. Há a responsabilidade do funcionário, ou preposto da administração para com o Estado e para com terceiros.

O Estado, por sua vez, só está isento da responsabilidade para com terceiros com o ressarcimento do dano causado.

O característico fundamental da *responsabilidade* está em que dela derivam, ao mesmo tempo, direitos e obrigações para o Estado e particulares, ou agentes da administração pública.

A função pública é facultativa. O Estado não impõe o exercício da função pública a quem quer que seja. A correlatividade da responsabilidade provem da situação jurídica que se estabelece entre o funcionário e o Estado.

Fixemos alguns exemplos simplistas mas curiosos.

7. Na Rússia, onde os *soviets* são a fonte da soberania, e deles emanam todos os poderes do Estado, o serviço público é distribuído aos comités, aos indivíduos e grupos de indivíduos que, dessa forma, agem diretamente em nome do Estado, e perante o Estado são os responsáveis pela prática dos atos considerados danosos aos interesses sagrados da política do próprio Estado.

O serviço público sofre apenas a diferença de enérgico regime de competência, sendo normalmente distribuído no grau de utilidade, ou necessidade, pelos órgãos e sub-órgãos do *soviet* rural, ou do *soviet* urbano (24).

Não obstante parecer paradoxal, há descentralização centralizada dos serviços públicos. A lei da divisão do trabalho força o regime da competência que não exclue o poder de retenção, pelo Estado, das forças políticas e administrativas. O Comité das Concessões, que recebe outorga de funções administrativas do Conselho dos Comissários do Povo, que é o próprio *Soviet*, tem por objetivo primordial a

24) Aconselhamos: José de La Vega — DÉMOCRATIE ET SOVIÉTISME — Ed. Marcel Girard — Paris, 1931 — Henry Rollin — LA RÉVOLUTION RUSSE, SES ORIGINES, SES RÉSULTATS, LES SOVIETS, LE PARTI BOLCHEVISTE — 2 vol. — Delagrave — Paris, 1931. Ver também o interessantíssimo estudo de Vicente Ráo — NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA — Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo — ano de 1933 — Vol. XXIX; Ludwig Schlesinger — EL ESTADO DE LOS SOVIETS — Editorial Labor — Barcelona, 1928.

atração do capital estrangeiro, para a formação de sociedades anônimas, mediante fórmula de concessão de serviços.

8. Na Itália, o Grande Conselho Fascista, como titular da soberania do Estado, através dos sindicatos, das federações, das confederações e das corporações, divide o poder soberano, e oferece a noção de *serviço público* como uma das finalidades precípua do regime vigorante (25).

Assim, intensificou-se a administração autônoma.

A organização dos órgãos de administração autônoma tomou, especialmente na Itália, nestes anos, desenvolvimento muito peculiar ao regime ali vigente. Pode-se atribuir este fenômeno à circunstância de que, sendo o regime fascista eminentemente centralizador, foi preciso satisfazer às exigências da descentralização administrativa, sem ferir o regime político centralizado (26).

9. Em França, a noção de *serviço público* está ligada, juridicamente, à satisfação das necessidades de ordem pública.

Para Duguit, o serviço público é o fundamento e o limite do poder de governo (27). A realização do maior número de serviços públicos está dentro dos objetivos constitucionais e orgânicos do Estado francês.

Diríamos com Bonnard que é forma normal de organização (28).

“Une service en régie”, como diria Bonnard, *“caractérisé par une étroite subordination aux autorités que le dirigeant”* (29).

25) Ver o trabalho de Vicente Ráo — *loc. cit.*; Mirkine Guetzevitch — *LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO* — 2.^a Ed. — Editorial España, 1931; Consultar o trabalho de Alf. Rocco — *LA TRASFORMAZIONE DELLO STATO*, onde se observa a predominância das forças do Estado moderno como poder soberano, único e indivisível.

26) Temístocles Brandão Cavalcanti — *O FUNCIONÁRIO PÚBLICO E O SEU ESTATUTO* — Ed. Freitas Bastos — Rio, 1940 — p. 31.

27) *DROIT CONSTITUTIONNEL* — vol. II — ed. 1923 — ps. 54 e seg..

28) Roger Bonnard — *PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF* — partie générale — Recueil Sirey — Paris, 1935 — p. 531.

29) Bonnard — *ob. cit.* — pag. 531.

Ou então, repetindo com Louis Rolland: "*destinée à donner satisfaction à des besoins collectifs du public*" (30).

10. Do exposto, uma conclusão salta de início: nos Estados modernos a estrutura do mecanismo administrativo confunde-se com a estrutura política (31).

Daí, o considerarem, os tratadistas do nosso tempo, a *função pública* um corolário do *serviço público*.

Damos razão a Temístocles Cavalcanti: em relação ao serviço público, a função pública tem sentido mais restrito. O serviço público pode, muitas vezes, ser considerado atividade mediata do Estado, enquanto que a função pública diz respeito a sua qualidade imediata, essencial (32).

A *função* qualifica e determina o *serviço*. Repetindo Rafael Bielsa: "*la función pública es lo abstracto y general, y el servicio es lo concreto y particular*" (33).

O serviço pressupõe a função. A função é a parte mais ativa do serviço. Pelo ato administrativo, que é funcional, está executado e realizado o serviço.

O serviço público existe e se positiva pelo exercício permanente e contínuo da função administrativa.

A função administrativa é a medida de relação entre o *serviço* e o Estado.

Portanto: *função pública* e *serviço público* são expressões que se integram e completam (34).

30) Louis Rolland — PRÉCIS — Dalloz, 1938 — ps. 1-2.

31) Da mesma forma se expressa Temístocles Brandão Cavalcanti — O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DE 10 DE NOVEMBRO — Rev. do Serviço Público — — Agosto de 1938 — Vol. III, n.º 2 — p. 49.

32) Temístocles Cavalcanti — O FUNCIONÁRIO, etc.. — ob. cit. — ps. 48-49.

33) Rafael Bielsa — CIENCIA DE LA ADMINISTRACION — Ed. da Universidad Nacional del Litoral — Rosario, 1937 — p. 59.

34) "Função pública e serviço público são, pois, expressões que se completam" (José Mattos de Vasconcellos — DIREITO ADMINISTRATIVO — vol. II — Imp. Nacional — Rio, 1937 — p. 375),

A efetivação de um serviço só se objetiva quando há algo de material que o imponha como *função*.

O próprio significado gramatical da palavra já esclarece: função, exercício, prática, uso (35).

Pela função definimos a espécie do serviço, como pela espécie do trabalho é possível definir a qualidade do profissional.

No bojo da função está, portanto, o homem, o profissional. E a idéia do serviço público, no trabalho do funcionário que institue e executa o serviço.

Um conceito é complementar do outro.

11. O efeito da função ou do ato de função que determina e qualifica o serviço público, caracteriza o conceito de *funcionário*, — do homem do serviço público.

Os teóricos modernos, como Jèze e Bonnard, chegaram às mesmas conclusões, se bem que palmilhando outros caminhos. Não interessa, porém, discutir ou debater a prioridade da função, ou do serviço.

Deixemos claro o seguinte: impossível será definir o funcionário sem o exame minucioso da função exercida, como também inútil caracterizar a função sem o exame livre da qualidade do serviço.

Determinado o que chamamos qualidade do serviço e especificada juridicamente a função correlata, temos o *serviço civil*, por exemplo, compreendendo-se nesta expressão o conjunto dos funcionários aos quais está afeta a direção dos órgãos de administração do Estado.

Ou melhor: o *serviço civil* como o conjunto da organização estatal, no que ela se relaciona com a execução dos serviços diretamente ligados à administração do Estado, como escreve Temístocles Cavalcanti (36).

Em consequência: o *serviço civil* é a espécie, de que o *serviço público* é o gênero (37). Diante da realidade dos fatos, o funcio-

35) Cândido de Figueiredo — NOVO DICIONÁRIO DA LINGUA PORTUGUESA — 1.º vol. — Sociedade Editora — Lisboa — p. 912.

36) O FUNCIONARIO, etc.. — ob. cit. — p. 56.

37) “O serviço civil, por conseguinte, pressupõe a existência do serviço público, em seu sentido mais restrito, como serviço da administração pública” (Cavalcanti — ob. cit. p. 56).

nário se torna o profissional pela prática habitual de sua função (38).

E', em resumo, o que especifica e conceitua o *serviço civil*.

Fazendo o elogio da alta reputação do *serviço civil inglês*, Harold J. Laski lembra o grau de eficiência e sentido técnico a que soube atingir a Inglaterra. (39)

A neutralidade em assuntos políticos parecerá, à primeira vista, fator de maior e merecida importância. Mas o verdadeiramente importante é que o serviço civil inglês atingiu a um ponto tal de evolução que se governa por si próprio.

Nos Estados Unidos, desde 1829, a preocupação do *serviço civil* enche as plataformas políticas (40).

Na Itália, a unilateralidade das relações com a administração firma, com D'Alessio, doutrina de grande alcance administrativo (41).

§ 2.º O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO. A TUTELA JURÍDICA COMO PROCESSO CENTRALIZADOR.

12. Dispondo dos elementos necessários à boa e eficaz política administrativa, por alguns anos descuramos do aperfeiçoamento dos processos da técnica burocrática.

Não nos preocupamos muito, à maneira dos norte-americanos e ingleses, com a eficiência do serviço e da seleção do pessoal, como meio próprio de racionalização da atividade dos órgãos administrativos do Estado.

38) É o que demonstram: Temístocles Cavalcanti e Odilon C. Andrade — obs. cit. — ps. 56 e 30.

39) Harold J. Laski — O SERVIÇO CIVIL INGLÊS — Rev. do Serviço Público — Ano II — Vol. II, n.º 3 — p. 61; sobre o assunto consultar os trabalhos de Leonard D. White — THE CIVIL SERVICE IN THE MODERN STATE — Chicago, 1930; N. E. Mustoe — THE LAW & ORGANIZATION OF THE BRITISH CIVIL SERVICE e o estudo de Temístocles Cavalcanti O FUNCIONARIO PÚBLICO E O SEU ESTATUTO.

40) Temístocles Cavalcanti — ob. cit. — pag. 61.

41) C. A. Lúcio Bittencourt — O SERVIÇO PÚBLICO NA ITÁLIA, ALGUNS ASPECTOS — Rev. do Serviço Público — Ano II — Vol. III ns. 1-2 — p. 29.

A lei nº 284, de 28 de Outubro de 1936, após os trabalhos da comissão presidida pelo Ministro Maurício Nabuco, foi o primeiro marco lançado na confusão da política administrativa nacional.

A organização dos quadros do funcionalismo público, o enquadramento das classes diferentes, a padronização e as modificações no regime dos vencimentos, etc., — imprimiu, com a organização do Conselho Federal do Serviço Público Civil, novos rumos cujos resultados aí estão diante de nós para serem medidos e convenientemente estudados.

Reunindo o funcionalismo civil em grupos, cada grupo constituindo carreiras profissionais distintas, dentro de rígida seleção pessoal e padrão relativo de vencimentos, o Conselho tornou em órgão de justiça administrativa, a ele cabendo a solução dos problemas diretamente ligados aos departamentos da administração pública federal (42).

13. A notável experiência, que foi o Conselho Federal do Serviço Público Civil, redundou na criação do Departamento Administrativo do Serviço Público.

De origem constitucional (43), o referido Departamento só mais tarde ampliou-se com o decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938, acrescentando-se-lhe mais as funções atribuídas ao antigo Conselho Federal do Serviço Público Civil (44).

Escreve, com bastante razão, Temístocles Brandão Cavalcanti: “o que caracteriza a nova forma constitucional é a predominância da estrutura administrativa sobre a estrutura política do Estado” (45).

Esta é uma das inclinações dos chamados *Estados modernos*: o desenvolvimento progressivo dos órgãos administrativos a par da evolução das necessidades políticas e idéias correntes.

42) “A instituição do Conselho no Brasil atendeu a experiência de outros povos, notadamente a Inglaterra e os Estados Unidos, que haviam anteriormente feito ensaio do sistema, aliás com ótimos resultados” (Cavalcanti — ob. cit. p.s. 76-68).

43) Ver art.º 67 e parag..

44) Desaparecido pelo mesmo decreto-lei 579, de 30 de julho de 1938

45) O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DE 10 DE NOVEMBRO — loc. cit. — p. 49.

Sem dúvida: o Departamento Administrativo é consequência da nova estrutura do Estado brasileiro. Junto ao Presidente da República concentra ele os elementos de direção administrativa, controla, estabelece as relações tendentes a unificar os elementos essenciais para o funcionamento da máquina administrativa. Representa superestrutura de fins limitados mas com ação fundamentalmente disciplinadora da vida administrativa (46).

Sua importância, como órgão controlador das atividades privadas da administração, pelo seu adiantado espírito de técnica jurídica, não admite críticas. Mas há aquela outra atividade do Estado, não de menor importância que a primeira, que podemos chamar de atividade pública da administração, e que, não obstante o mais alto grau de importância, não encontrou ainda regulamentação especial.

E' o que veremos.

14. O bem-estar e o progresso das populações civilizadas dependem da série de serviços que, na maioria dos países, fogem sempre á atividade controladora da administração pública.

Os serviços de luz e energia elétrica, transportes, telefone, etc., principalmente no Brasil, auferem valor considerável, porque explorados por empresas estrangeiras e, logo, estranhas à nossa vida.

Ninguém desconhece que o problema da energia elétrica envolve grande problema político, pelo simples fato de, no mundo atual, sermos obrigados a considerar em primeiro plano a importância e o valor do problema econômico.

E' essa outra atividade da administração que nos preocupa. Vivemos a época de uma civilização técnica profundamente industrial. A todo momento, ouvimos doutrinadores políticos afirmarem que o Estado *moderno* não é mais aquele velho Estado amorfo e indiferente.

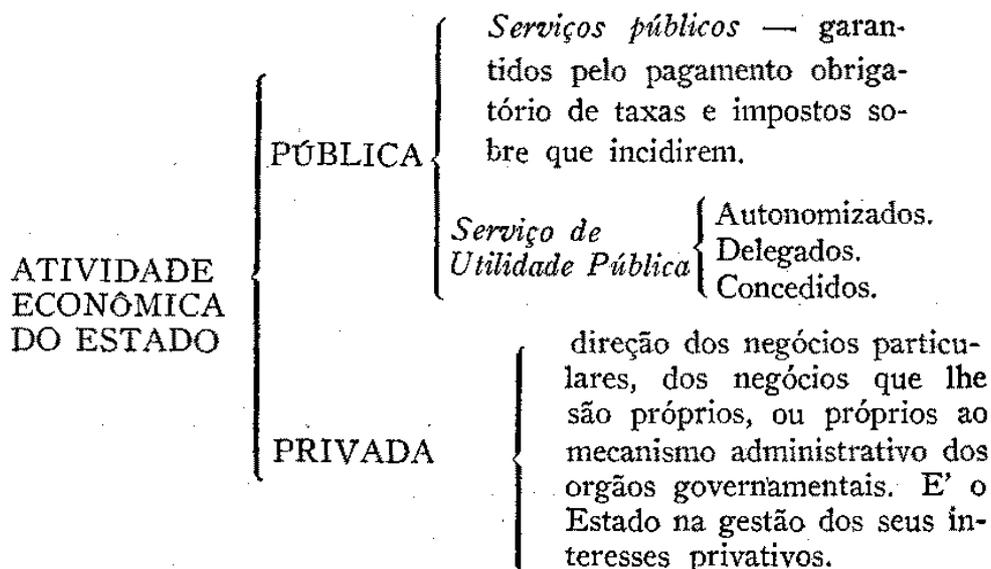
Não será de urgência, portanto, o estudo carinhoso desses altos problemas administrativos que afetam o interesse público e escapam da alçada do poder governamental?

Sabemos que não há limite preciso entre a função pública propriamente dita, que é a do Estado, e a função privada deste, como aquela que diz respeito aos processos de organização dos serviços de utilidade social, que o Estado delega, ou concede.

46) Cavalcanti — trab. cit. — loc. cit. — p. 49.

O interesse primordial do Estado é a riqueza pública. Não se nega, está claro, que seja interesse essencialmente econômico.

Daí:



Não podemos fugir de reconhecer a exigência de certos valores sociais que ao Estado cabe, indiretamente, dirigir e regulamentar (47).

Temos que aceitar a tutela cada vez maior do Estado. O individualismo como processo político desaparece para dar lugar a maior controle social do Estado e da administração.

15. É a essa atitude sempre nova do Estado que chamamos de *tutela jurídica*.

Vemos a administração pública na sua função e ação fiscalizadora, determinando a eficiência do serviço na defesa do interesse que é público.

47 Exemplo: A indústria elétrica desempenha função social essencial. O Estado devia desempenhar essa função. Quando a entrega a uma indústria, esta é uma agência do Estado. Os resultados de sua eficiência são de benefício público; a sua ineficiência também é paga pelo público" (Luís de Anhaia Mello — PROBLEMAS DE URBANISMO — O PROBLEMA ECONÔMICO DOS SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA — 1.ª Edição — S. Paulo, 1930 — p.4 24).

O conceito de utilidade pública vem ligado à noção do bem comum (48). O sentido da responsabilidade, a necessidade de salvaguardar o interesse geral, faz com que o poder público exercite autoridade repressiva de controle, sempre que se encontre em jogo serviços sociais e que afetam a coletividade (49).

Nos Estados Unidos criou-se a *Federal Power Commission* para fiscalizar a exploração das águas públicas e da indústria hidrelétrica.

Substituindo ao Estado na execução administrativa de serviços públicos, as empresas particulares não deixam de sofrer a interferência do poder fiscal, ou de polícia do próprio Estado.

Todas as atividades públicas devem ser estreitamente controladas pelo governo. Não há atividade econômica que não esteja ligada ao interesse público. O que determina a vida das empresas particulares de serviço público é somente a conveniência coletiva.

Quer no serviço de transporte ou comunicações, quer nos de água e força e luz, os favores e privilégios a eles inerentes devem impor contra-prestação que decorre da integração dentro do regime da administração pública (50).

A fiscalização estabelece a permanência de uma relação jurídica entre o Estado e as empresas de utilidade pública.

A tutela jurídica se exerce como fórmula exata de centralização das atividades administrativas para-estatais, mantendo intacta a soberania constitucional e política do poder público, mesmo quando da outorga de poderes, ou delegação de funções.

§ 3.º CONCLUSÕES.

Observando detidamente a realidade brasileira e os serviços que a ela se acham ligados juridicamente, do exposto e discutido, ousamos lançar as seguintes conclusões:

1.^a O ato do Estado é originário e anterior à noção e conceito de serviço público e quando o Estado o cria e executa é na base do grau de utilidade, ou necessidade; o Estado é quem determina a

48) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — ob. cit. — p. 80.

49) Ver nosso trabalho — p. 119.

50) Temístocles Brandão Cavalcanti — ob. cit. vol. II — ps. 229-230.

espécie do serviço público e a situação jurídica que lhe é correlata; a realização do serviço está dentro das finalidades do Estado; o poder público não abandona a paternidade na execução dos serviços públicos, mesmo delegados, porque em absoluto não desaparece o risco da sua responsabilidade;

2.^a Há os serviços que só podem ser explorados pela administração pública, e que são os serviços públicos privados do Estado; o serviço civil apenas se relaciona com a execução dos serviços diretamente ligados à administração; o serviço público é serviço do Estado; o primeiro poderá ser apenas elemento para a consecução do segundo; entre nós, o Departamento Administrativo representa a síntese do aparelhamento administrativo em evolução; para representar o Estado em movimento precisa ampliar as suas funções até atingir ao controle dos serviços públicos que fogem dos processos da técnica burocrática;

3.^a As empresas privadas, ou particulares, devem ficar sujeitas, por isso, à regulamentação e controle das autoridades administrativas; as atividades econômicas estão sempre ligadas ao interesse público; tanto os serviços a cargo do Estado como os serviços sujeitos a direção das empresas privadas, são melhor conduzidos quando tutelados pelo poder público e sob regime legal e regulamentar.

CAPÍTULO SEGUNDO

§ 4.º TÉCNICAÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO DO ESTADO. A IMPORTANCIA DO FATOR HUMANO.

1. Nossa época passará à história como o período marcante em que se conjugam, pela força da técnica, a importância da máquina e os valores puramente humanos.

A ciência moderna fornece ao homem os elementos necessários para, num só lance de olhos, sentir o que se passa através do universo. Não há mais o terror das distâncias ignoradas. Estamos tão perto da Argentina como do ponto mais afastado da China oriental.

O que se verifica, pois, neste período histórico assinaladamente caracterizado pelo progresso da técnica científica, é que o homem não mais vive isolado. A máquina o acompanha em cada passo da sua existência.

A energia humana projeta-se no mundo coletivo. O elemento de conjugação com a vida social é a máquina. Com esta desaparece a manufatura. Substituem-se as oficinas e usinas pelos grupos industriais (51).

O viver atual é fenômeno simples de mecanização, de regulamentação do trabalho e dos privilégios das classes produtoras. A política surge com sentido ordenador. Com a política, o Estado, que é força de afirmação da ordem jurídica.

O primado industrial, que deverá distinguir o nosso tempo, atinge de cheio o Estado que representa o homem e a sociedade.

51 Aconselhamos: Werner Sombart — L'APOGÉE DU CAPITALISME — Payot — Paris, 1932; Roger Francq — L'ECONOMIE RATIONNELLE — Gallimard — nrf — 1937; André Fourgeaud — L'HOMME DEVANT LE CAPITALISME — Payot — Paris, 1935.

A produção em massa, o desequilíbrio econômico produzido pela concorrência que estabelece o rápido barateamento dos produtos, força o Estado a intervir nas atividades econômicas, criando padrões apropriados que permitam a exclusão do monopólio nas iniciativas privadas industriais (52).

As crises mundiais quasi sucessivas, o excesso de produção e a falta de consumo, a oscilação do valor monetário nas transações de crédito, impuseram ao Estado atitude jurídica bastante séria e que deu imediatamente lugar à economia planificada.

Tambem o progresso industrial apresenta aspectos diferentes com a organização racional da produção. A politica aproxima-se da economia e a integra na ordem dos negócios administrativos. As velhas instituições jurídicas adquirem sentido diverso, como escreve Fleiner (53).

Na Alemanha, a Constituição do *Reich* previra a possibilidade de socialização das empresas industriais privadas (54).

Não há limite para o poder do Estado em face dos grandes interesses coletivos. A vida dos individuos e dos grupos não pode condicionar-se ao arbítrio daqueles que, economicamente, são os mais fortes.

Estado e direito confundem-se. E' precisamente, na ligação da política ao fenômeno da economia, que vamos encontrar o aspecto característico da morfologia social dos tempos modernos.

2. Não se nega mais, hoje em dia, essa perfeita identidade do direito com o Estado (55). O Estado é quem orienta e determina

52) Aconselhamos mais: Baron Mourre — LES FLUCTATIONS DE L'ATIVITÉ ECONOMIQUE — Felix Alcan — Paris, 1836; Pierre Duroc — FACE AU CAPITALISME — Gallimard, Paris, 1936; Franklin Delano Roosevelt — LOOKING FORWARD — John Day Company — New York, 1933.

53) Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Trad. de Sabino Alvarez Gendin — Ed. Labor — Barcelona, 1933 — prólogo.

54) Art. 156 (Fleiner — ob. cit. — p. 99).

55) Hans Kelsen fez, desse ponto, a partida para toda a sua filosofia jurídica normativista. "Quando ligamos o ciclo político ao juridico, estamos perfeitamente convencidos, com Hans Kelsen, da identidade do direito e do Estado" (Edgard Matta — DEMOCRACIA INDUSTRIAL E CONTROLE OPERARIO — Of. dos Dois Mundos Baía, 1939 — p. 71).

as relações jurídicas com a exclusão da ingerência dos interesses particulares (56).

A verdadeira democracia, como fórmula política racional e humana, deverá equilibrar os direitos do indivíduo e os direitos da sociedade: a liberdade e a soberania (57). "*Ce qui est essentiel*", escreve Georges Guy-Grand, "*et ce qui caractérise la démocratie, c'est l'équilibre ou la synthèse de tous les droits légitimes*" (58).

A liberdade condicionada é atributo da pessoa jurídica. A soberania é imperativo de vida própria do Estado. O equilíbrio que se exige está no limite de direitos do indivíduo.

Nunca esquecendo: em face do mundo e do Estado que se transforma o direito não pode ficar parado (59).

O conceito da ordem pública se estende cada vez mais: tentando compensar com uma solidariedade jurídica a inferioridade econômica, acautelando os interesses individuais expostos à especulação, ou tentando juridicamente atenuar as desigualdades sociais (6).

Cabe aqui, a sutil distinção que faz o ilustre Fleiner entre direitos e deveres públicos (61).

56) É também a doutrina de Harold J. Laski. Ver DERECHO Y POLITICA — trad. esp. — Editorial Derecho Privado — Madrid, 1933.

57) Louis Le Fur — DÉMOCRATIE ET CRISE DE L'ÉTAT — Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique — Ns. 3-4 — p. 48 — Recueil Sirey — Paris.

58) DÉMOCRATIE, LIBERTÉ ET SOUVERAINETÉ — Communication au Congrès International, Prague, September, 1934 — Archives cit. — 53.

59) "A influência dos dados econômicos e sociais, nas suas múltiplas manifestações, através das transformações decorrentes das grandes indústrias, de múltiplas invenções e das idéias políticas e filosóficas, veio imprimir, sobremaneira, nos vários institutos jurídicos, diretrizes novas, feições diversas e efeitos múltiplos e imprevistos" (Alvino Lima — DA INFLUENCIA, NO DIREITO CIVIL, DO MOVIMENTO SOCIALIZADOR DO DIREITO — Rev. da Fac. de Direito de S. Paulo — Jan.-Abril, 1939 — Vol. XXXV — Fasc. I — p. 199).

60) Orlando Gomes — A DEMOCRACIA E O DIREITO OPERARIO Rev. Forense — vol. 75 — p. 482; Alvino Lima — loc. cit. — p. 206; J. E. Gonzales Alberú — LAS NUEVAS ORIENTACIONES DEL DERECHO — Madrid, 1935 — ps. 23 e seguintes.

61) Fleiner — ob. cit. — p. 133.

A socialização das empresas privadas, na Alemanha, é resultante dos fins políticos da unidade econômica intentada pelo *Reich*, regulamentando em determinados aspectos os ramos importantes da vida econômica que afetassem o interesse público (62).

Indispensável, portanto, o controle da riqueza como base da civilização industrial moderna. O Estado deverá atrair a vária atividade econômica de iniciativa privada: os serviços públicos prestados por empresas particulares quando ou não usando de atribuições delegadas.

O serviço público, quer pertença ao Estado, quer a concessionários, é sempre uma indústria (63). Não desaparece o monopólio da administração enquanto existirem atividades que o Estado exerce com a exclusão de toda e competência privada (64). O poder de soberania para se afirmar exige o controle das forças econômicas em conflito.

Só excepcionalmente o Estado confere o exercício do direito de soberania aos particulares ou empresas privadas (65), sem que no entanto perca a sua capacidade soberana de ação e decisão, de sujeito ativo da administração pública.

3. Quando o Estado faculta o exercício de pedaços de soberania, podemos dizer, e usa ao mesmo tempo do seu *poder de polícia*, não se trata apenas de interesses industriais, mas de serviços públicos industrializados e já anteriormente reconhecidos como de utilidade social.

E' louvável que se faça essa distinção.

Uma empresa qualquer, está bem claro, pode ser dirigida como melhor convier. A empresa de serviço público, não. Os lucros que as indústrias privadas podem exigir, sujeitas unicamente às limitações da concorrência, são negados aos serviços de utilidade pública (66).

62) Fleiner — ob. cit. — p. 106.

63) Odilon C. Andrade — ob. cit. p. 79. “Como toda indústria tem receita e tem despesa, e como em toda indústria a receita deve ser, não pode deixar de ser, maior do que a despesa, dando saldo que recompense o capital invertido e os riscos e trabalhos da operação”. ob. cit.).

64) Fleiner — ob. cit. — p. 275.

65) Fleiner — ob. cit. — p. 276.

66) Luís de Anhaia Mello — ob. cit. — p. 23.

A indústria da eletricidade, por exemplo, seria absurdo a considerarmos indústria privada. Como escreveria Mosher: é empresa quasi pública, e como tal sujeita a um tipo de controle inteiramente diverso do das indústrias privadas (67). Pesa o valor do serviço que executa.

A eletricidade hoje, é quiçá noventa e nove por cento da vida do homem civilizado. O bem estar relativo de grandes massas de população, como escreve Anhaia Mello, depende de um suprimento de eletricidade abundante e barato.

E' impossível, repetimos, que indústria essencialíssima como essa possa ser classificada no rol das indústrias privadas. Sua importância em nossa vida econômica e social, a ausência de competição conveniente, auferem-lhe grande vulto de responsabilidades para com os interesses públicos que o Estado policia e também protege (68).

O ortodoxismo político entendeu que encaminhar para o Estado todos os elementos da produção é resolver o grande problema do equilíbrio social. A socialização, em particular municipalização ou estatização, torna-se imperativo categórico do nosso tempo (69).

Só a guerra mundial de 1914, no entretanto, mudou a opinião dos estadistas, quanto à importância fundamental das manifestações econômicas, na vida do Estado moderno (70).

4. A distinção costumeira que se tenta estabelecer entre *serviços públicos* e os de *utilidade pública* é apenas, como vimos, questão de simples classificação doutrinária (71).

67) Willian Mosher — ELECTRICAL UTILITIES — The Grises in Public Control — Harpers, 1929 (apud. Anhaia Mello — ob. cit. — p. 23).

68) Veja-se a Inglaterra e Alemanha, no que concerne aos serviços de transporte. Dois terços das empresas existentes nesses países, são municipais. Considera-se a socialização, ou a municipalização, o melhor meio de proteção dos interesses públicos.

69) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 24.

70) Fleiner — ob. cit. — p. 99.

71) "Talvez a distinção tenha mais razão de ser na técnica administrativa dos Estados Unidos, sob o regime da PUBLIC UTILITIES" (Temístocles Cavalcanti — ob. cit. — 2.^a Ed. — Vol. II — p. 270).

O fato de considerar de utilidade pública os serviços que fogem ao manejo do Estado, como o faz Odilon C. Andrade (72), é generalizar demasiadamente um conceito que já, em sua forma genérica, subentende favor e privilégio do Estado.

Criados ou reconhecidos pelo poder público, o que preocupa os estudiosos é a natureza jurídica do serviço.

No regime administrativo francês, o próprio Roger Bonnard acha indispensável a pesquisa do conteúdo jurídico.

Há os serviços criados pelo Estado e que certamente se integram na ordem administrativa. Há os que surgem como consequência de um ato de reconhecimento do Estado e cuja personalidade jurídica vamos encontrar na forma do ato que delega poderes ou atribue funções (73).

Dentro da nossa estrutura jurídica não podemos nunca fugir dessa orientação. Sabemos que o artigo 16 do Código Civil considera as entidades de utilidade pública como simplicíssimas pessoas jurídicas de direito privado.

Estamos, porem, diante de matéria nova e que escapa às disposições estreitas do formalismo civilista.

O que interessa é a personalidade jurídica e a finalidade que dá vida aos *établissements* de utilidade pública.

A pouca amplitude de vistas do legislador brasileiro, temos na lei n.º 91, de 28 de agosto de 1935 (74).

Os aspectos que esses serviços apresentam, na Inglaterra e nos Estados Unidos, mostram que a questão tomou rumo inteiramente novo, não obstante oposição e restrições que se lhe fizeram pelo motivo de permanente controle e fiscalização direta do Estado.

A consequência não seria essa caso o Estado não sentisse a necessidade de, num momento para outro, apelar para certas forças capazes de aparar os golpes produzidos na vida coletiva pelos poderosos magnatas das fábricas de gás e eletricidade, dos transportes e dos serviços de água.

A guerra, terminada em 1918, aumentou, com o empobrecimento das populações, as necessidades provenientes da vida econômica.

72) Ob. cit. — p. 51 e seguintes.

73) Bonnard — PRÉCIS — cit. p. 538.

74) São os seguintes os requisitos que estabelece a lei: a) personalidade jurídica; b) funcionamento regular e serviço desinteressado à coletividade; c) não sejam remunerados os cargos diretores.

Cresceu o nível das condições de vida. Com o empobrecimento do povo estava justificado politicamente o empobrecimento do Estado.

O que se deu, em conclusão, nos países mais sacrificados, nada mais foi que a ampliação da esfera de influência do poder público no sentido de suas atividades econômicas.

Torna-se o Estado gestor e feitor de obras industriais para a exploração das grandes empresas econômicas. As formas rígidas da administração, ao contrário do que havia ideado Fleiner, adaptam-se imediatamente às atividades puramente econômicas (75).

Desce o Estado para a luta das competências, esquecendo os privilégios que lhe são próprios, para poder adquirir aqueles princípios mercantis que determinam a existência das empresas industriais privadas.

Cumpra afirmar: foi unicamente o direito privado quem proporcionou à administração pública essa amplitude jurídica, que defendeu o Estado das possíveis e sucessivas crises provocadas pela exploração e o desequilíbrio da riqueza. A industrialização das atividades do Estado é, portanto, contingência do momento presente.

5. Desde que o poder público aproveita dos elementos de ação fornecidos pelo direito privado, podemos dizer que nem todas as atividades do Estado reclamam o trabalho público para a sua execução. (76).

O que vale na vida do Estado são as finalidades precípuas a atingir. Os meios de que lança mão já não preocupam, pois a realidade dos fenômenos jurídicos desmentiu que haja completa separação entre os princípios de direito público e direito privado.

O Estado não é indiferente, como pessoa jurídica de direito público, às manifestações particulares do homem. O indivíduo, por seu turno, não é e não será nunca indiferente à vida do Estado.

75) "As formas rígidas da administração pública demonstraram pouca elasticidade para adaptarem-se às atividades puramente econômicas. Iniciou-se PARIPASSU a separação, na administração pública, entre a administração soberana (exercício do poder soberano) e a administração pública de assuntos econômicos (que se diz também administração industrial)" (Fleiner — ob. cit. — p. 100).

76) "Nem todas as atividades da União, dos Estados e dos Municípios, reclamam o trabalho público para a sua execução" (Rui Cirne Lima — PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — Parte Geral Especial — 2.^a Ed. — Liv. do Globo — P. Alegre — p. 172).

Há concomitância de interesses que se anulam, quando o indivíduo aceita a ingerência livre do Estado, ou quando o Estado intervem para determinar a ordem jurídica.

As variações no sentido do *interesse público* chegam a mudar a jurisprudência dos tribunais.

A produção em grande escala adquire bases assinaladamente públicas e é serviço industrial do Estado. Agora, o Estado vai intervir, mas afim de facilitar ao homem as regalias de que ele necessita tecnicamente para existir ao nível da civilização industrial da época em que vivemos.

Quem estudar o desenvolvimento dos serviços de utilidade pública nos Estados Unidos, terá à sua frente o caso do Brasil.

A longa extensão geográfica, população escassa para séria atividade agrícola e industrial, dificuldade nos meios apropriados de transporte, — tudo faz crer que não podemos prescindir do elemento humano que é para nós o elemento de ligação.

Nada temos organizado. Tudo está por fazer no Brasil (77). Logo, o homem é o fator principal e o mais importante. Não legislamos para cidades e organizações milenarmente existentes. Legisamos para legalizar situações jurídicas de fato, ou para criar *direito*.

Compreende-se que na Europa hajam cidades paradas, cidades mortas, cidades já evoluídas e economicamente cristalizadas.

A Europa está condicionada a uma evolução lenta. O Brasil, ao contrário, como toda a América, inicia os primeiros passos no apogeu da civilização industrial, que a intervenção do Estado fez substituir ao domínio absoluto do capitalismo burguês.

Ora, o êxito das indústrias menos importantes, como a efetivação dos serviços públicos necessários à administração ou à coletividade, das indústrias privadas, ou das indústrias públicas, está em absoluta dependência de dois fatores: a estruturação dos órgãos de execução e o quadro do pessoal executante (78).

De fato: a industrialização intensiva, bem como a produção em excesso precipitando os furores da concorrência indisciplinada, aconselha usar sempre a ajuda do homem, pelas suas iniciativas pes-

77) Esta é a lição (de Alberto Torres: “Nossa política precisa ser orientada no sentido da conservação das riquezas e valorização da terra.” (Ver ORGANIZAÇÃO NACIONAL — Rio — Imp. Oficial — 1914 — p. 188).

78) Ary da Costa Fernandes — O FATOR HUMANO DO TRABALHO Rev. do Serviço Público — Vol. II, n.º 3 — junho de 1939 — p. 5.

soais, sem esquecer de fixar, dentro da ordem política, as limitações ao direito ou interesse do Estado.

Como dissemos: profissionalizado o homem e técnicizado o trabalho, temos o caráter profissional da função pública, que institue e caracteriza o *serviço*. Desde que todos os atos praticados com o objetivo de *serviço público* sejam de função pública.

§ 5.º A AMPLITUDE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO. MEDIDAS DE PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.

6. Aliás, não é novidade esse duplo aspecto sob o qual se apresenta juridicamente a administração pública. Ubierna, chamaria de dupla personalidade jurídica (79).

Ao mesmo tempo que distribue a justiça e faz o direito, o Estado possui inúmeras outras funções que especificam a atividade jurídica da administração pública.

Para muitas dessas funções organizaram-se departamentos autônomos que pudessem tornar real a decisão do Estado nos negócios de sua livre administração (80).

E' de dizer: não bastando o Estado cuidar dos assuntos que lhe são particularmente próprios, ainda cuida daqueles que dizem respeito aos interesses sociais ou coletivos.

Recordemos, por exemplo, os atos legais de administração que mandam regulamentar a organização das empresas privadas de interesse público.

Não há limite que possa rigorosamente ser determinado para as atividades jurídicas do Estado. Não há que negar: de uma época para outra variam as concepções acerca do alcance dos fins do Estado (81).

Avançando sempre no sentido jurídico de suas finalidades, especialmente quando se trata da realização do bem estar dos indivíduos,

79) J. A. Ubierna y Eusa — APREMIOS ADMINISTRATIVOS — Manuales Reus — Vol. VII — Madrid, 1912 — p. 33.

80) Vejam-se os exemplos a que alude o ilustre Fleiner — ob. cit. — p. 8.

81) Fleiner — ob. cit. — p. 25.

o Estado exige ampla intromissão do poder administrativo na esfera privada (82).

Já Tocqueville, em 1831, acreditava que o direito Administrativo e o direito Civil fossem como dois mundos separados (83).

Firmou-se, terra afora, a doutrina de que os tribunais civís não são competentes para julgar os casos em que a administração pública seja participante (84). Abre-se regime de pura exceção judicial.

A capacidade de limitação do direito Civil desaparece diante da incompetência dos tribunais comuns para julgar litígios em que o Estado, ou a administração pública, aparece como interessado.

O Estado é uma formação secundária, — na assertiva de Prates da Fonseca (85). Não se realiza apenas como simples válvula de segurança individual. No entretanto, o Estado é quem facilita a produção da riqueza, dá meios ao homem de, pelo trabalho, construir para viver, produzindo assim indiretamente, enquanto pela ação jurídica mantem a intangibilidade da ordem pública.

Logo, administrar é administrar para o Estado, para os fins e objetivos do mesmo. Tudo o que o Estado empreende para alcançar esses fins e objetivos é *administração*. Na administração, é o Estado em atividade que se manifesta (86).

7. O verdadeiro valor do Estado de fato e juridicamente organizado, está nas garantias que possui para realizar-se ou integrar-se na realidade imanente dos seus objetivos primordiais (87).

82) Fleiner — ob. cit. — p. 27.

83) Ver carta dirigida em 10 de outubro de 1931 ao Visc. de Blosseville (Alexis de Tocqueville — OEVRES COMPLÉTES — VII — p. 67).

84) Hauriou — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF ED DE DROIT PUBLIQUE — Paris, 1933 — 1.^a Ed. — p. 34; Fleiner — INSTITUCIONES — cit. — p. 31; Duguit — LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC — Paris, 1915 — p. 32; etc., etc..

85) Ver DIREITO ADMINISTRATIVO — Ob. cit. — p. 34.

86) Fleiner — DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — trad. de Ch. Eisenmann — Biblioteca do Inst. de Droit Public — Paris, 1933 — ps. 1 e seg..

87) Ludwig Spiegel, escreveria da seguinte forma: “O valor jurídico do direito Administrativo resulta sempre das garantias que encontra para a sua realização” (DERECHO ADMINISTRATIVO -- Ed Labor -- Trad. Francisco J. Conde — Sección VIII — Vol. 342 — p. 24).

As transformações por que passa constantemente, com o desenvolvimento do espírito público, atinge os rumos do direito político.

Não se trata mais somente de estabelecer liberdade, ou limitar a ação executiva do poder público diante do indivíduo. Os problemas do Estado moderno são de alta administração. O que importa dizer, problemas de elevada política administrativa (88).

Assim é que, na amplitude de sua atividade administrativa, tende funcionalmente a criar, a reconhecer, e modificar ou extinguir situações jurídicas consagradas pelo consenso comum (89).

Se formos buscar a origem, na teoria do Estado, de todo esse movimento caracterizante da ação jurídica do poder público, somos obrigados a reconhecer, com Menegale, que o Estado é dotado de energia interior, que se move de dentro para fora, e sua atividade, constante e diversificada, é consequência do impulso social (90).

Justificando a existência do Estado pelos elementos que impõem constante movimento jurídico, reafirmamos, com Menegale: “como essa sociedade, de que parte o impulso, tem exigências múltiplas, a atividade do Estado tem de se multiplicar em funções” (91).

Quando imaginamos aquela identidade, de que falamos mais atrás, entre o direito e o Estado, surge-nos imediatamente pela frente, a consciência da unidade da ordem jurídica.

Não cremos que o Estado seja simplesmente conceito sociológico. Acreditamos que seja conceito sociológico ou político e noção jurídica, no que concerne à sua capacidade de ação na esfera total das iniciativas humanas.

8. O Estado deve ser analisado estruturalmente e de conformidade com a organização dos seus órgãos de governo (92).

88) J. Mattos de Vasconcellos — ob. cit. — Vol. I — p. 4.

89) J. Guimarães Menegale — DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO — Tomo I — Rio, 1938 — Metropole Editora — ps. 47-48.

90) Ob. cit. — tomo I — p. 93.

91) Menegale — ob. cit. — tomo I — p. 93.

92) Temístocles Cavalcanti, pensaria de maneira diferente: “O Estado pode ser estudado em sua estrutura ou na composição dos seus órgãos de governo” (ob. cit. — vol. I — p. 25).

A submissão do Estado a um regime de direito que ele mesmo cria, é para Bielsa, índice de progresso jurídico (93).

O Estado é o responsável pela ordem jurídica. Criando o direito, adquire também a obrigação de mantê-lo inviolável. A capacidade de auto-limitação não passa de consequência jurídica da sua soberania política.

Não se nega, principalmente, ao Estado, sua natureza como força regulamentadora dentro da ordem jurídica estabelecida. Quando organiza, por exemplo, um serviço público, imediatamente o submete a normas administrativas técnicas e jurídicas (94).

A afirmativa de que o direito Administrativo é expressão da consciência jurídica, faz com que Radbruch aceite o Estado auto-limitado a um regime de direito (95).

Do que se conclue que o Estado quando estabelece um regime jurídico, a ele se integra, a ele se identifica, desde que esse regime satisfaça plenamente seus objetivos essenciais.

O bem-estar coletivo, as necessidades dos grupos e dos indivíduos agrupados, faz com que se elaborem medidas próprias de segurança, e que o Estado tutela, auto-limitando-se à proteção das ordenações jurídicas.

Diríamos que o Estado chama a si a responsabilidade do bem comum. Para durar, que é o objetivo primordial do Estado, tem de transformar-se, e adaptar-se às condições sempre novas da sociedade (96).

9. Aumentando a esfera do direito, maior amplitude ganha a ação administrativa do Estado.

Mas, perguntamos: é possível ao Estado obter os meios necessários à resolução dos problemas jurídicos que ele mesmo cria, quando delega poderes, outorga funções ou faculta direitos?

Sem dúvida, para a gestão de grande número de negócios administrativos, a administração pública usa dos mesmos meios jurídicos

93) Rafael Bielsa — ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO — Librería Nacional Editora — Buenos Aires, 1932 — p. 29.

94) Bielsa — ob. cit. — p. 33.

95) Gustav Radbruch — INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO — Labor — Trad. de Recasens Siches — Barcelona, 1930 — cap. IV.

96) Pedro Calmon — CURSO DE DIREITO PÚBLICO — Rio, 1938 — Liv. Freitas Bastos — p. 94.

que o direito Civil colocou à disposição das pessoas jurídicas de direito privado (97).

Há instantes, em que a administração pública age como simples sujeito de direito privado. O Estado e o indivíduo, de igual para igual. Quando o Estado usa dos elementos que lhe oferece o Código Civil, estamos com Fleiner, submete a administração pública aos princípios estaveis do direito Civil e, em caso de conflito, à decisão dos tribunais ordinários.

Não se trata aquí da situação jurídica mencionada. No marco da evolução constitucional dos povos em que nos encontramos, não é permitida a intromissão da justiça comum ou do judiciário em negócios próprios e de interesse da administração pública.

A recíproca, portanto, não é verdadeira. Desmente-se que haja reciprocidade nos fenômenos. A administração permite submeter-se a decisões da justiça ordinária. O que não permite é precisamente o contrário: que a justiça ordinária intervenha em negócios seus e particulares do Estado.

Colocando o problema no reverso da medalha, quando o Estado exercita a sua qualidade intangível de poder superior e soberano, é que há relação de ordem pública e interesse público.

Aquí, no caso positivo de conflito, os sujeitos jurídicos são desiguais e permanece essa relação de ordem pública, relação de direito público, unilateral, coercitiva, partindo do pressuposto da desigualdade das partes que se chocam (98).

10. O Estado e a administração vivem em relação do interesse público. Suas obrigações jurídicas afirmam-se no terreno do social, do coletivo, do grupal.

A indústria privada quando atinge o interesse público, — a exploração das quedas d'água e da energia elétrica, dos meios racionais de transporte coletivo urbano, — não passa de concessão do Estado ao particular para que, dentro de uma relação contratual de direito público, se vejam satisfeitas as necessidades dos indivíduos que, agrupados, vivem a premência dos mesmos interesses (99).

97) Fleiner — ob. cit. — ps. 39 e seguintes.

98) Fleiner. — ob. cit. — ps. 40-41.

99) Sobre o assunto, vejamos: Recaredo Fernandez de Velasco — LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — Ed. Vitoriano Suarez — Madrid, 1927 — Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — DO CONCEITO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO — Curitiba, 1938; Barassi —

Para essas atividades extra-estatais, é que o poder público estabelece medidas de proteção.

Não agrada ao Estado que o que seja do interesse público, possa ser passivo da exploração desordenada de indivíduos ou sociedade jurídica de indivíduos.

A tradição do Estado *polícia* oferece oportunidade ao poder público para que se manifeste discricionariamente, sempre que estiver em jogo interesse de maior monta. A tradição administrativa do Estado que intervem na ordem privada não é de ontem e atinge a história do direito universal (100).

Se o fenômeno hoje adquire vocabulário diferente, não afirmamos e para nós não é prova bastante, de que se apresente sob formas diferenciadas. O característico da intervenção do Estado no patrimônio do indivíduo é o marcante.

O desenvolvimento histórico das entidades de serviço público vem de pouco tempo aos nossos dias.

Acreditamos, pelos aspectos agora peculiares, que seja do nosso século, tão influenciado pelo desenvolvimento da técnica com o incremento da grande especialização e da indústria avançada que se fecha em círculos concêntricos, servindo os interesses coletivos na razão do "*the public de damned*" dos americanos do norte.

Não esquecendo: há sempre o interesse público. O objetivo das empresas que exercem funções públicas, ou exploram serviços de utilidade pública, é *servir o público* e não aproveitar dos instrumentos que o público lhes confiou, em proveito próprio e com sacrifício dos interesses da coletividade (101).

IL CONTRATTO DI LAVORO NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO — 2.^a Ed. — Milão, 1915; mesmo trabalho publicado na RIVISTA DI DIRITTO CIVILE, 1913, p. 181; Bielsa — RELACIONES DE CODIGO CIVIL COM EL DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1923; Abella — CONTRATOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES — 4.^a ed. — Madrid, 1913; Ubierna y Eusa — CONFLICTOS JURISDICIONALES — Madrid, 1911; mais os trabalhos citados de Bullrich, Juan P. Ramos, Masagão, etc..

100) Ver os estudos de Cimballi (LA PROPRIETA EI SUA LIMITI); F. Macheldy (MANUEL DE DROIT ROMAIN); G. Gurvitch (L'IDÉE DU DROIT SOCIAL).

101) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 47.

11. Se falarmos, agora, em regulamentação, não trazemos novidade para os estudiosos da matéria.

Em todos os países constitucionalizados, na medida do interesse coletivo, as empresas de utilidade pública são regulamentadas pelo governo.

Não se trata, porem, somente de regulamentação. Esta é apenas a parte formal no aspecto jurídico das concessões de serviço público.

A regulamentação, na escala do interesse coletivo, corresponde à relativa socialização das iniciativas privadas de empresas de serviço público.

Quando o Estado sente o alcance do interesse público que atinge importância considerável, como os serviços de água, estradas de ferro, etc., ele só possui uma obrigação, que é a de absorver as atividades que são privadas (102).

Essa atitude do Estado — do Estado absorvendo ou incorporando os serviços que lhe são essenciais, as indústrias ou empresas de caráter particular — importa quasi na integração dos meios de produção ao organismo e poder de governo, que é o Estado.

Assim, explicaríamos:

SOCIALIZAÇÃO

Concessão.
Municipalização.
Nacionalização.
Estatização.

A socialização, no sentido marxista, tenderia à absorção de todos os meios de produção. De nossa parte, colocamo-nos dentro da escala acima, sem nunca esquecer a importância do grau de utilidade e do grau de interesse público.

A Constituição de Weimar, sempre lembrada, no seu artigo 151, determinava que a vida econômica alemã, seria organizada conforme os princípios de justiça e tendendo a assegurar a todos existência digna do homem (103).

102) "... são formas usadas pelo Estado para absorver as atividades ou iniciativas privadas" (Temístocles Cavalcanti — ob. cit. — Vol. II — p. 273).

103) Mirkine — LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO — 2.^a Ed. — Ed. Espana — p. 87. Também ordena o respeito à liberdade econômica do indivíduo, condenando a usura e permitindo a liberdade de contratação (ob. cit. p. 7).

No artigo 156, estabelecia a necessidade da exceção, não descuidando das empresas industriais e econômicas privadas, *sucetíveis de serem socializadas* (104).

A Constituição de Weimar, sabemos, serviu de modelo às diferentes alterações subsequentes e processadas na estrutura política e social dos países europeus. Donde, concluimos nós, a socialização representa a fórmula política mais jurídica de intervenção no patrimônio do homem.

As diversas modalidades por que se apresenta, definem situações variadas de direito.

A mais moderada, que é a figura da *concessão*, tornou em instituto aceito e consagrado pelo pensamento jurídico moderno.

No caso da *municipalização*, temos a determinante geográfica influenciando na esfera da atividade política e administração do Estado.

Enquanto *nacionalizar* vai traduzir proteger, *estatizar* vai significar tornar do Estado.

A última Constituição espanhola orientou-se no mesmo sentido em se tratando da propriedade e dos serviços públicos. Portugal, da mesma forma, não esqueceu o interesse público, quando este necessita ser protegido ou tutelado pelo poder de governo.

12. A Idade Média deixou fugir do Estado o controle da vida econômica. A doutrina do *justo preço*, defendida pela Igreja, Sto. Agostinho e S. Tomaz, desapareceu ante a concessão de privilégios, característicos da época medieval.

As empresas industriais privadas, investidas dos poderes e responsabilidades do Estado, atingiram com o incremento do mercantilismo livre, a fase do *laissez-faire* (105).

A economia pública sofre o primeiro colapso político. O mercado livre submete-se à lei natural da oferta e da procura.

As crises que não se previram, a alta injustificada dos artigos de primeira necessidade, o capitalismo produzindo a desarticulação econômica do mundo, — evidenciou, sem dúvida, a falta de direção econômica e o desinteresse do Estado pelo equilíbrio racional da riqueza.

104) Mirkine — ob. cit. p. 88.

105) O livro clássico de Adam Smith — THE WEALTH OF NATIONS — surge em 1776.

Custaram a entender, os estadistas dos últimos cem anos, que com planos individuais não chegaríamos nunca à solução dos problemas coletivos (106).

A economia individual se faz social pelo rápido desenvolvimento da grande indústria. O que quer dizer que a produção se desenvolve num sentido único e dentro de um plano comum de conquista de mercados.

Os *standards do fordismo*, que o *taylorismo* aconselhou, contribuíram para mais afastar o Estado do controle da concorrência — concorrência que lentamente vai desaparecendo desde que aumenta o vulto dos negócios industriais e, imperceptivelmente, absorve-se a vontade do homem e se anulam as energias das pequenas e novas empresas (107).

Nos países considerados mais adiantados, a grande indústria orienta e dirige a política. Permitiram que se criassem poderes dentro do Estado ou, paradoxalmente, *Estados* dentro do Estado. A *direção única*, que o estatismo russo consagrou e a Alemanha adotou, derruba por terra as iniciativas que surgem sem o beneplácito dos poderes públicos e a orientação política das forças representativas do Estado (108).

Só há um caminho direto para a solução dos problemas econômicos: a padronização dos métodos sob o controle imediato do Estado. Não permitir que o economismo, sinônimo de mercantilismo, destrua a verdadeira economia.

O próprio direito não nos nega os elementos com que pacificar os antagonismos criados pelas forças econômicas isoladas. Ele aí está, ensinando, como harmonizar os interesses dos grupos com os interesses do Estado.

106) E' preciso dizer que, na impossibilidade de debelar as crises, o direito, tenta primeiro regulamentá-las.

107) Ouçamos a palavra de Henry Ford: "Esta não é continuação das antigas crises cíclicas, senão a resultante de série ascendente de depressões econômicas. A comoção final póde durar algum tempo, porem, não pode escapar à profunda revisão consequente do sistema social, não para mudar o que temos, mas dar a todos maiores oportunidades e prosperidade" (entrevista de Ford — Rev. INGENIERIA INTERNACIONAL — pub. New York — Nov. 1931).

108) Apontamos: Paul Alpert — L'ECONOMIE ORGANISÉE — Gallimard — Paris, 1933; Carl Stuermann — LA CRISE MONDIALE — Gallimard — Paris, 1932.

13. Isto posto, a socialização aludida só pode ser considerada desde que o Estado não mais delegue a terceiros o exercício da função de serviço público.

Mesmo a concessão, como processo socializador, exige, hoje em dia, a estipulação de condições, que especificam a natureza jurídica dos contratos de direito público (109).

Temos que enfrentar as grandes questões coletivas sob o ponto de vista social e de alta política administrativa.

O bem-estar público apresenta as características do mais importante problema econômico, e cuja solução vamos encontrar no quadro da política.

§ 6.º A DESCENTRALIZAÇÃO NÃO EXCLUE O CONTROLE DOS ORGÃOS ADMINISTRATIVOS. O SERVIÇO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 10 DE NOVEMBRO.

14. O problema da execução dos serviços públicos, é, pois, de caráter universal. Entre nós, temos companhias estrangeiras de todas as nacionalidades, explorando, com a concessão do Estado, gêneros diferentes de serviços.

Quando Manoïlesco chega a reconhecer que a descentralização industrial, é resultante da transformação da estrutura econômica do mundo, sentimos à nossa frente novos problemas que afetam a ordem jurídica (110).

109) O juiz Castro Rosa, dos Feitos da Fazenda Municipal em S. Paulo, em rumorosa pendência judiciária entre a Prefeitura da Capital e a Light & Power, exarou respeitável sentença, delineando os aspectos interessantes do fenômeno, e afirmando: 1) os contratos de concessão interpretam-se pelas regras de direito Administrativo; 2) exigindo novos serviços ou modificações que julgar indispensáveis, mediante a devida indenização, o cedente não ofende a concessão; 3) os princípios de direito Civil seriam contrários à prerrogativas do legítimo administrador dos serviços públicos; 4) os serviços públicos jamais poderão lindarem-se à época em que se estabeleceram e, sim, sempre acompanharem o desenvolvimento próprio do meio em que se executam; 5) exigindo modificações ou serviços novos relacionados com a concessão, o poder concedente não viola, nem foge ao pactuado, — o interesse particular do concessionário é que tem de ceder diante de interesses e necessidades públicas.

110) Não é outra a idéia geral de Mihaïl Manoïlesco, quando justifica o sistema corporativista (Ver LE SIÈCLE DU CORPORATISME — Felix Alcan — Paris, 1936.

Não há poder de governo, que consiga passar indiferente as inovações da ciência industrial. A eletricidade, a captação da força hidráulica, o petróleo, os meios de comunicação, — representam processos de mecanização, que a técnica e a indústria distribuíram ao sabor da capacidade de iniciativa do homem.

Examinando, com toda objetividade, o panorama da sociedade contemporânea, não podemos negar a existência de sintomas que positivam a impotência do poder público em deter os movimentos coletivos de minorias poderosíssimas, trabalhando no sentido dos próprios interesses.

O Estado integrando-se nas forças imanes da vida social, afastou-se do nihilismo jurídico do século dezoito que o racionalismo individualista e o marxismo, consagraram como norma política (111).

Só o direito dá forças ao Estado para colocar-se no *tempo*, à altura dos homens. O direito como idéia de relação entre governantes e governados, entre os interesses do indivíduo e as imposições das massas.

Não fôra a dogmática jurídica, seríamos forçados a contrariar Waline (112) quando opta pela impossibilidade em que se acham os órgãos centrais de governo, para atender a tarefa esmagadora da administração de uma grande nação.

Mesmo nos países de acentuada centralização política — é Themístocles Cavalcanti quem o diz — a descentralização administrativa constitue corolário necessário às formas usuais de organização dos serviços públicos (113).

No Brasil, temos vivido a preocupação única do conjunto dos interesses particulares.

111) Sobre o assunto, são curiosos os trabalhos seguintes: J. T. Delos — LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE ET LE PRINCIPES DU DROIT PUBLIC — A. Pendone — Paris, 1929; Georges Gurvitch — LE TEMPS PRÉSENT ET L'IDÉE DU DROIT SOCIAL — Vrin — Paris, 1932; Pedro Amado Inchausti — FUNDAMENTOS DEL SOCIALISMO — Las teorías marxistas y sus rectificaciones novísimas — M. Aguilar — Madrid, 1932; Harold J. Laski — COMMUNISM — Will & Norgate — Londres, 1927.

112) PRÉCIS — p. 209 — apud. Themístocles Cavalcanti — ob. cit. — vol. I — p. 49.

113) Ob. cit. — vol. I — p. 50. “Exemplo frisante é o da Itália, onde a descentralização administrativa processou-se no sentido da outorga a órgãos autônomos de funções especificamente estatais” (ob. cit. — p. 50).

A economia do Estado, como imperativo das formas diferentes de serviço público, passa oscilante como expressão jurídica indefinida do poder de soberania que desfrutavam, discricionária e constitucionalmente, os Estados federados e os municípios.

Aquela severa fiscalização do Estado, falada por Louis Rolland, entre nós nunca existiu (114). Apenas o fenômeno da autonomia, que era o que melhor caracterizava os serviços públicos concedidos (115).

15. Uma das manifestações mais peculiares dessa autonomia administrativa é, sem dúvida, aquela de que se revestem os serviços industriais do Estado, bem como os de natureza comercial (116).

Gosando de plenos poderes facultados pelo Estado, estabelecem regimes financeiros exclusivos, locupletando-se com a máxima autoridade administrativa, no sentido de estabelecer e modificar preços e tarifas.

Ainda que entre nós, reconheçam os entendidos (117), os serviços industriais autonomizados não atinjam grande número, essa é a tendência natural de todas as empresas privadas que se determinam explorar industrialmente serviço reconhecidamente público.

A autonomia, como fenômeno jurídico, pode ser considerada limite à capacidade de intervenção do Estado. O acolhimento que teve na doutrina ratifica a nossa opinião. Mesmo assim, no mundo que aí está, só podemos considerar devidamente o Estado, fiscalizando, regulamentando ou dirigindo.

Não cremos haver importância jurídica na discussão daqueles que fazem dos conceitos *centralização* e *descentralização* figuras equidistantes, e que, no entretanto, a realidade social não faz outra coisa

114) Ob. cit. — p. 172 e seg..

115) Neste sentido, avançamos em passos de gigante. O decreto-lei n.º 2073, de 8 de março de 1940, que incorpora ao patrimônio da União a Estrada de Ferro S. Paulo-Rio Grande e as empresas a ela filiadas, seguiu o decreto-lei que também incorpora ao patrimônio nacional, a Estrada de Ferro Brasil Railway Company, constituída no Estado do Maine, Estados Unidos.

116) Temístocles Cavalcanti — ob. cit. — vol. I — p. 239.

117) Temístocles Cavalcanti, Matos de Vasconcelos, Cirne Lima, Menegale, etc..

senão aproximar (118). A descentralização territorial é apenas variante, tal como na verdade é conhecida em França (119).

A lição de Roger Bonnard permanece incontestada: a idéia da centralização acomoda a necessidade de organização hierárquica, e que concentre os valores integrativos da soberania do Estado (120).

Em vão, efetivamente, tentaríamos enquadrar com rigor no regime centralizado ou no regime descentralizado, típicos, o sistema administrativo brasileiro (121).

O mesmo quasi, afirma Rafael Bielsa: os serviços públicos supõem sistema de organização que tanto poderá ser de centralização como de descentralização (122).

16. Existe, portanto, autonomia, e não a negamos.

Autonomia que poderá significar independência de funções de auto-administração, no sentido da gestão dos negócios a que se referem os serviços públicos. Autonomia relativa às funções delegadas e ao regime de competência.

Há, também, pelo que vemos, descentralização desde que o Estado outorga poderes administrativos às entidades que, supletivamente ou não, executam serviços públicos personalizados.

O que caracteriza, precisamente, as pessoas jurídicas que realizam serviços públicos é essa autonomia diante dos poderes de ação administrativa do Estado. Autonomia que se afirma juridicamente no ato da delegação expressa de funções, é outorga de competência.

Mas um dos pontos essenciais que não devemos esquecer, é a natureza jurídica da subordinação das entidades de serviço público e órgãos supletivos da administração pública, ao poder de soberania do Estado.

118) Bielsa, por exemplo: exagera em demasia, telmando na visão que a concepção do federatismo argentino lhe deu. Para o ilustre jurista, descentralizar significa quasi sempre deslocar forças do poder (Ver EL PROBLEMA DE LA DESCENTRALISACION ADMINISTRATIVA — Lajouane — Buenos Aires, 1935).

119) Bonnard — ob. cit. — ps. 269 e seguintes.

120) Ob. cit. — p. 267.

121) Guimarães Menegale — ob. cit. — tomo I — p. 118.

122) Não há, por acaso, contradição? Acreditamos que não. Muda somente o ângulo de observação do escritor (Ver ESTUDIOS — ob. cit. — p. 61).

Eis porque a *tutela* é da essência dos regimes de responsabilidade política. A série de realizações do Estado condicionam-se às necessidades da administração, em suprir os requisitos indispensáveis ao bem-estar coletivo.

Em face dessa posição, o Estado, diretamente responde pelos negócios públicos ou de interesse público (123). Não obstante às investidas do doutrinário liberal que nos chega das lições do ilustre Otto Mayer (124), o conceito da tutela como um dos aspectos jurídicos da intervenção do Estado, generalizou-se com as transformações na estrutura política dos países modernos (125).

Mesmo envenenado de faccionismo político, Rafael Bielsa, acompanha as correntes modernas, que, em Itália e França, defendem a intervenção do poder central, sempre que se evidencia a indispensabilidade do controle livre, transitório, ou permanente, dos poderes do Estado (126).

A sistematização esquemática de Giorgi (127) agrada-nos, porque formúla as diferentes espécies de intervenção, em que o Estado convenientemente examina a execução ou realização de determinado serviço público.

-
- 123) “A tutela é intervenção mais profunda, pressupõe integração maior da entidade no organismo do Estado, laço de subordinação mais estreito, em que os destinos do órgão autônomo se confundem com os próprios destinos do Estado, porque ambos concorrem para a realização dos mesmos objetivos” (Cavalcanti — ob. cit. — vol. I — p. 171).
- 124) Leia-se por exemplo, os volumes do estafante DOIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — Trad. francesa.
- 125) Assim mesmo, Otto Mayer é o mestre erudito, do qual não prescindimos: “LA masse principale du pouvoir de surveillance se concentre dans le droit de protection qui doit être exercé sur le corps afin de le maintenir apte à atteindre son but et à l’empêcher de cause des inconvénients pour la chose commune” (DOIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — Vol. IV — ed. francesa — p. 316).
- 126) Bielsa — ob. cit. — p. 91 e seg..
- 127) DOTTRINA DELLE PERSONE GIURIDICHE — V — p. 305 (apud. Temístocles Cavalcanti — ob. cit. — vol. I — p. 172).

TUTELA DO ESTADO	{	JUS INSPECCIONIS,	ajuizando o procedimento administrativo;
		JUS PROHIBENDI,	suspendendo, ou anulando atos ilegais;
		JUS COMPELLENDI,	suspendendo a delegação em favor do órgão que tutela;
		JUS CORRIGENDI,	permitindo a dissolução ou extinção da pessoa de serviço público.

Se bem que não possamos fixar critério absoluto concernente ao poder de intervenção do Estado, e que nos permita distinguir a natureza jurídica da intervenção, — a razão dos poderes públicos, quando controlam ou tutelam, está em relação dos fins essenciais do próprio Estado.

17. A lei constitucional de 10 de Novembro de 1937, já de antemão determina que, mesmo o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende da exclusiva autorização federal (128).

Tratando de serviços industriais que interessam o Estado, a lei brasileira, ao contrário do que opina Fleiner, adotou medidas preventivas no desejo de manter a autoridade e o prestígio da administração e, evitar, mais tarde, medidas outras, discutíveis, de caráter repressivo (129).

Não há controvérsias a propósito do que a doutrina chama *tutelar os interesses públicos*. Todo regime administrativo é centralizado por natureza, como pensa Louis Trotabas (130). Há o princípio da dependência e da subordinação, que submete serviços e órgãos de serviço ao poder central do Estado.

Foi essa inclinação inicial à centralização, de que tanto nos fala Trotabas, que inspirou o jurista brasileiro (131). A descentraliza-

128) Ver artigo 143 e parágrafos.

129) Fleiner — ob. cit. — p. 96.

130) Ver *ÉLEMENTS DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF* — deuxième édition — Lib. de Droit et Jurisp. — Paris, 1938 — p. 7.

131) Trotabas — ob. cit. — p. 7.

ção surge, então, como simples medida de equilíbrio. Surge para evitar os inconvenientes dos regimes absolutamente centralizados e que se tornam arbitrários na manifestação dos atos de autoridade soberana (132).

Não há dúvida que a descentralização por serviços, principalmente, traz vantagens inconfundíveis. Permite adaptação mais completa aos objetivos que sejam visados.

Mas o exagero, a que muitos a querem levar, prova que deve subsistir controle, assegurando a boa gestão administrativa e financeira, bem como a unidade de soberania do Estado (133).

Estamos com Bielsa (134). A descentralização progressiva dos serviços públicos criou certos problemas e questões suscetíveis de perigoso exame jurídico:

- 1º) — a autoridade central, muitas vezes, não pode eficazmente rever aquele ato que não condiz com as formalidades legais, ou não seja conveniente ao serviço que já existe;
- 2º) — a descentralização suprimiu, pela constante de sua natureza, o vínculo jurídico de hierarquia. A autoridade superior deve exercer o controle da legalidade pelo menos, haja ou não centralização (135).

Sabemos que a descentralização tem por objeto a *especialização do serviço* e que o serviço corresponde a patrimônio econômico que determina, por sua vez, um nível financeiro de vida.

O caráterístico jurídico da descentralização administrativa, que é a gestão de serviço público especial, por um órgão também especial e desprendido do poder central (136), não exclue o controle dos

132) "Toutefois, le pouvoir central conserve toujours un certain droit de regard sur ces administrations indépendantes, et c'est ce droit de regard qui constitue la tutelle administrative" (Trotabas — ob. cit. — p. 10).

133) Ver a opinião de Louis Rolland — ob. cit. — p. 131.

134) Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — 2.^a Ed. — Universidad Nacional del Litoral — Rosario, 1939 — p. 56.

135) Bielsa — ob. cit. — p. 56.

136) Bielsa — ob. cit. — ps. 57-58.

orgãos de governo, e nem realiza, na ordem jurídica e administrativa, a exceção de um regime legal.

18. Aquí concluímos, e com os tratadistas eminentes na matéria: a descentralização é realmente a faculdade jurídica de administrar autonomamente, mas administração autônoma dentro de regime normal de legalidade (137).

A Constituição de 10 de Novembro de 1937, do artigo 143 em diante, com referência aos serviços públicos personalizados, estabeleceu exigências jurídicas que consideramos naturais em nossa estrutura política e administrativa.

A regulamentação constitucional que o tempo orientará e uma alta política administrativa há-de impor, objetivará certamente a tentativa do legislador de 10 de Novembro, quando conseguirmos planificar os serviços públicos dados em concessões e as empresas e estabelecimentos de indústria e de comércio, que confundem os seus fins com os fins essenciais do Estado ou dos órgãos centrais de governo do Estado.

Desde Outubro de 1936, muita coisa já se fez pelo serviço civil e pelo serviço público, que é do Estado. Chegou o momento, agora, de olhar com carinho para aqueles serviços que são de utilidade e de interesse para a administração, regulamentando-os, planificando-os, integrando-os, o melhor possível, no corpo da nação e no mecanismo econômico do Estado (138).

O critério jurídico tradicional, estatuido pela lei comum e surgido da interpretação ampla do Código Civil, não oferece mais resistência doutrinária.

Tem razão, não há dúvida, o ministro Francisco Campos: “entre nós, por exemplo, a concessão de serviços públicos sempre foi conceituada como um contrato” (139). Mas contrato de direito público, adiantaríamos nós.

137) Rolland, Trotabas, Bielsa, Fleiner, etc..

138) Sobre a EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, ver o trabalho de Moacyr R. Briggs — pub. Rev. do Serviço Público — Ano I — Vol. III n.º 2 — agosto de 1938 — p. 13.

139) Francisco Campos — PARECERES — 1.ª Série — p. 133; mais os trabalhos de Mário Masagão — NATUREZA JURÍDICA, etc. — parte final; Tito Prates — DIREITO ADMINISTRATIVO — parte final; e, o nosso trabalho, onde escrevemos: “o contrato administrativo trabalha campo especial, não comum às demais espécies

Trata-se de regalia o ato do Estado que delega poderes e outorga funções. Está em declínio a decantada liberdade de contratar. “*Nous assistons à une décadence de la souveraineté du contrat*”, escreve Ripert (14).

A visão de Amaro Cavalcanti já denunciava há 35 anos: “quem contrata com o governo ou poder público, sabe que nas relações contratuais existentes não há nem pode haver essa relação de igual para igual, na inteira acepção destes termos” (141).

Preciso será, no entretanto, que se regulamente e normalize a concessão dessas regalias. O serviço público concedido, pelo enorme interesse que desperta na doutrina e jurisprudência nacionais, é matéria contraditória a sugerir controvérsias desastrosas.

§ 7.º CONCLUSÕES

Discutidas detalhadamente todas as questões propostas como o fizemos, as conclusões apresentam-se-nos da maneira seguinte:

1.^a — Em face das inúmeras transformações havidas no plano da vida industrial, as instituições jurídicas sofrem o primeiro abalo político; direito, economia e política confundem-se; há a imposição concomitante de direitos e deveres públicos, ampliando indeterminadamente o conceito da ordem pública e em certos aspectos, regulamentando os ramos mais importantes da vida econômica;

2.^a — O Estado existindo para a consecução das suas finalidades essenciais, permite-se aproveitar dos elementos de ação fornecidos pelo direito privado, criando assim direitos novos, extinguindo regalias, profissionalizando a função pública e técnicizando o trabalho; avançando sempre no domínio jurídico, excede o poder público a capacidade de limitação do direito civil, multiplicando-se em funções que atingem a variada atividade do homem; aumentando a esfera do direito, amplia-se consideravelmente a competência administrativa do Estado;

de contratação, possui esfera própria de vida e atividade, sem se deixar influenciar pelo formalismo civilista tradicional” (ob. cit. — p. 51).

140) Georges Ripert — LE RÉGIME DÉMOCRATIQUE ET LE DROIT CIVIL MODERNE — ed. francesa — Paris, 1936 — p. 270.

141) Ver RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — Laemmert — 1905 — p. 582.

3.^a — No espaço, em que especializa a sua atividade administrativa, regulamentando os direitos do homem e os interesses coletivos absorve, no mais das vezes, as entidades privadas que, pelos objetivos, confundem-se com o Estado; os imprevistos do mundo moderno colocaram o poder público no controle da economia e, ensinam a nós outros que devemos encarar as grandes questões coletivas do ponto de vista social e de alta política administrativa; a idéia da centralização, política, ou administrativa, — para muitos estudiosos a solução do problema do desequilíbrio jurídico — surge apenas como medida de harmonia entre as atividades normais do poder público e a capacidade de dispersão dos elementos do Estado, no sentido de atingir os diferentes planos da vida social;

4.^a — Mesmo autonomizando, o poder público subordina as entidades jurídicas que podem ser de direito privado, ou de direito público, aos fins e interesses do Estado; a estrutura política do Brasil reconhece hoje a importância do poder soberano do Estado, inclinando-se a que toda a administração autônoma deva subordinar-se a mesmo regime normal de legalidade.

CAPÍTULO TERCEIRO

§ 8.º A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NORMAL. CONCESSÃO SEM CONTRATO E CONCESSÃO CONTRATUAL. REGULAMENTAÇÃO.

1. O problema fundamental, surgido da sistematização do direito Administrativo, circunscreveu-se à discussão dos motivos que permitiram a intervenção do Estado em cada uma das esferas da vida jurídica (142).

Não é de estranhar, portanto, que, no desenvolver de sua fase de organização disciplinar, o direito Administrativo tenha assumido papel relevantíssimo no mecanismo de governo do Estado (143).

Pequeno exame da evolução jurídica confirma que devemos as normas vigentes do nosso direito Administrativo ao fortalecimento e expansão do poder do Estado (144).

O problema fica, assim, limitado à atividade jurídica do Estado.

Dentro do subjetivismo científico do direito Administrativo, não interessa em absoluto:

— o que o governo faz em benefício da *salus publica*;

— nem até onde chega o alcance do *promovendi salutem publicam*;

142) Em parte, opinião de Fleiner — ob. cit. — p. 37.

143) Matos de Vasconcellos, escreve: “Não é de estranhar, destarte, que o direito Administrativo já tenha assumido ou venha assumir, cada vez mais, papel relevantíssimo no mecanismo do Estado” (ob. cit. — vol. I — p. 4).

144) Ludwig Spiegel — ob. cit. — p. 13.

— nem, também, o *ius contradicendi* e o *ius quaesitum* que limitam os poderes de governo;

— senão, o que o Estado possui, como direito de realizar, em benefício do bem-estar social e humano (145).

Passamos o período inteiro de transição, do direito de política à teoria da administração, investigando como é possível o Estado organizar-se em relação dos seus fins essenciais de vida.

A imposição do Estado constitucional redundaria na transformação científica das normas de direito Administrativo. Os direitos do *príncipe* transfiguram-se em direitos do *Estado*. Como o *príncipe*, o *Estado* gosando, posição de visível superioridade jurídica.

O caráter imperativo do direito afirma-se, para o nosso tempo, no Estado constitucional e soberano (146).

2. Chegamos ao ano de 1914, certos de que o poder público, apesar das crises sucessivas que abalaram o organismo do Estado, possuía os elementos desejados, e dispunha de competência e capacidade, para fazer frente aos problemas surgidos dos conflitos da livre política econômica.

Não houve engano mais doloroso. O advento da guerra mundial provou precisamente o contrário. Provou que a tentativa de Weimar seria um golpe a mais falho, largado na ânsia de conquista do equilíbrio perdido. Ou o Estado se investia de poderes econômicos plenos, ou se deixava absorver pela prosperidade rápida das empresas industriais privadas.

Fleiner (147) faz nascer daqui as novas formas de organizações administrativas, com que o Estado readquire a soberania antiga e se entrosa na realidade dos fenômenos novos que surgem.

145) Pütter — *INTITUTIONES IURIS PUBLICI GERMANICI* — p. 382 (apud Spiegel — ob. cit. — p. 18).

146) Ver: Adolf Merkl — *TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO* — trad. Esp. — Madrid — Ed. Rev. de Derecho Privado; Antonio Royo Villanova — *ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO* — 14 ed. — Castellano, 1934; R. F., Velasco Calvo — *RESUMEN DE DERECHO Y DE CIENCIA DE LA ADMINISTRACION* — 1930-31 — 2.^a Ed. — Bosch.

147) Fleiner — ob. cit. — p. 99.

No terreno puramente econômico, a surpresa atingiu às raias do formidável. O limite legal de funções não permitia o controle positivo de aproveitamento do patrimônio público. A guerra mundial e o transtorno da situação política e econômica forçou o Estado tomar medidas mais objetivas para o aumento indispensável do círculo das suas funções públicas. (148).

Iniciou-se a fase da intervenção normal na vida econômica, a elaboração de outras normas administrativas para as outras formas de atividade da administração pública, aumentando assim, gradativamente, a esfera de influência do poder governativo, no sentido de satisfação das necessidades de equilíbrio político e econômico (149).

Adaptado à vida econômica, a normalização da situação nova exigia que se oferecesse maior elasticidade aos poderes do Estado. Mas os privilégios da economia privada, não enfraqueceriam da noite para o dia. Não bastava compreender. O importante era manter o prestígio político do Estado e dos órgãos do Estado. Uma única fórmula era plausível de aceitação: a intervenção, mediante a regulamentação pública das empresas privadas.

3. Atualmente, assevera Bonnard: "*une des caractéristiques de L'Etat moderne est l'extension croissante du domaine des attributions*" (150).

Distinguem-se as formas de intervenção pelo objeto visado. Desde que o círculo de atividades do Estado não é confundível com o

148) Fleiner — ob. cit. — p. 99.

149) "... esforçaram-se, sistematicamente, em ampliar a esfera de influência do poder público, ampliando sua potencialidade econômica e fazendo valer a influência do Estado" (Fleiner — ob. cit. — p. 99).

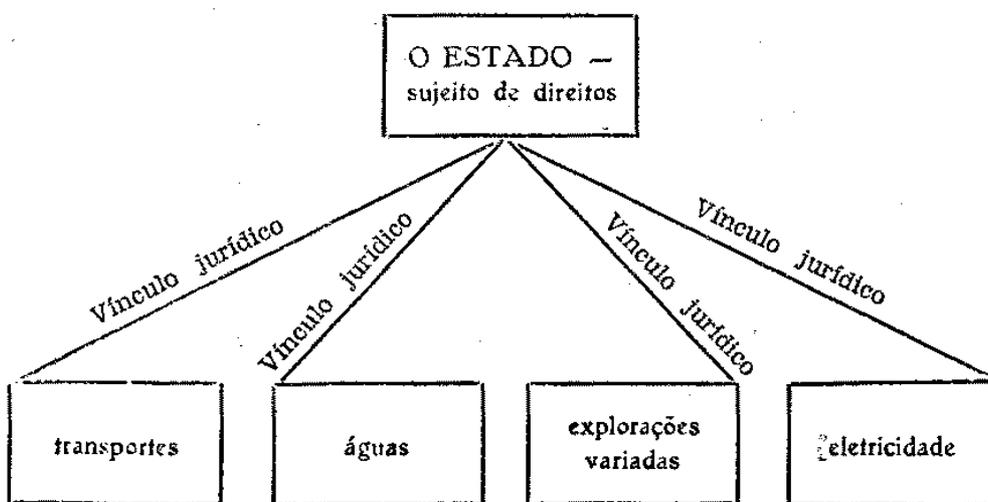
150) Roger Bonnard — PRÉCIS — ob. cit. p. 11.

de atividades do indivíduo, há o vínculo relacional jurídico. A natureza deste determina o objeto e a espécie da intervenção (*).

Regulamentando a atividade privada, protegendo as iniciativas particulares, controlando, declarando direitos, agindo como pessoa jurídica de direito privado (151), substituindo muitas vezes a atividade particular, contrária claramente o liberalismo individualista do século dezenove, negando o máximo de liberdade para o homem e o mínimo de restrições para o poder público (152).

O *solidarismo social*, que em França ganha facilmente corpo de doutrina e o que, atualmente, denominamos *economia dirigida*, são expressões distintas da capacidade de ação jurídica do Estado, no que concerne aos interesses em colisão: o público e o privado (153).

*) Vejamos esta representação simbólica:



151) Ver Bonnard — ob. cit. — ps. 12 e seg..

152) Bonnard, aponta a existência de duas doutrinas antagônicas e que se chocam: I) LE LIBERALISME (p. 16); II) L'ESTATISME (p.20).

153) Aconselhamos a leitura dos argumentos com que Bonnard expõe essas tendências, na parte do seu livro referente a LES INTERVENTIONS DE L'ETAT EN FRANCE — ps. 25-26-27-28.

O empirismo e a casuística dão formas ao direito Administrativo (154). E se há técnica de administração, é porque sabemos ainda nos deter no estudo parcimonioso e metódico dos problemas que surpreendem o poder público na sua função de governo.

A formalística jurídica busca sempre a solução prática. Acreditamos que este seja o método científico puro por excelência. O *clima* social é determinante na aceitação de doutrinas jurídicas, ou concepções políticas (155). Não há quem mais ouse, fora os saudosistas do positivismo do século passado, isolar o *jurídico* do *social*.

Giorgio Del Vecchio, em curioso trabalho, demonstra a insuficiência do direito como regra de vida (156). O direito não pode ser entendido como fenômeno isolado. Ele simplesmente integra a estrutura social e humana de uma coletividade a que preside o Estado. Reduzir o fenômeno jurídico à categoria de normas morais, ou vice-versa, será a sua anulação diante da força coercitiva da realidade jurídica, que é total (157).

-
- 154) Th. Cavalcanti faz referência às inclinações empíricas e casuísticas da literatura administrativa norte-americana, com Freund, Pond, Holmes, White, etc.. (O DIREITO ADMINISTRATIVO, NATUREZA, IMPORTANCIA, TRATADISTAS — Rev. do Serviço Público — vol. II, Ano III, n.º 1 — Abril de 1940 — ps. 68-70). Bielsa parece aceitar o casuismo como método ainda que desacreditando da conveniência da legislação casuista (ESTUDIOS — cit. — ps. 38-39).
- 155) Pedro Calmon escreve e pensa, de forma algo diferente: “Cada clima social tem uma teoria jurídica que lhe é peculiar” (Ver UMA SINTESE DOS ANTAGONISMOS JURÍDICOS — Rev. DIREITO — Maio-Junho de 1940 — vol. II — p. 101).
- 156) Giorgio del Vecchio — EL “HOMO JURIDICUS” Y LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO COMO REGLA DE LA VIDA — Rev. de La Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala — Epoca III — Tomo III, n.º 1 — Nov.-Dez., 1939 — p. 88.
- 157) Aconselhamos a leitura dos argumentos que fundamentam a obra de um dos maiores pensadores franceses: Georges Renard. Ver LE DROIT, LA LOGIQUE ET LES BON SENS — Sirey — Paris, 1925; LE DROIT, L'ORDRE ET LA RAISON — Recueil Sirey — Paris, 1927; THOMISME ET DROIT SOCIAL (A propós de “L’Idée du Droit Social” de M. Gurvitch) — Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques — XXIII, 1934 — ps. 40 e seguintes.

O Estado é quem deve revelar essa *realidade jurídica total*. Como síntese dos fenômenos da vida coletiva. Como o único *fato normativo*, na expressão aceitável de Gurvitch (158).

4. Ainda que, de modo intermitente, a intervenção do Estado obedece a imposições de ordem geral. Daí, o Estado atuar não só no campo jurídico. Daí, o Estado, distribuir suas funções ordenadoras através das várias atividades humanas.

Mas, cumpre investigar: quando é que o Estado intervem, ou quando é que, juridicamente, deve intervir?

Vimos já, que a justificação da utilidade de um serviço público deve ser relativamente concordante com a necessidade geral. O *geral* é do domínio do Estado. O individual, o particular, excetuando o aspecto disciplinar e de defesa dos direitos que são peculiares ao homem, não interessa o Estado.

O serviço público que não for geral deixa imediatamente de ser público. Quando o poder público, ou a administração, concede a regalia da exploração de serviço de utilidade pública, é porque há a *necessidade geral* caracterizando ou classificando o ato jurídico do Estado, quando delega poderes expressos, ou concede direitos.

Se conseguíssemos isentar os serviços de utilidade pública dos altos e baixos da indústria e do comércio, das oscilações consequentes da produção, da distribuição e do consumo, das possibilidades de lucro, ou de prejuízo, — talvez fosse evitável, até certo ponto, a intervenção do Estado.

Não esqueçamos que a eficiência e a regularidade são condições indispensáveis à boa realização dos serviços públicos. Não podendo o Estado ordenar determinado serviço — o de fornecimento de luz, por exemplo, — estamos diante de um intrincado problema social, enquanto ninguém se apresentar como candidato à exploração indispensável do referido serviço.

Fixando, porem, o caso em que o Estado possui possibilidades e conta com elementos certos à boa execução do serviço, não ocorre nunca a hipótese da concessão, a vantagem do monopólio particular.

Os exemplos são viáveis: há serviços que o Estado não conta possibilidades de executar; outros há que o Estado deve chamar à

158) Ob. cit. — Recueil Sirey — Paris, 1932 — p. 140.

sua livre administração, evitando o privilégio de empresas industriais privadas (159).

Para esses serviços que a administração não pode atender, o Estado, com isenções fiscais em certos casos, deverá regulamentar a venda e os processos de venda, fixar os preços de compra e as condições de fornecimento e de livre concorrência.

5. Sabemos da análise da sã doutrina que um serviço não é público pelo simples fato de pertencer ao Estado (160). Contrariando Odilon C. Andrade, afirmamos: no caso de utilidade pública, sempre é bom investigar a natureza do serviço e o objetivo correspondente.

Na mão de particulares e sem interferência do Estado, se predominar o caráter de direito público, não adianta levantar hipóteses que não consigam satisfazer às exigências da realidade social (161).

O vínculo jurídico que liga um serviço ao Estado não é o que define a sua natureza. O que precisamente define é a necessidade geral, pública. O insignificante fato de observação de métodos privados para sua organização não subsiste diante do argumento que afirma o Estado como organização privada de direito público.

A doutrina daqueles que pretendem afastar o controle do poder público, ou subordiná-lo apenas ao exame da legalidade dos atos, está completamente fora da crítica das discussões jurídicas. Se o Estado que sucedeu à 1918, aceitava o monopólio sob fiscalização, o Estado atual despreza as diferentes fórmulas de monopólios, para apenas tomar conhecimento da concessão de regalias ou de privilégios.

159) Notícia da última conferência Pan-Americana de Havana, informa: "A proposta chilena da nacionalização de serviços de utilidade pública foi incorporada no plano geral de defesa econômica. A proposta coordena a maioria dos projetos esparsos do aspecto econômico e será ulteriormente enviada ao estudo da Comissão Permanente de Washington. A proposta sugere que essa comissão estude os meios de colocar os diversos países em condições de poder adquirir os serviços de interesse público ameaçados de transferência a outros interesses extra-continentais. Segundo o projeto chileno, a aquisição dos serviços de interesse público deverá ser levado a efeito de acordo com a legislação de cada país, mediante desapropriação ou qualquer outro método".

160) Opinião de Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 69.

161) Ob. cit. — p. 69.

Os serviços de estradas de ferro servem de eloquente exemplo. Na fase extraordinária de progresso que vamos atravessando, não é crível que se delege ou conceda o privilégio nos serviços de transporte.

Por outro lado, o serviço público é especial e particular. Como tal não admite a concorrência livre que viria deslocá-lo do plano do privilégio ou da regalia. Assim, pois, não tememos em afirmar, que é a própria necessidade que afasta a concorrência (162).

O monopólio sendo do Estado, vedada a concorrência em face do interesse geral e as regalias da empresa privada, conforme a ordem econômica, a liberdade de ação do concessionário equivale ao controle legal, que busca saber se o serviço em questão corresponde à necessidade geral, em eficiência e regularidade (163).

6. Uma verdade não podemos escapar de reconhecer: os serviços públicos de utilidade, tanto estejam sob a direção do Estado, ou a cargo de empresa concessionária e privada, são melhor orientados dentro de um regime de controle regulamentar.

O serviço público é um momento da vida em comum. E' apenas um instante da sociedade moderna. Seus requisitos estão sujeitos a mudanças grandes e rápidas, quer devido aos progressos da técnica, quer devido às mudanças de exigências do público (164).

Como fixá-los dentro da formalística jurídica rígida? Como limitá-los às disposições estreitas do Código Civil?

As cláusulas de revisão periódica de preços nas concessões comuns, como escreve Anhaia Mello, pouco adiantam, porque revisão sem fiscalização ampla e efetiva dos negócios e da contabilidade das empresas, nada vale (165).

162) Nêsse ponto, estamos de pleno acôrdo com Odilon C. Andrade: "é a própria necessidade que afasta a concorrência, só aceitando a utilidade no momento em que a reclama" (ob. cit. — p. 71).

163) Partimos do pressuposto que Jêze apenas enuncia: "Não é sempre que a administração pública toma a seu cargo a satisfação das necessidades de interesse geral. Sucede muito frequentemente que o particular consagre sua atividade em prestar certos serviços ao público" (ob. cit. — p. 304).

164) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 84.

165) Ob. cit. — p. 84. "Como fixar êsses detalhes do serviço para um prazo longo? Não fixá-los e deixar ao critério das empresas, é comprometer o interesse público, certamente" (Anhaia Mello — ob. cit. — p. 84).

Os prazos de duração, a condição de tempo, as classificações dos serviços pelo padrão, a fixação tarifária, o sistema contábil uno para melhor fiscalização, etc., são outros tantos problemas que surgem e que de perto dizem respeito à defesa da economia e da riqueza pública que é patrimônio nacional.

Martin Glaeser que tanto falou em *administrative flexibility* (166), em flexibilidade, em mobilidade administrativa, não esquece que o primordial é manter o serviço ao nível do tempo, ao nível do interesse do Estado e da utilidade pública, do público que se locupleta e paga o seu custo pelo serviço.

Parece que assentando alguns princípios gerais resolveríamos a contento o problema da regulamentação, do sustento do serviço, do seu custo e da sua eficiência quanto ao interesse público.

7. As empresas de serviços de utilidade pública são regulamentadas pelos governos de quasi todos os países.

Uma vez que o poder público sinta-se incapaz de, num dado momento, executar determinado serviço público, ele o delega ou concede, como já vimos.

Este é o método socializador mais vulgar que o Estado adota como medida própria de proteção do interesse público. Merece, portanto, toda a nossa atenção, o exame jurídico das suas condições existenciais.

Verá o leitor que não pretendemos no desenvolvimento deste trabalho, analisar os demais métodos socializadores já referidos, pois que a figura da concessão é originária das fórmulas *municipalização*, *nacionalização*, ou *estatização* (167). Em relação ao fenômeno da *concessão* é que se criam direitos, deveres e obrigações correspondentes.

166) Martin Glaeser — *OUTLINES OF PUBLIC UTILITY ECONOMICS* — Mac Millan Co. — N. Y. 1927. Este trabalho essencialmente prático é, hoje, clássico, e de consulta nos Estados Unidos, pelos inúmeros exemplos que oferece ao estudioso dos problemas.

167) A concessão, no caso, é fundamental. Sem estar bem caracterizada a natureza da concessão de serviço público, sem haver o direito do concessionário e a vontade de um concedente, como é possível o Estado trazer para o seu âmbito serviços outros que não os concedidos? Quando há a **municipalização**, a **nacionalização** ou a **estatização**, é porque estamos em vista do seguinte: o Estado integrando em sua estrutura governativa serviços de utilidade pública concedidos anteriormente na forma legal prevista.

Ora, sendo assim, a concessão surge como ponto de partida para a concepção daquele Estado que, como poder soberano, interfere nos destinos das empresas privadas de utilidade pública.

Inúmeros em nosso meio, e de dentro mesmo da nossa atual legislação, os serviços que pode ou deve o Estado conceder à entidades privadas, indivíduos ou sociedades, para a sua execução e exploração.

Classificados economicamente, e de acôrdo com o objeto público que determina a função específica que desempenham, temos o seguinte quadro:

SERVIÇOS
DE
UTILIDADE
PÚBLICA

ENERGIA ELÉTRICA E LUZ: serviço de instalação e fornecimento de luz; gás, iluminação pública e iluminação particular.

ÁGUA: serviço de distribuição de água; serviço de saneamento; serviço de drenagem e obras de irrigação; serviços de exgotos.

TRANSPORTES: serviço rodoviário; serviço fluvial e marítimo; serviço ferroviário de passageiros, carga e correspondência; serviço aéreo; serviços urbanos de transporte de passageiros e carga.

COMUNICAÇÕES: transmissões radiofônicas; serviço telegráfico nacional e estrangeiro; serviço telefônico urbano e interurbano.

Alem desses, outros serviços, e de objetivos distintos, poderá o Estado explorar indiretamente, ou por intermédio de concessões.

O serviço de utilidade pública é, como vemos, atividade administrativa puramente econômica. A finalidade primordial, uma vez instalado o serviço, é o lucro (168).

As circunstâncias indicam, portanto, a conveniência da regulamentação. Pela natureza, compete o maior número de serviços aos municípios. Com administração outônoma, e espalhados pela imen-

168) "Não ignoramos que a corrente hoje vitoriosa em assunto de utilidade pública é no sentido de reduzir esse lucro à chamada *justa remuneração do capital*, revertendo o excesso em benefício do serviço" (Odilon C. Andrade — *ob. cit.* — p. 82).

sidade geográfica da nação, os riscos da operação, como os lucros relativos, não dispensam disposições legais de organização e orientação, na medida das possibilidades e dos riscos.

Estamos dentro da hipótese da exploração indireta do serviço que o Estado não pode manter, do serviço concedido (169).

8. A concessão não supõe nunca direito antes existente.

O ato de administração do Estado é que traz origem aos direitos e obrigações, circunstanciais e correspondentes (170).

O ato administrativo de autoridade é que firma assim a natureza da situação jurídica, não obstante o intuito da concessão admitir muitas aplicações (171). Vale o ato que delega poderes e concede direitos.

O acôrdo de vontades que se estabelece, mediante o que as partes juridicamente se vinculam, determina naturalmente o aspecto econômico da concessão e o aspecto estritamente contratual nas relações que surgem do ato administrativo e de autoridade do Estado (172).

169 “... a concessão de serviços públicos pode estar ou não, subordinada à previa execução de uma obra. Obter a feitura desta será mesmo, em muitos casos, o principal objetivo da administração. Mas isso não modifica em sua essência, a concessão realizada, a qual é e permanece sempre de serviço público” (Masagão — ob. cit. — p. 19).

170) Santi-Romano — PRINCIPII DI DIRITTO AMNISTRATIVO ITALIANO — ed. 1906 — p. 51; Presutti — ISTITUZIONI DI DIRITTO AMNISTRATIVO ITALIANO — 2.^a Ed. — Vol. I — p. 193; Borsi — FUNZIONE DEL COMUNE ITALIANO — Trattato de Orlando — parte 2.^a do vol. II — p. 127; Royo Villanova — ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Castellano, 1927 — p. 108.

171) “Sem dúvida, o instituto da concessão admite muitas aplicações. Mas, em todas elas, deyerá caber o elemento comum, que assinalamos, da subrogação no exercício de um serviço público” (Masagão — ob. cit. — p. 15).

172) I) Existe, como vemos, contrato, no ato administrativo de conceder privilégios ou direitos de exploração e funcionamento de um serviço público. II) Esse contrato, conforme demonstramos, é de direito público, em vista da sua finalidade especial. E que há contrato em direito público como em direito privado, em direito Comercial, Civil, ou Internacional. III) A concessão de serviços públicos supõe logo a existência independente de um contrato oneroso, sinalagnático, de direito público” (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — CONCESSÃO DE SERVIÇOS PUBLICOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO

A finalidade de serviço público confunde o concessionário e a administração, aquele que executa o serviço e aquele que outorga. Serviço público, pois, em sua acepção mais generalizada, administrado por particulares em comum acôrdo com a administração, com o Estado (173), caracteriza juridicamente o instituto da concessão.

Quando Savigny, ao início deste século, procurou determinar as normas de direito privado pelo objeto que lhes fosse correspondente (174), não pensou nunca tornarem precursor dos princípios jurídicos que, estabelecendo os direitos do Estado na ordem privada, permitiam, para a defesa dos interesses coletivos a livre intervenção do poder político (175).

Quando Ranelletti afirma que não compreende situação que se subordine, ao mesmo tempo, a princípios de direito público e privado, delimita os poderes do Estado e as regalias do indivíduo, e, como

— Curitiba, 1937 — p. 28). “Verificado, por outro lado, que o contrato existe no direito público, e que as normas deste são as únicas capazes de reger o contrato de concessão; que, nesta, ambas as partes se constituem, reciprocamente, creadores e devedoras de prestações; que as vantagens de cada uma estão na equipolência de prestações feitas a outra; que estas prestações, quando futuras, são esperadas como certas; que a idoneidade do concessionário é elemento essencial ao assentimento contratual da administração; conclue-se: a natureza jurídica da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, e realizado *intuitu personæ*” (Masagão — ob. cit. — ps. 10-1).

173) Não é outro o parecer de Th. Cavalcanti — ob. cit. — Vol. II — ps. 302 seguintes.

174) “Perguntamos se podem ser objeto de contrato relações jurídicas de qualquer espécie, ou somente de espécie determinada. Sobre esse aspecto devemos sustentar a aplicabilidade do conceito exposto em sua máxima extensão. Assim, pode haver contrato no direito Internacional, no direito público e no direito privado” (Savigny — SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE — ed. de 1900 — trad. de Sciolaja — Vol. III — ps. 405, e seguintes). “... porque a noção de contrato é uma noção geral de direito e não uma noção especial de direito privado” (Kamerer — LA FONCTION PUBLIQUE EN ALLEMAGNE — trad. franc. — Paris, 1899 — p. 95).

175) Ha quem veja na concessão, simples contrato de direito privado. O Estado, baixando ao plano das atividades particulares quando contrata. Essa opinião não encontra mais guarida no corpo da doutrina, ou na jurisprudência. O critério dominante crê na existência do contrato de direito público.

Savigny, circunscreve a ação do homem e o possível limite de autoridade do ato administrativo (176).

Existindo, portanto, relação de direito público (177), o interesse comum (178), e estando caracterizada a delegação de poderes necessários a que o serviço se efetive (179), não há que duvidar: estamos realmente diante da figura jurídica da concessão de serviço público.

9. Ao Estado, como poder central ordenador e diretor dos negócios públicos, cabe:

- a) saber quando há necessidade de um serviço público;
- b) outorgar ou não competência, na medida dessa necessidade;
- c) na primeira hipótese, personalizar o serviço, delegando poderes;
- d) extingui-lo, quando assim for útil, e dirigindo o patrimônio da entidade extinta, que ficará integrado ao patrimônio público (180).

Como processo de execução dos serviços públicos, a concessão predominou sempre que o Estado, colocado na iminência de proporcionar determinado serviço à coletividade, sentiu fugirem-lhe os meios econômicos, para, sem onus ou riscos, bem poder efetivá-lo.

Estabelecido fica, assim, a feição contratual do negócio, a correspondência de vontades que se identificam no objetivo comum, e a decorrência lógica de direitos e obrigações para as partes que se

176) PRINCIPPI — ob. cit. — p. 401.

177) Masagão — ob. cit. — 1.^a parte.

178) Kameroner — ob. cit. — p. 96.

179) Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 308; Masagão — ob. cit. — p. 65.

180) Vêr nosso AUTARQUIAS — cit. — ps. 172-3. “Não há que apelar para direitos adquiridos. Os recursos advindos do ato da extinção, terão a mesma processagem que todos os recursos interpostos contra atos do Estado ou dos seus representantes legais. Assim como o Estado atribue competência pode suspendê-la sem violar direitos consagrados de pessoas físicas, morais, jurídicas” (ob. cit. — p. 173).

contratam visando a conciliação dos interesses do concessionário com os do público, a quem serve e de quem vive (181).

Ninguém nega, porem, a originalidade das relações contratuais. Aquele que se contrata com a administração pública bem sabe que a vontade do Estado é predominante. A *espécie* do contrato evidencia a natureza *sui generis* das relações jurídicas. Não nos preocupa provar e convencer que *concessão* e *contrato* são idéias que se repelem e que jamais se harmonizarão perfeitamente (182).

A realidade aponta a existência da figura contratual. Cumpre aceitar a verdade compreensivamente e sem discutir a justificativa daqueles que opinam pela influência da teoria geral do direito no instituto do *contrato* (183). A substância do contrato é acôrdo de vontades, gerando, entre as partes, relações jurídicas (184).

Portanto, permanece, enquanto perdurar o interesse público. O acôrdo de vontades se faz neste sentido. Desde que desaparece a *coisa* ou *objeto* do serviço, lógica e juridicamente desaparece a relação contratual. Será óbvio declarar que a luta ou o conflito que se

181) “A teoria da concessão como contrato de direito público é a mais lógica e de acôrdo com a realidade” (Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 315). “Nos termos da constituição em vigor, não podem subsistir as dúvidas até hoje existentes em doutrina quanto à natureza da concessão de serviços públicos. Não seria lícito atribuir a tais contratos a natureza privada, quando o Estado neles se reserva o direito de intervir, em qualquer tempo, na modificação posterior de obrigações assumidas” (Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 319). “A idéia de contrato, diz Oda, não varia no direito público. É somente pela diferença dos efeitos jurídicos que as partes têm em mira que o contrato entre a administração e os administrados, ou entre as próprias entidades administrativas, afim de obter efeito jurídico de direito público, é contrato de direito público” (Ver Yorodzu Oda — DROIT ADMINISTRATIF DU JAPON — trad. francesa — Paris, 1928 — p. 84). O acôrdo de vontades entre o concedente e o concessionário, deve ser considerado como constituindo contrato perfeito e acabado de direito público.

182) Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 95.

183) Fleiner, Kamerer, Barassi, Bielsa, Th. Cavalcanti, Masagão, Mattos de Vasconcellos, defendem o ponto de vista.

184) Masagão — ob. cit. — p. 97. Ruy Baptista Pereira, 2.º Sub-procurador, da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário do Estado de S. Paulo, nas razões finais da fazenda, na demanda contra a **the São Paulo Electric Company Limited**, defendeu com brilhantismo a opinião que parece aceita e consagrada quasi universalmente.

estabeleça entre o concessionário e o Estado, não encontre solução nos quadros do direito.

O serviço público, como definimos, está na essência do instituto da concessão. O serviço público é condição de *tempo*. Querer acomodá-lo a formas invariáveis, definitivas, estratificadas, é desatender aos imperativos da necessidade social, sempre variável no tempo e no espaço.

A vontade do Estado que acompanhe normalmente e satisfaça juridicamente a necessidade a que se destina. Sem explorações de parte a parte. Sem abusos tarifários, custos excessivos e rendas que exorbitem o valor das inversões de capital.

Não encontraríamos solução satisfatória só em discutir, com o exagero dos que se apaixonam, a benemerência do contrato, ou a inutilidade do estipulado em cláusulas anteriormente estudadas.

A concessão é de *serviço público*. O que se concede é, portanto, o privilégio na execução de serviço público, de *serviço do Estado*. O contrato é o de menos importância. Vale a eficiência e a regularidade na prestação do serviço. Tanto pode haver *contrato* como simples *autorização* (185).

A obrigação e a responsabilidade da administração é fiscalizar se o serviço concedido satisfaz aos objetivos reais da concessão. Em caso negativo, faz-se urgente a possibilidade da suspensão dos direitos concedidos.

Não é do estudo detalhado do contrato, da interpretação de suas cláusulas, que vamos concluir pela indispensabilidade de certo serviço público. Pelo contrário, a imprescindibilidade do serviço, vamos encontrá-la no exame das realidades que nos cercam. Sem contrato, ou sob regime contratual, o *serviço* é o mesmo em grau de necessidade ou de utilidade.

Cumpra ao Estado regulamentá-lo devidamente, e fazer incluir nas cláusulas contratuais, quando houver contrato, o direito à fiscalização e à regulamentação.

185) “A palavra *autorização* tem em direito administrativo dois sentidos. No primeiro, significa apenas outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelho administrativo. No segundo caso, que agora nos interessa, — *autorização* é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer a atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida” (Masagão — ob. cit. — p. 8-9).

10. Buscamos primeiramente demonstrar :

- a) que o serviço público tem por objetivo o serviço do Estado;
- b) que, para sua efetivação, é indispensável, muitas vezes, o auxílio do particular;
- c) que esse auxílio não é simples imposição, e, sim, manifestação de vontade;
- d) que a forma contratual que se estabelece pode não ser exclusiva e determinante;
- e) que a concessão escapa às normas comuns do direito privado;
- f) que ao Estado cumpre, portanto, a regulamentação e o exercício permanente da tutela.

E' necessidade fundamental, sem dúvida, incluir nas fórmulas contratuais de concessão uma parte condicional de regulamentação, por onde os poderes da administração bem possam examinar a eficiência do serviço, sua regularidade, as tarifas, o justo preço e as possibilidades e riscos.

O mais valioso da regulamentação é conciliar os interesses do público com o interesse dos concessionários de serviço público, de maneira que ambos se entrossem na espécie do negócio e contribuam para seu desenvolvimento e efetivação total.

As comissões de controle existentes nos Estados Unidos, desde o último decênio do século passado, exercem as funções administrativas, decidindo sobre matéria da concessão, sem, no entretanto, se abalancarem a julgar os casos de direito que fogem à capacidade do Estado, ou da administração pública.

A fixação das tarifas e o serviço de contabilidade das empresas, ficam relacionados aos interesses da administração e vinculados à efetivação do serviço público que o Estado delegou (186).

186) Sobre o assunto: Freund — ADMINISTRATIVE POWER OVER PERSONS AND PROPERTY — Chicago, 1923; Pond — A TREATISE ON THE LAW OF PUBLIC UTILITIES —, Indianapolis, 1925; e T. C. Bigham and E. Jones — PRINCIPLES OF PUBLIC UTILITIES — N. Y., 1931; Vêr também: Judson — A TREATISE ON THE POWER OF TAXATION — St. Louis, 1917; os trabalhos especializados de: Cassins M. Clay, W. A. Prendergast, L. R. Nasch, Anhaia Mello, Odilon Andrade, Rafael Bielsa, sobre REGULATION OF PUBLIC UTILITIES, PUBLIC UTILITIES AND THE PEOPLE, THE ECONOMIC OF PUBLIC UTILITIES, PROBLEMAS DE URBANISMO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DE UTILIDADE PÚBLICA, QUESTIONES DE ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL,

Substituindo o poder governamental na realização e execução de certos serviços, gosando de vantagens especiais inerentes a essa condição, como isenção de impostos, privilégios, favores, inclusive, muitas vezes, o próprio monopólio, as empresas de utilidade pública não podem deixar de sofrer o controle do Estado, até limites já hoje imprevisíveis, diante das novas concepções jurídicas (187).

As comissões municipais de controle nos Estados Unidos, à maneira da *Federal Power Commission*, são órgãos administrativos de fiscalização por excelência, regulando as medidas e limites do serviço, as tarifas *standards* e garantindo as possibilidades de segurança de execução (188).

A importância dessas comissões municipais funda-se no interesse do Estado em conhecer o andamento do serviço, fiscalizar a fixação das tarifas, e, em casos de incorporação ou desapropriação, sentir os prejuízos e os lucros advindos das flutuações financeiras.

A fiscalização torna, assim, em corolário da própria situação contratual preexistente (189). O controle de fiscalização é que estabelece essa permanência da relação jurídica e administrativa, entre os concessionários e o Estado.

§ 9.º PELA PERMANÊNCIA DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA. A UNIDADE DOS NEGÓCIOS DO ESTADO NÃO DECORRE DO CONCEITO LINEAR DE CENTRALIZAÇÃO.

11. Somos partidários da unidade de regulamentação. Dentro dessa fórmula, a direção do serviço não fica sujeita à divergência de vontades estranhas, de modo ser possível melhorá-lo e barateá-lo, conforme as condições financeiras e os lucros provenientes da boa gerência da empresa.

O que é preciso afastar de cogitação é a questão sempre controvertida da visão ou da recisão dos contratos administrativos de concessão. As decisões de caráter judicial, em se tratando da realização de serviços públicos, são sempre precárias. O simples julga-

187) Th. Cavalcanti — ob. cit. — Vol. II — p. 320.

188) Ver C. M. Clay — REGULATION — cit. — p. 144.

189) “Dela não podem fugir as empresas particulares, ou aquelas pertencentes ao Estado, mas de organização autônoma” (Th. Cavalcanti — cit. — vol. II — p. 330).

mento sobre matéria de direito, pode não caber nas determinantes de um julgamento de fato.

Trata-se, como sabemos, de interesse público que o Estado protege. No plano dos fatos tomamos conhecimento objetivo da realidade do serviço. A singularidade do fenômeno jurídico exige medidas mais consentâneas com as atividades das empresas de utilidade pública (190).

A questão de forma jurídica é de somenos importância prática e social. Há excessões de direito que a nós só cumpre aceitar. Mas, ao Estado, tudo diz respeito. A responsabilidade social da administração pública é dos problemas importantes da evolução jurídica.

Estudando antes de aprovar contratos para com terceiros, fiscalizando depois de aprovar tabelas de preços, impondo sistema de contabilidade, as despesas de operação e as percentagens do lucro — o que vemos é o Estado em plena atividade administrativa (191).

As transformações técnicas sofridas pela grande indústria, as exigências sempre novas da vida coletiva, não permitem que o Estado deixe de estar alerta para a solução dos problemas fundamentais que mais interessam a comunhão humana.

Encarada como meio de solucionar conflitos de interesses, não é de negar que a regulamentação tem sido aceita satisfatoriamente (192), em países como os Estados Unidos, de maior desenvolvimento industrial e onde as empresas de utilidade surgem imprevistas, da noite para o dia.

Basta, entre nós, considerar as condições peculiares do Brasil. Claro que somos contra transplantações audaciosas de sistemas inadaptáveis. Vale, no entretanto, o exemplo e a experiência. O choque de interesses é natural, é uma constante do *tempo*, do progresso normal das coisas públicas.

190) Perguntamos: "Pode o poder concedente, na vigência de contrato de serviço público, modificar as cláusulas do mesmo contrato, ou por exigência do próprio serviço, ou pela necessidade de aplicar novos processos técnicos, ou ainda pela vigência de novas disposições regulamentares que interessam e atingem os serviços concedidos? (Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 331).

191) São os elementos apropriados de controle de que dispõem as comissões nos Estados Unidos, ao que nos informa Willian A. Prendergast — ob. cit. — p. 11).

192) Odilon C. Andrade — cit. p. 112.

Por essa razão não nos iludimos com a proposta de soluções definitivas. Apenas alvitramos a idéia de, pela intervenção permanente, poder o Estado sentir a situação geral dos serviços que concede à livre exploração de empresas particulares.

12. Não cansamos de repetir: os serviços públicos nem sempre podem ser executados pelo Estado.

Não cabendo ao Estado a execução de certos serviços, não quer dizer que não encontrem possibilidades de realização.

Razões de ordem econômica e mesmo de ordem política e administrativa, como escreve Temístocles Cavalcanti, exigem que o Estado permita que terceiros executem serviços públicos (193).

A permissão do Estado, quando concede, ou quando simplesmente autoriza, não exclue a administração do controle dos negócios de interesse público.

Ela concede o serviço, as regalias e os privilégios dele, reconhece os lucros advindos do emprego do capital, mas, não perde sua capacidade de intervenção, desde que se modifique a situação de fato, e não haja mas o interesse público determinante.

Não se afasta, portanto, o valor do prazo nas concessões e autorizações, a importância da extensão dos privilégios e os limites dos direitos. Convém não esquecer a conveniência do estabelecimento de índice normal de tarifas que serão periodicamente revistas, a vantagem das modificações e melhoramentos, como também da redução dos preços e de um processo de contabilidade.

Com esses elementos a administração pública estabelece facilmente as normas técnicas para a instalação do serviço e se concede ao direito de observar o seu funcionamento eficiente e regular.

Nothing is ever settled until it is settled right, escreve Prendergast no seu já citado livro (194). O que se impõe é o ajustamento à realidade. O *settled right*, entre o máximo e o mínimo de lucros, entre o maior e o menor grau de necessidade. A verificação do capital e a determinação do lucro, com a fixação conveniente das tarifas, redundam naturalmente na estipulação do justo preço para a economia do consumidor.

193) Ob. cit. — vol. II — p. 300. “O Estado pode assim, apenas, autorizar, permitir que particulares exerçam o serviço público, como pode conceder, delegar, atribuir a terceiros, com as mesmas vantagens e os mesmos onus, aqueles serviços” (ob. cit. — vol. II — p. 300).

194) Ob. cit. — p. 20. Nada estará bem certo se acertado não for direito. As empresas para Prendergast, exigem, apenas, melhor ajustamento à realidade.

Impossível confiar de olhos fechados na contraditoriedade da doutrina e da jurisprudência. Para a doutrina nada ainda existe de estável e definitivo. Para a jurisprudência, só a violação de *direitos* preocupa. A consolidação será resultante da regulamentação jurídica. Tudo parece apenas questão de técnica jurídica. Basta que não teimemos mais em resolver os casos administrativos com o auxílio ineficiente das normas civil.

13. Estamos vendo que o poder de administração se impõe unilateralmente ao concessionário quando se cogita de adatar o serviço às novas condições de interesse da coletividade (195).

Não se trata, em absoluto, de modificar a natureza jurídica do ato de concessão. Mas permitir que permaneça o vínculo que liga concedente e concessionário de serviço público.

O Estado nunca poderá prever as condições de vida futura. Nem aquele que recebe a incumbência de agir em nome do Estado, como poder delegado. O Estado é o responsável pelo equilíbrio financeiro e desenvolvimento do serviço. Com este e sua realização, sofre os riscos e os baixos das situações deficitárias. Surge assim relação extra-contratual (196).

Para Fleiner, depende sempre do arbítrio de autoridade competente o outorgar uma concessão propriamente dita (197). Porque nesta, o que aparece como predominante, é o ato unilateral de soberania do Estado (198).

A relação de direito se justifica pelo controle governamental. Pela inspeção fiscal na instalação e exploração do serviço concedido, no sentido de positivar o cumprimento das obrigações impostas ao concessionário. Portanto: relação jurídica de direito público (199).

A questão, porém, seria saber qual o limite do poder público ou das leis na regulamentação das concessões.

A predominância do Estado ninguém desmente, desde que aceitemos a realidade jurídica da relação de direito público.

195) Bonnard — PRÉCIS — cit. — p. 562.

196) Bonnard — ob. cit. — p. 569 e seg..

197) Ob. cit. — p. 279.

198) Fleiner — ob. cit. — p. 279.

199) Fleiner — ob. cit. — p. 280.

Temos como indiscutível que o gozo das regalias e das vantagens não isenta da fiscalização do serviço, da restrição razoável dos lucros da empresa.

A legitimidade e permanência da delegação condiciona-se integralmente ao interesse público que o Estado protege (200).

A natureza e a relação de direito público, que se estabelece entre concedente e concessionário, é consequência lógica das obrigações assumidas no instante do entendimento contratual, ou da aceitação simples, conforme autorização, para a execução e realização de um serviço de caráter público de interesse coletivo.

14. A unidade dos negócios do Estado é pressuposto da realidade político-jurídica. O Estado, sabemos, é quem dita e regula a lei, determina e organiza os serviços públicos.

A descentralização é mais fórmula surgida das circunstâncias e fatores transitórios que de concepções orgânicas ou fatores permanentes (201).

O caráter político ou jurídico dos negócios do Estado, mesmo no que diz respeito ao regime municipal, determina os métodos de administração.

Bastante razão possui Bielsa: “depois de alguns anos de observação, de mais estudo e reflexão, falamos com menor entusiasmo da descentralização, que não se justifica diante da concepção realista do direito” (202).

Não se pode mais afirmar, juridicamente, que no Estado federal predomine o critério da ampla descentralização política. Nem que no Estado unitário a unidade dos negócios públicos decorra do conceito linear de centralização.

O federalismo puro desaparece no momento em que o Estado resolve autoritariamente controlar as atividades econômicas e intervir na ordem administrativa, centralizando as forças políticas, generali-

200) “Nenhuma cláusula contratual pode tirar à administração o direito de impor as suas soluções, porque o princípio é de ordem pública, e, a administração não pode renunciar a essa faculdade inerente à sua própria condição tutelar do interesse público” (Gaston Jèze — LES CONTRATS ADMINISTRATIFS — Vol. II — Marcel Giard — Paris, 1927 — p. 224).

201) Bielsa — DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA — cit. — p. 14.

202) Bielsa — ob. cit. — p. 14.

zando a sua competência no plano financeiro, fiscalizando ou tutelando os poderes provinciais ou federados que doutrinariamente se afirmavam autônomos (203).

A unidade do direito está na sua base científica (204), que é a observação minudente dos fatos que o realizam e da jurisprudência que o formaliza com a sua fonte primária e original: a vontade do Estado (205).

Só há uma coisa certa, afirma Jelinek: o Estado moderno vai adquirindo cada vez maior vigor de consciência, compreendendo que apenas se acha submetido ao seu próprio direito (206).

O mais surpreendente é que, segundo Ihering e Jelinek, o Estado não deve respeitar o direito senão quando de acordo com os seus interesses. A finalidade do Estado, como a do direito, está na salvaguarda e na conservação das condições vitais da sociedade. O direito existe para a sociedade e não a sociedade para o direito (207).

A competência do Estado para limitar a ação do indivíduo ou dos grupos, é total, soberana. Conhecemos a estrutura social dos povos como organização jurídica que se limita aos princípios fixados pelo direito público Internacional.

O que caracteriza essencialmente o Estado federal é possuir duplo aspecto: em certas ocasiões, aparece-nos como Estado unitário; em outras, apresenta-se-nos como agrupação federativa de coletividades inferiores, descentralizadas no mais alto grau (208).

203) O federalismo em sentido absoluto existiu nos Estados Unidos e no Brasil. Entre nós, arrastando aquela enormidade de males que provocaram verdadeiras cisões no espírito político nacional. Na Argentina, os juristas e políticos, desde Alberdi até Bielsa, são concordes quanto à inexistência de regime federal puro.

204) Há os que consideram o indivíduo como o fim do direito e outros a sociedade, organizada e equilibrada, como objetivo primordial.

205) "A vontade do Estado é a fonte primária do direito" (M. Mouskheli — TEORIA JURIDICA DEL ESTADO FEDERAL — Trad. de Armando Lasaro y Ros — M. Aguilar — Madrid, 1931 — p. 16).

206) Apud Mouskheli — ob. cit. — p. 18.

207) Mouskheli — ob. cit. — p. 18.

208) Mouskheli — ob. cit. — Cap. V — ps. 149 e seg..

Esse duplo caráter jurídico e político do Estado federal determina-se quasi exclusivamente pela necessidade de realizar a *união* e não a *unidade*, como pensa Mouskheli (29).

15. Como vemos, a descentralização não é da essência do federatismo. A descentralização política, que responde, teoricamente pelo menos, ao conceito argentino de federação, tem sofrido *eclipses* sob o influxo de algumas tendências políticas de certos governos. A força política virtual, direta ou indireta do governo central, singularmente concentrada no poder executivo, se faz sentir tão acentuadamente que chegamos a duvidar da verdade da sua existência (210).

Na ordem financeira, maior é a dependência aos poderes centrais. Na Argentina, Rafael Bielsa nos conta que a descentralização administrativa se nos apresenta algo empírica e não obedece a plano orgânico preestabelecido (211).

No Brasil, não se pode falar em descentralização administrativa, que não seja territorial, ou de serviços. Assim mesmo sob controle financeiro e tutela jurídica dos poderes do Estado.

Observando a França, verificamos que, na forma do regime constitucional, o regime administrativo francês realiza certo equilíbrio entre as duas tendências opostas: a *centralização* e a *descentralização* (212). A autoridade central é quem dirige e orienta. As autoridades circunscricionais apenas executam a lei, realizam os serviços que lhes ficam afetos.

Logo, uma conclusão salta: todo regime administrativo é centralizado por natureza (213).

O sistema adotado pela Constituição de 6 de julho de 1923 na União Soviética, acusa caráter extremamente unitarista, sobre tudo quanto diga respeito às resoluções adotadas pelas repúblicas federadas (214).

209) Ob. cit. — p. 149.

210) Rafael Bielsa — ob. cit. — p. 17.

211) Ob. cit. — p. 22.

212) Louis Trotabas — ob. cit. — p. 6.

213) Idênticas afirmações faz Trotabas — ob. cit. — p. 7.

214) M. Mouskheli — ob. cit. — ps. 161-2

A constituição de Weimer encaminhou a federação alemã para o unitarismo (215).

A guerra trouxe-nos a imposição de sistema de administração direta, de fiscalização, de controle político e administrativo das forças e poderes autônomos. A subordinação dos poderes menores ao poder maior.

Os municípios continuam a gosar de relativa autonomia mas sob o controle e a tutela administrativa do Estado. Qualquer que seja a extensão da autonomia concedida, o Estado não deixa de conservar o seu caráter unitário (216). O Estado continua sendo unidade jurídica (217).

O peculiar e dominante na descentralização administrativa é apenas a gestão do serviço público especial por um órgão criado pelo Estado e despreendido do poder central, que se transforma em pessoa jurídica de direito público.

A descentralização não é fenômeno isolado que determine regime legal de exceção. Supõe a faculdade de administração autônoma sob a medida legal que o Estado impuser (218).

A unidade dos negócios do Estado não decorre do conceito linear de centralização. A descentralização não é fórmula de deslocação ou divisão do poder público.

§ 10.º O EXEMPLO DOS ESTADOS UNIDOS E A EXPERIÊNCIA DO BRASIL. ALGUNS OUTROS EXEMPLOS. O SERVIÇO PÚBLICO PARA O ESTADO.

16. Analisando, embora por alto, alguns aspectos dos serviços nos Estados Unidos, verificamos que lá ainda existem sob regime de *quasi completa* regulamentação (219).

215) Mirkine — ob. cit. — p. 23.

216) Não discordamos da opinião de Mouskheli — ob. cit. — p. 265.

217) “... a unidade jurídica corresponde à unidade sociológica. As realidades jurídicas coincidem com as realidades sociológicas subjacentes. Porisso, a legítima concepção do Estado tem de ser juridico-sociológica” (Tito Prates da Fonseca — DIREITO ADMINISTRATIVO — cit. — p. 206).

218) Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — cit. — ps. 59-60.

219) Da mesma análise, Odilon C. Andrade fez as mesmas deduções — ob. cit. — ps. 111-2.

Notamos certa indecisão doutrinária, não obstante a jurisprudência vir de anos para cá fixando princípios importantíssimos, e que situam definitivamente o fenômeno no quadro da vida jurídica (220).

O direito de regulamentação está, no entretanto, firmemente resolvido. Os serviços de utilidade pública são aqueles considerados como afetando o interesse público. Não se tateia mais na definição dos direitos que se correspondem. O *American Utilities Bureau e a Federal Power Commission* classificam-nos como *public servants* (221).

A municipalização é reconhecida como vantagem incontestável, e as comissões de controle são, na maioria, municipais.

John Bauer, verificando o que sucedeu em Los Angeles, mostra-se satisfeito com a preferência do povo e as baixíssimas taxas ali cobradas.

Sem monopólio, 79% da área total do município auferem das regalias do serviço público que o próprio Estado realiza (222).

“*The rights*, escreve Pond, *which are thus created are protected by the constitutional provision prohibiting the impairment of contract rights or vested interests*” (223).

-
- 220) É bastante conhecido o caso *Smyth v. Ames*, decidido em 1898, pela Corte Suprema norte-americana; o caso das tarifas, na variação do custo presente, em que se achou envolvida a *Chesapeake and Pontomac Telephone Co.*, e que a Corte de Maryland reformou em sentido quasi contrário ao processo adotado pela *Public Service Commission* de avaliação pelos índices de preços, desmerecendo o critério do valor atribuído à propriedade em declínio repentino e baixa dos preços estabelecidos e prefixados; no caso *New Memphis Gas and Light Co. v. Memphis*, temos exemplo completamente diferente na fixação dos lucros, propondo-se uma *remuneration or dividend*, correspondente à aplicação do valor do capital. A verificação do capital para a determinação do lucro, é que obriga séria regulamentação.
- 221) “Mas especialmente nos Estados Unidos, tomou a questão rumo inteiramente novo, pela criação de uma categoria de serviços denominados de **utilidade pública**” (Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 271).
- 222) *The National Municipal Review* — apud. Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 279.
- 223) Oscar Pond explica que é regra geral o contrato nas concessões de privilégios, contrato que não pode ser alterado a não ser **subject to the power of the municipal corporation or the state to alter, amend or repeal it** (submetido ao poder do Estado ou do município para ser alterado, emendado ou reparado). Assim, para Pond, os di-

Holmes declarou, no entretanto, que mesmo o legislativo pode restringir qualquer negócio, desde que tenha a opinião pública a seu favor (224).

O espírito político dos norte-americanos exige se asculte a opinião pública e se decida, então, sobre matéria pública.

O caso *Munn*, apesar de antigo, e a que se refere Anhaia Mello, é típico e merece lembrança, pois envolve sábia e jurídica decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos (225).

Desde 1876 que a Corte Suprema firmou o princípio do controle especial dos serviços de utilidade pública, confirmando sentença do tribunal de Illinois, onde a visão do espírito norte-americano nos faz crer no acerto e na ponderação das soluções adotadas.

A firma *Munn and Scott* possuía silos (226) para depósito de cereais, na cidade de Chicago. Não tendo competidores, resolveu aproveitar da situação, elevando os preços do armazenamento. A municipalidade, em defesa do interesse público, fixou tarifa máxima. Interposta apelação para o Tribunal de Illinois, este deu ganho de causa à Municipalidade.

Recorreu-se, então, para o Supremo, com a alegação de que a cidade de Chicago pretendia privá-los da propriedade, sem o devido processo legal. A Corte Suprema, porém, confirmou a sentença do Tribunal de Illinois.

O voto do presidente Waite, foi o seguinte: “Uma propriedade qualquer veste-se de interesse público, quando usada de forma a tornar-se de necessidade pública e afetar a coletividade toda. Portanto, quando um indivíduo destina sua propriedade a uso, no qual o público tem interesse, ele associa o público nesse uso, e tem que se submeter

reitos criados estão protegidos por disposição constitucional que proíbe a emenda contratual quanto aos direitos ou interesses determinados (Ver Oscar Pond — LAW OF PUBLIC UTILITIES — 3.^a Ed. — § 120).

224) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 25.

225) Ob. cit. — ps. 24 e seg.

226) Reservatórios subterrâneos impermeáveis, onde se conservam forragens, cereais

ao controle do público para o bem comum, proporcionalmente ao interesse criado” (227).

17. Como quer que seja, decidida a indispensabilidade do controle, o jurista norte-americano aceitou e consagrou a necessidade do monopólio, a importância da fixação das tarifas, e o justo preço pela remuneração do capital empregado no serviço empreendido .

As idéias socializantes invadem o espírito jurídico. O individualismo, dominante nas várias concepções da teoria do Estado, restringiu a ação do poder governamental na esfera dos serviços de utilidade pública, limitando a atividade do Estado aos negócios de correios e telégrafos, águas e exgotos, estradas de ferro e portos (228).

O Estado não perde mais, pela concessão, o domínio do serviço. Ele se mantém como a autoridade superior de controle, na gestão de todos os negócios classificados como de necessidade ou utilidade pública. Atendência é esta: o serviço para o Estado e o Estado para o povo (229).

227) “O juiz Field discordou em parte da opinião geral, porque Munn e Scott não tinha privilégio algum, nem sua indústria era objeto de concessão. A maioria, porem, não o acompanhou porque A FACULDADE DE REGULAMENTAR NÃO DEPENDE DE CONCESSÕES, uma vez que os direitos de propriedade privada trazem consigo UM GERMEN DE COERÇÃO que se torna aparente sempre ‘que as condições econômicas criam um monopólio virtual” (Anhaia Mello — ob. cit. — p. 25).

228) “O individualismo longo tempo dominante na teoria do Estado, e o sistema de concessão, que logo triunfou, pela vantagem de estabelecer-se o serviço sem onus para ele, restringiram bastante, até bem pouco, a atividade do Estado no setor das utilidades públicas, limitando a do poder central quasi que às estradas de ferro e portos (sem falar nos correios e telégrafos logo monopolizados) e a do poder local aos serviços de água e exgoto, tradicionalmente reservados, pelo menos no Brasil, às camaras municipais” (Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 84-5).

229) Na Itália, o progresso da técnica deu nova orientação ao espírito jurídico. O trabalho publicado pelo Sindicato Nacional Fascista de Engenharia — RELAZIONI TECNICHE AL II CONGRESSO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI ITALIANI — Roma, 8-15 Aprile 1931 — IX — Società Anonima Poligrafica Italiana — 1931-IX — mostra o avanço dos interesses do Estado, e da ação governamental, no que diz respeito à electro-técnica, à urbanística, à indústria, às máquinas, ao rádio e ao transporte.

As questões de ordem geral afetam o organismo político e constitucional do Estado. Assim é que, modernamente, quando examinamos e legislamos para as entidades de serviço público, cumpre estabelecer :

- 1º) a organização e o funcionamento do serviço, que é personalização pelo Estado;
- 2º) as condições específicas do trabalho pela contribuição da energia do indivíduo;
- 3º) a racionalização e a simplificação possível nos métodos próprios de administração do serviço;
- 4º) o preço, o custo da produção e os resultados financeiros.

A concessão não particulariza o interesse ou a necessidade do serviço. Apenas evidencia a importância da colaboração particular na engrenagem da administração dos serviços públicos.

A idéia da exploração direta dos serviços de utilidade pública vai, dia a dia, ganhando terreno no sentido de objetivação de métodos que estabeleçam a continuidade administrativa, e que é característico predominante das idéias correntes (230).

A condicionalidade do monopólio, estabelecida com sabedoria pela justiça norte-americana, limita-se aos imperativos da conveniência pública. Temos que aceitar, pois, o Estado ainda como poder de polícia, controlando, fiscalizando, medindo condições, incentivando a produção em grande escala e cooperando sistematicamente com o indivíduo e as organizações particulares.

O que vemos atualmente resume-se nisto: não há, nos países de mais acentuado progresso industrial, empresas privadas que não exi-

230) Os trabalhos modernos aparecidos orientam-se em direção do Estado. Ver, por exemplo: F. C. Bendicente — **COMISIONES DE SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES** — Rosario — 1935; R. Piccirilli — **EL PRIVILEGIO EN LAS CONCESSIONES DE SERVICIOS PUBLICOS** — Aspecto juridico, social, economico y politico de la cuestion en el derecho publico — pref. de Rafael Bielsa — Lajouane — Buenos Aires, 1936; J. C. Rodriguez Arias — **EL PROBLEMA DEL PRECIO EN LOS SERVICIOS PUBLICOS** — Rosario — 1939; E. C. Zárate — **EL CONTROL DE LAS CONCESSIONES DE SERVICIOS PUBLICOS** — pref. de Clodomiro Zavalia — Menendez — Buenos Aires, 1937; R. Bielsa — **CONSIDERACIONES SUMARIAS SOBRE LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS** — a proposito de la 4.^a Conferencia Nacional de Abogados — Buenos Aires, 1937.

jam o assentimento do Estado para operações públicas; e propriedades públicas que não empreendam operações privadas.

O Estado estende-se pelos diferentes meios de atividade econômica do homem. A noção de serviço público, que não é estranha ao conceito tradicional de propriedade, ganha vigor quando o Estado a integra no corpo de sua formação administrativa e política (231).

18. Não é motivo para desânimo reconhecer e confessar a falta de confiança dos entendidos, nos negócios industriais, a cargo da administração do Estado.

A exploração direta, entre nós, tem redundado em lamentável fracasso, a ponto de juristas de real mérito desaconselharem-na como fórmula de direção e exploração das empresas de utilidade pública (232).

-
- 231) Donald Richberg, afirmou: “os lucros dos trezentos anos de desenvolvimento dos naturais recursos do país; os cento e cinquenta anos de desenvolvimento das instituições de governo autônomo; os ganhos surgidos da revolução industrial, do desenvolvimento da máquina, enriquecerão a vida de cento e vinte milhões de habitantes, se nós soubermos bem exercer os poderes do self government e do controle dos negócios da nação para o bem comum” (Ver JOURNAL OF LAND AND PUBLIC UTILITY ECONOMICS — Instituto de Pesquisas de Economia dos Serviços Públicos — Universidade de Chicago — Fev. de 1930).
- 232) Conquanto nos Estados Unidos, há já meio século, se tenha decidido pela intervenção do Estado, no Brasil, os tratadistas fogem de discutir o assunto, ou criticam a competência ou a capacidade do poder administrativo, como Aarão Reis — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — Of. Graf. Vilas Boas — Rio, 1923; Augusto Olímpio Viveiros de Castro — TRATADO DE CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO — Imp. Nacional — Rio, 1906; Alcides Cruz — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — 2.^a Ed. — Francisco Alves e Cia. — Rio, 1914; Oliveira Santos — DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO — ed. J. Rb. dos Santos — Rio, 1919; de todos eles, o de maior visão política, foi o prof. Aarão Reis. Lamentamos apenas que trabalhos mais atualizados, e brilhantes, ainda se prendam em divagações tão elementares como o de Odilon C. Andrade — SERVIÇOS PÚBLICOS E DE UTILIDADE PÚBLICA — Liv. Acadêmica — S. Paulo, 1927. E que outros trabalhos também importantes demonstrem tamanho despreço pelo assunto focalizado, como os de Rui Cirne Lima — PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — 2.^a Ed. — Liv. do Globo — Porto Alegre, 1939; J. Guimarães Menegale — DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO — Tomo I — Metrópole Editora — Rio, 1938.

Para tudo, porém, deve haver a fórmula salvadora, o meio termo consolador. Não estamos mais em tempo de resolver problemas administrativos com ataques ou críticas, com demagogismo doutrinário ou sutilezas verbais. Cumpre investigar as causas da má administração, dos *deficits* orçamentários, das altas de custo, da falta de interesse e vigilância.

Uma só palavra justificaria tudo isso: *desorganização*. Daí parte a inferioridade do serviço que é produzido pelo Estado. Não se trata, no entretanto, somente dos serviços possíveis de exploração direta. Os resultados apontados como lamentáveis não impedem que façamos a nossa tentativa.

A Constituição de 1934 facilitou a aceitação de certos princípios, que a Constituição de 10 de Novembro consagrou. Basta apenas determinar, pre-limitar a posição do Estado e regulamentar sua atividade no plano dos negócios privados.

O problema, sabemos, não surgiu ainda no Brasil, com a mesma feição apresentada nos Estados Unidos da América do Norte.

Mas a solução possível só poderá ser enquadrada nos *itens* seguintes:

- I) urge verificar primeiro a necessidade ou a utilidade das concessões anteriormente efetuadas, e a eficiência dos serviços já delegados;
- II) e atender as condições atuais dos serviços concedidos, condições de ordem econômica e política, antes de mais concessões que venham aumentar a anarquia na gestão dos serviços públicos delegados.

Onde há concorrência sofremos a incrível guerra de tarifas. Onde não há concorrência o livre regime de tarifas levanta o preço dos serviços em variações tão acentuadas e muitas vezes fora do alcance do tributo público.

O momento é bastante oportuno para legislar a respeito. Antes de tudo, deve o poder público regular o serviço em espécie e estabelecer a competência da União, dos Estados e dos Municípios.

Aprovando um regime tarifário normal, regulando as condições de trabalho e de segurança do público, sistematizando os serviços de contabilidade e estatística obrigatórios, o poder público federal estará

apto a fiscalizar os serviços concedidos, para bem colocá-los nos termos que a lei, a necessidade, ou a utilidade, determinar (233).

19. Já não se trata mais hoje em dia, como pensa Bullrich, de apenas interpretar cláusulas contratuais quando existem controvérsias, nem de medir a extensão e o alcance das obrigações recíprocas (234).

O exame que fizemos da jurisprudência do Conselho de Estado, em França, demonstra que, em matéria de concessão, o Estado permanece absolutamente livre, para tomar medidas extra-contratuais exigidas pelo público (235).

O que caracteriza a entidade de serviço público não é apenas a personalidade *moral* criada para a gestão do serviço, como quer Romieu (236), mas a delegação de funções que qualifica a personalidade jurídica.

São exemplos, no direito francês, as decisões proferidas pelo Conselho de Estado sobre a concessão para o serviço de iluminação a gás, de Saint-Etienne (237), e a concessão à Companhia de *Tramways* de Marselha, onde ficou patenteado que o concedente pode estipular obrigações além do contratado (238).

Toda a jurisprudência francesa orientou-se em tal sentido. O serviço público está na origem e fundamento da concessão. Não pre-

233) Aconselhamos, sobre transportes, o belo ensaio do prof. Clodomiro Pereira da Silva, da Escola Politécnica da Universidade de S. Paulo, intitulado REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE MUNDIAL — apud BOLETIM DO INSTITUTO DE ENGENHARIA — S. Paulo, junho de 1936 — n.º 124 — Vol. XXIII — ps. 257 e seg..

234) Rodolfo Bullrich — ob. cit. — p. 51.

235) Jèze — ob. cit. — ps. 295 e seg.; Bullrich — ob. cit. — p. 55.

236) Apud Jèze — ob. cit. — p. 297.

237) Proferida em 26 de Dezembro de 1891, em que se considera a concessão como um contrato de direito privado.

238) Leon Blun, estudando o assunto escreveu: “O Estado não pode desinteressar-se do serviço público de transporte uma vez concedido. Está concedido, sem dúvida, mas não deixa de ser serviço público. A concessão representa delegação e constitui meio de ação indireta, porém, não equivale abandono” (Apud Bullrich — ob. cit. — p. 57).

valeceu a opinião em contrário dos adeptos da tese de Louis Trotabas (239).

A jurisprudência norte-americana, que consagrou a intangibilidade dos contratos, considerou também a condicionalidade do objetivo de serviço público. Que a concessão é contrato não resta a menor dúvida. Que, como contrato, não pode ser alterada é ponto discutível.

No caso *Chicago and Northwestern Railway contra United States*, a Corte Suprema (240) resolveu que o poder público respondesse pelos danos causados na mesma extensão que o particular. O contrato é vinculativo de obrigações correspondentes (241).

O jurista norte-americano preferiu, no entanto, optar pela regulamentação prévia que facilita o controle justo e a fiscalização efetiva (242).

A Argentina permanece na mesma indecisão verificada no Brasil.

A Corte Suprema sustenta a obrigatoriedade dos contratos celebrados com o Estado. Os casos que surgem são julgados isoladamente. Admite-se a intervenção em exceções pouco viáveis.

Mas, como nos Estados Unidos, está firmado que a administração não deve renunciar ao seu poder de polícia. O direito à propriedade não deixa perigar o patrimônio das entidades de serviço público.

No ponto em que chegamos só resta a regulamentação racional e o controle permanente (243).

239) Para Trotabas, nem indenizando, pode a administração pública modificar unilateralmente o estatuto das companhias concessionárias (Ver *L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC* — Lib. de Droit et de Juris. — Paris, 1924 — ps. 124 e seg.). Não discutimos a alegação de Trotabas porque está completamente fora de crítica.

240) ... em 6 de março de 1882. Da mesma forma o caso da *City of Los Angeles, v. Los Angeles City Water Company*.

241) William Bennet Munro demonstra que, “em matéria contratual, o poder público como o indivíduo e as entidades privadas estão sujeitos às mesmas regras” (Ver *THE GOVERNMENT OF AMERICAN CITIES* — cit. — N. Y. — 1920 — apud. Bullrich — p. 64).

242) Anhaia Mello, no seu citado livro, traz longo quadro das comissões estaduais norte-americanas, bastante informativo. As 48 comissões, eleitas ou nomeadas, de número variável de membros, mantem pelo controle que vimos chamando fiscalização efetiva.

243) Sobre o que se passa na Argentina, lembramos a consulta do livro citado de Rodolfo Bullrich — ps. 65 e seg..

20. Conclue-se que o consagrado em França, nos Estados Unidos e na Argentina, aponta a concessão como contrato administrativo, ou como contrato de direito público.

O contrato, assim, para o pensamento dos juristas desses países, tanto seja de direito público, ou de direito privado, é sempre contrato, obrigando o cumprimento do estabelecido e vinculando as partes contratantes pelas obrigações que são recíprocas (244).

Só a força maior, a coerção de interesse mais forte, pode acarretar a violação do que, contratualmente, foi estabelecido. O respeito pela palavra empenhada é uma das garantias do acordo contratual.

A desigualdade de partes não significa menosprezo pelos direitos que são correspondentes. O dever do Estado é tutelar o interesse público. E' fiscalizar e controlar as entidades delegadas e que se agitam nesse sentido. Tomar as medidas julgadas uteis, para que não fique prejudicado o interesse que é de todos, que é do povo — que é o interesse público.

A rescisão contratual, parcial ou total, só se justifica quando o interesse ou a necessidade pública assim o exige.

Não acreditamos que a simples vontade de governantes possa modificar situações jurídicas firmadas em lei positiva. E' preciso que haja sempre força mais forte e maior que a vontade de governantes. Daí, o Estado, pelos seus órgãos diretores, sentir a imprescendibilidade, de quanto antes, regulamentar o que é chamado de *interesse público*.

Do ponto de vista das questões que estamos estudando, é anormalíssima a atitude do Brasil. Aliás, o momento é bastante oportuno, em razão das esplêndidas reformas orgânicas que se processam na esfera de nossa vida jurídica. Estamos certos que breve teremos diante de nós, para a crítica dos juristas curiosos, o plano de lei que estabelece o regime jurídico e econômico das concessões (245).

244) Bullrich — ob. cit. — p. 77.

245) O Ministério da Justiça fez publicar o ante-projeto de lei sobre a desapropriação de bens por necessidade ou utilidade pública. Não vamos aqui criticá-lo nem louvá-lo. A atenção que nos despertou é pelos métodos modernos que adota, no sentido de afirmar e definir a vontade e a situação do Estado moderno. Inovação interessante é o art. 3, em que se permite aos "concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público, ou que exerçam funções delegadas de poder público", executar desapropriação mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato. Ao que parece, a inovação, vem precisamente ao encontro, do nosso ponto de vista. No art. 6, temos a classificação dos casos de necessidade ou utilidade pública e que, mais ou menos, corres-

O Estado é sempre a mesma entidade moral e jurídica. A prática dos seus atos apenas varia condicionada pelo tempo. A natureza jurídica do ato do poder público não permite a fácil violação. A imposição da vontade do Estado não quer dizer pouco caso para com os direitos de terceiros.

Não é possível também pretender que se mantenham intactos e inatacáveis os atos do Estado que se perdem na memória do tempo. Decisão de ontem não serve para a solução de problema de hoje. Não podemos querer estabelecer semelhanças entre os contratos administrativos e aqueles referendados pelo Código Civil.

A vida do homem é curta, ao passo que a vida do Estado é longa. O aspecto político, muitas vezes, é exclusivo na determinação da técnica jurídica.

O aspecto político do problema da concessão de serviço público é bem mais importante que o aspecto jurídico de que se reveste o ato do Estado.

§ 11.º EVOLUÇÃO INDUSTRIAL DO BRASIL. O REGIME TARIFÁRIO IDEAL. A FIXAÇÃO DO LUCRO E A VERIFICAÇÃO DO CAPITAL. O SERVIÇO PELO CUSTO. CONCESSÃO INDETERMINADA E CONTABILIDADE PÚBLICA PARA MELHOR FISCALIZAÇÃO DO ESTADO.

21. Os fatores econômicos que preponderaram na transformação política do século vinte explicam e justificam as rápidas e pro-

ponde à classificação que adotamos neste trabalho. Consideram-se casos de necessidade ou utilidade pública: a) segurança nacional; b) defesa do Estado; c) socorro público em caso de calamidade; d) salubridade pública; e) criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de climas e fontes medicinais; h) exploração ou conservação dos serviços públicos; i) abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; j) funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) construção ou conservação de monumentos históricos e artísticos, bem como a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) construção de edifícios públicos e cemitérios; m) criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; n) invenção ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; o) os demais casos previstos por leis especiais (Diário Oficial — n.º 15.188 — 7 de Agosto de 1940).

fundas mutações que se processaram na concepção de governo e de Estado.

A economia medida e controlada que antecedeu ao vapor e a máquina, com o desenvolvimento dos meios de transporte, colocou os países e os povos na situação de luta pela primazia nos mercados do comércio internacional.

Quanto mais estudamos a história da evolução industrial no Brasil, mais sentimos o *quantum* de dificuldade nos foi preciso enfrentar para, num regime de livre câmbio e liberdade de concorrência, manter o nível da nossa vida econômica (246).

Nos Estados Unidos e Inglaterra, a evolução industrial foi apenas fato normal. No Brasil, passou como ciclone, desorganizando a vida pública, levando à falência inúmeros engenhos já abandonados pelo braço escravo. O industrialismo alcançou-nos quasi no alvorecer do século vinte.

A máquina rústica e rudimentar nós a conhecemos, aplicada no trabalho da lavoura, por volta de 1820 (247). As culturas do café e da cana de açúcar abriram caminho para o progresso industrial (248).

Em menos de quarenta anos, constroem-se no Brasil 57 estradas de ferro entre pequenas e grandes (249). Constroem-se portos e ativa-se a navegação a vapor. Com a guerra mundial demos o pri-

246) "A Inglaterra nos proporcionava empréstimos, com que supríamos a deficiência de nossa balança de pagamentos" (Roberto C. Simonsen — A EVOLUÇÃO INDUSTRIAL DO BRASIL — Pub. da Federação das Indústrias de S. Paulo — Set. de 1939 — p. 15).

247) "Datam mais ou menos dessa época, precisamente de 1820, os primeiros ensaios no sentido de aplicação da máquina na vida econômica do Brasil" (Afonso Arinos de Mello Franco — TERRA DO BRASIL — Cia. Editora Nacional — S. Paulo, 1939 — p. 188).

248) J. F. Normano — EVOLUÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL — Ed. brasileira — Brasiliense — vol. 152 — S. Paulo, 1939; Roberto C. Simonsen — HISTÓRIA ECONÔMICA DO BRASIL — 1500-1820 — 2 tomos — Brasiliense — Vols. 100 e 100A — S. Paulo, 1937.

249) ... de 1853 a 1885. Ver: Afonso Arinos de Mello Franco — ob. cit. — p. 190.

meiro passo no sentido de alcançar o progresso industrial do mundo (250).

Aumenta sensivelmente a produção do ferro. Os fatores de ordem geográfica, que até 1885 impediram o surto industrial do país (251), com a instalação e desenvolvimento dos novos meios de transporte, diminuíram visivelmente sua influência.

Considerável também é o crescimento instantâneo da indústria elétrica. Em 1900 havia no país 11 companhias com usinas geradoras, e cuja instalação total pouco excedia de 13.000 KW. Em 1936 as usinas geradoras são mais de 1.000 com total instalado de perto de 840.000 KW. (252).

22. Com a organização do serviço de transportes e com o desenvolvimento da indústria da eletricidade, deixamos caminhar isoladamente os dois fatores básicos para a economia e para a vida nacional.

Se ontem eram apenas fatores preponderantes do nosso progresso, hoje são problemas que requerem a mais profunda atenção da parte dos poderes públicos.

De início, não pudemos nem orientar a política dos transportes, quanto mais controlar o desenvolvimento da indústria elétrica. Não possuindo meios, o governo autorizava terceiros, delegando poderes para abrir estradas de ferro e fornecer nossas cidades de energia elétrica.

Não há país do mundo melhor tomado de surpresa que o nosso. O século vinte chegou de assalto com todas as exigências da grande indústria, com a necessidade e urgência do livre incremento dos transportes, com a técnica aplicada à economia. Pouco capazes financeiramente, forçados, cedemos o terreno, instituindo as concessões mais desastrosas e lamentáveis.

Todo o progresso brasileiro processou-se à margem das iniciativas governamentais diretas. Nossa economia cresceu e avolumou-se sob direção e controle de empresas industriais estrangeiras. Adminis-

250) "A guerra deu uma noção de tempo ao processo de industrialização; assegurou às empresas novas um monopólio do mercado nacional e trouxe com ele a possibilidade de entrar nos mercados do estrangeiro" (Normano — ob. cit. — p. 138).

251) Simonsen — EVOLUÇÃO INDUSTRIAL DO BRASIL — cit. — p. 68.

252) Apud Afonso Arinos — ob. cit. — p. 191.

trativamente, apenas possuíamos a iniciativa das leis orçamentárias e a liberdade de fixar uma *despeza* que não excedesse ao valor da *receita*.

As crises econômicas que se sucederam, a baixa do padrão monetário, a política financeira de compensações, obrigou, aqui como em outros países, o governo a intervir na ordem econômica no sentido de restabelecer o equilíbrio perdido.

Desapareceram, na debacle, os *Estados* dentro do Estado. Homens e organizações apelaram para o poder público. Implorava-se crédito para a lavoura e para a indústria, subvenções para as empresas de utilidade pública.

Ruíram, assim mesmo, organizações industriais poderosíssimas. As que sobraram aumentaram as tarifas, o custo do serviço, e detiveram a aplicação de maiores capitais.

Notou-se, então, que o público também decidia dos negócios coletivos, que o monopólio não era capaz de afastar a concorrência vantajosa, e que o interesse público era o predominante. As crises econômicas dos últimos tempos e a ameaça de outras, aproximaram governantes e governados.

23. A *concessão monopólio* que entre nós vigora, por efeito de regime contratual exclusivo, criou tarifas que, ao arbítrio dos concessionários, teve apenas para o Estado caráter acentuadamente fiscal.

Nunca tivemos governo que se dispusesse, resolutamente, por tempo útil, como fizeram os governos norte-americanos, seguir política nitidamente protecionista (253).

Aos poderes públicos competia somente a arrecadação de impostos que recaíssem sobre os lucros de consumo do serviço.

Entre o máximo e o mínimo que pretendeu, em casos especiais, estabelecer a reforma tarifária de 1934, vai imensa lacuna.

A fixação das tarifas talvez seja o problema mais difícil para os estudiosos do fenômeno jurídico da *concessão* (254).

Sabemos que a tendência das modernas legislações está na revisão e fixação das tarifas pelo poder público (255).

253) Simonsen — ob. cit. — p. 34.

254) Assim pensa Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 349.

255) “O efeito retroativo, isto é, os seus efeitos sobre os contratos em custo, é hoje geralmente admitido porque decorre de disposições regulamentares, alteráveis por motivos imperiosos de ordem pública” (Th. Cavalcanti — ob. cit. — vol. II — p. 349).

A Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, é bastante clara, quando dispõe, no seu artigo 147:

“A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará à concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

A justa remuneração pelo capital invertido é dos objetivos da *magna carta* federal. Justa remuneração ou retribuição que não impede a possibilidade de atender normalmente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços públicos concedidos.

Não sendo razoavel que ao poder público ocorra a responsabilidade pelo *deficit* das empresas industriais, é contingente que o Estado não se faça arbitrário quando determinar essa remuneração.

Não é outra a opinião de Francisco Campos (256). Quando falamos em *justo preço* queremos não admitir a exorbitância (257). Mas nos aproximar daquilo que fora ideal.

Temos, em primeiro lugar, que ser compatíveis com o nosso regime econômico. Não podemos, portanto, como escreve Francisco Campos, isolar determinada utilidade para fixar qual deva ser, em relação a ela, o preço justo, pois o seu preço dependerá dos preços das demais utilidades (258).

256) PARECERES — 2.^a Série — Ed. José Olympio — Rio, 1936 — p. 191. “Na fixação das tarifas dos serviços públicos a administração pública não poderá exercer nenhum poder arbitrário ou descricionário” (Francisco Campos — ob. cit. — p. 191).

257) “A qualificação de justo ou injusto, atribuída a um preço, nada tem que ver com os elementos que entram efetivamente na sua composição, sendo, antes, um julgamento sobre o preço real em relação a um preço ideal” (Francisco Campos — ob. cit. — 2.^a Série — p. 187).

258) Ob. cit. — 1.^a Série — p. 188.

As tarifas devem ser fixadas em relação :

- a) ao valor do custo do serviço prestado ;
- b) à remuneração ou retribuição do capital invertido e mais valores despendidos no sentido de expansão e melhoramento do serviço ;
- c) às despesas obrigatórias ao andamento normal do serviço, pagamento de impostos, taxas, pessoal, etc. ;
- d) ao interesse público que é fundamental e originário.
- e) ao *tempo*.

Num ponto, concordamos com a maioria dos autores : a fixação das tarifas é problema fundamental (259). Dela decorre o justo preço, a avaliação histórica do capital invertido e a justa retribuição.

A regulamentação dos norte-americanos dirige-se para esse lado. Pelas tarifas cobram-se os serviços. O público que usa dos serviços quer as tarifas baixas. Os concessionários trabalham para levantá-las. Há um máximo além do qual o serviço não vale para o consumidor e um mínimo, abaixo do qual não convem para o concessionário (260).

24. Sabemos que o nível geral dos preços vem subindo sem ao menos acompanhar o valor do custo da vida. Cumpre investigar a alta de preços que encarece a subsistência humana sem que os salários aumentem no grau das necessidades diárias (261).

Ora, precisamente para nivelar as utilidades ao custo normal da vida, é que o governo toma medidas jurídicas. Para que essas medidas não extravasem o senso do respeito pelo patrimônio alheio, é útil que se estipule o que *tem* e o que *deve ganhar* o concessionário, quan-

259) “Da boa fixação delas depende e dependerá sempre todo o êxito de qualquer processo de execução” (Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 123).

260) Odilon C. Andrade — ob. cit. — p. 123.

261) “Esses serviços de utilidade pública devem proporcionar a quem os exerce por delegação, uma retribuição suficiente para atrair os capitais necessários à manutenção e desenvolvimento dos serviços, e não maior. Dadas as garantias que eles oferecem, essa retribuição pode e deve ser relativamente módica” (Anhaia Mello — ob. cit. — p. 149).

do, por delegação, explora e executa serviço considerado de utilidade pública:

Temos, assim, dois pesos para duas medidas:

- 1) na verificação do capital, compreendendo o patrimônio, as reservas patrimoniais, e o objetivo que naturalmente se visa;
- 2) na determinação do lucro que o concessionário, aplicando o capital, deve necessariamente auferir (262).

Tudo se concentra, portanto, na necessidade da avaliação honesta do capital.

Dessa forma será facilíma a verificação dos lucros e a estipulação do justo preço para aqueles que façam uso periódico ou permanente do serviço.

A avaliação deverá ser atual, revista como as tarifas, como atual deverá ser o preço da contribuição pelo serviço prestado. Porque o fator *tempo* é indispensável. Principalmente com relação a bens imobiliários suscetíveis de rápida valorização.

O índice do valor *custo* deve ser correspondente ao do valor *preço*. O desacordo seria fatal, ou para a empresa que explora o serviço, ou para o próprio serviço. O valor aquisitivo da moeda determina-se no *tempo*.

O regime de exceção, que pregamos, não vai ao limite da expropriação. Esta pressupõe indenização. O caso, então, seria bem diferente, completamente diverso.

A intervenção do Estado é no sentido regulamentar. O poder público, no caso das empresas de utilidade pública, o que faz é impedir os abusos, evitar os excedentes no preço, regular a justa retribuição.

A situação que propomos é cômoda para o Estado e para os concessionários de serviço público. No entretanto, a simples valorização dos bens patrimoniais não sujeita o povo ao aumento do preço do serviço.

262) Odilon C Andrade — ob. cit. — p. 125. “Que o concessionário deve auferir lucro do serviço que explora é asserção que não precisa ser demonstrada, tão convencido anda todo o mundo da justiça desse lucro. A discordância surge apenas quando se trata de fixar a sua percentagem relativamente ao capital” (O. C. Andrade — ob. cit. — p. 125). A Corte Suprema dos Estados Unidos fixou em casos que discutiu a percentagem módica de 6 e 7 %.

Há outro elemento que não podemos esquecer: a difusão e a maior aceitação do mesmo serviço. A valorização, que corresponde ao tempo, corresponde também aos interesses do público. O excesso, que é a valorização, deverá ser computado na conta de capital quando invertido em benefício do serviço.

Não haverá, porem, excessos, uma vez que o *valor custo* equivale ao *valor preço*.

A avaliação do capital realizado é, portanto, na maioria das vezes, e salvo exceções, o valor do serviço em funcionamento, o que produz normalmente e o que pode ou deve produzir a mais quando o interesse público assim o quiser.

Serviço parado é serviço perdido. A função faz o órgão. O serviço que não é permanente deixa de acompanhar a evolução dos fatos econômicos e políticos. No século em que vivemos é imprudência admitir a fixidez das coisas.

25. A economia dos serviços públicos, para Francisco Campos, não é economia fechada, independente ou autônoma, mas, ao contrário, sujeita à economia do mercado (263).

O serviço público, porem, não deixa de ser imposição da necessidade. Em jogo o critério da *necessidade*, naturalmente oscilará em vista da menor procura, ou maior oferta.

Quando a Constituição, no seu artigo 147, fala em *justa retribuição*, tem por objetivo a importância do capital invertido no custeio e permanência do serviço.

A fixação pela lei do preço de determinada utilidade será a medida entre o capital e a procura do próprio serviço.

Trata-se de retribuição razoável, pois sabemos, na maioria dos serviços, ao contrário do que aqui pensa o ilustre Francisco Campos, os preços do mercado pouco influem e decidem (264).

263) Francisco Campos — ob. cit. — 2.^a Série — p. 188.

264) Não há quem faça, para a contagem da justa retribuição ou dos lucros, distinção entre empresas estrangeiras e nacionais. No entanto, é preciso levar a sério a situação que se estabelece. O valor da moeda brasileira é inferior quasi sempre ao valor da moeda dos capitais estrangeiros aqui invertidos. Não podemos equiparar, no sentido da justa retribuição, a empresa nacional, que em moeda brasileira aplica 10.000 contos, e a empresa estrangeira que em dólares aplica 10.000 contos. A disparidade é gritante. Há que haver, no caso, medida conciliatória de proteção dos capitais brasileiros.

Vemos aí o serviço de transportes e eletricidade, que foge às oscilações dos preços do mercado. Este apenas determina o preço no jogo comercial. Aquelas utilidades de ordem geral, como os serviços de eletricidade ou de transporte, possuem o preço padrão, e o lucro da execução do serviço está na sua distensão e aumento.

A expansão do consumo da energia elétrica não significa nem significará elevação de *preços de custo*. Como também, a oscilação cambial não poderá estabelecer a elevação no preço de custo desses serviços, que não perdem nunca o caráter de *contínuos e permanentes*.

No caso *Bluefield Water Works*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1932, ficou estabelecido:

“A remuneração deveria ser razoavelmente suficiente, que a solidez financeira da companhia inspirasse confiança e fosse capaz, sob direção eficiente e econômica, de manter o seu crédito, permitindo-lhe obter o capital necessário ao conveniente exercício dos seus deveres públicos. Uma renda fraca, incerta ou irregular faz baixar o preço dos títulos e os capitais passam a exigir juros mais elevados” (265).

Seja qual for o método que adotemos, a verificação do capital se faz indispensável para a fixação das tarifas.

A determinação legal é posterior a essa verificação. Como no caso se acha principalmente em jogo o interesse público, não descuidando do interesse do concessionário que é o empreiteiro do serviço, concluiríamos pela vantagem da concessão indeterminada e pela verificação periódica das tarifas em razão do volume de capital empregado.

Teríamos, assim, o que podemos chamar, *serviço pelo custo*. As tarifas que não correspondem à justa retribuição do capital, para mais ou para menos, são prejudiciais ao serviço, e, portanto, ao interesse público.

Há compensação de parte a parte. A indeterminação contratual é método conciliatório por excelência (266).

265) Apud Francisco Campos — ob. cit. — p. 191.

266) Vejamos Anhaia Mello: — 1) a concessão indeterminada reconhece o caráter de permanência dos serviços de utilidade pública e o seu caráter monopolístico, proibindo a competição, a não ser que a conveniência e a necessidade públicas exijam o contrário; 2) o direito de prestar serviços é indeterminado, sujeito porém à possibilidade de municipalização a qualquer tempo, sendo a compra efetuada por preço justo” (ob. cit. — p. 87).

26. Temos, portanto, como firmado e discutido:

- a) a importância da verificação ou avaliação do capital para fixação das tarifas convenientes;
- b) o estabelecimento do preço justo, em razão da verificação ou avaliação do capital e em relação do serviço prestado;
- c) a necessidade da indeterminação do tempo contratual para se poder considerar a permanência da necessidade ou utilidade do serviço, do seu valor e da retribuição deste;
- d) o serviço pelo custo é resultante da avaliação do capital, do preço justo e da fiscalização permanente, por parte do Estado ou órgãos do poder público.

A *National Association of Railways and Utilities Commissioners*, nos Estados Unidos, aprovou em 1922, na sua convenção anual, entre outras coisas, a importância da concessão indeterminada:

“Now therefore, Resolved: That is the sense of the National Association of Railways and Utilities Commissioners, that the principle of the INDETERMINATE PERMIT is economic and sound and should be adopted in the legislation of the various states relatig to public utilities ...” (267).

O que se permite tendo em vista as finalidades de serviço público e a natureza jurídica do contrato de concessão. Há que satisfazer uma necessidade coletiva de duração incerta. Assegurado pelos poderes públicos (268) e juridicamente mantidos, *própria ou impropria-*

267) “Resolvemos que, é opinião da Associação Nacional de Comissários de Estradas de Ferro e Serviços de Utilidade Pública, que o princípio da **Concessão Indeterminada** é econômico e são, e deve ser adotado pela legislação dos vários Estados, referente a serviços de utilidade pública” (Anhaia Mello — ob. cit. — p. 89).

268) “O serviço público, com efeito, deve ser assegurado pelo poder de polícia. Em nossa opinião é indispensavel o fator **poder público**” (Rafael Bielsa — CIÊNCIA DE LA ADMINISTRACION — cit. — p. 69). Também Hauriou — PRÉCIS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF — Paris, 1925 — Recueil Sirey — ps. 8-10. Também Bonnard — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — Recueil Sirey — Paris, 1935 — ps. 577 e seg..

mente são serviços que correspondem aos objetivos da administração do Estado (269).

De mais a mais, levamos em consideração a verdade de nossas imprevisões. A imprevisão é realmente condição jurídica em caso de força maior (270). Não se pode dizer até quando permanecerá a necessidade de um serviço público. A administração não deve livremente decidir para o futuro. Os problemas políticos de administração e governo são sempre atuais.

As *utilidades* dependem quasi exclusivamente da procura do serviço. Serviço que não é procurado é serviço desaparecido. Quando cessa o interesse público não há mais razão prática para a manutenção do serviço. As *utilidades* dependem em grande parte da necessidade do mercado. O consumo do serviço produzido é simples questão de oferta e procura (271). Mesmo para aqueles serviços prestados em forma exclusiva de monopólio.

27. O elemento jurídico do serviço público, vamos encontrar no Estado. A personalidade jurídica das entidades provem do ato administrativo de concessão, ou delegação (272). No fundo de toda idéia de *governo* defrontamos com a de *poder público*. Para Bielsa, a idéia de *serviço público* é inseparável do conceito de Estado (273).

269) A classificação de Bielsa não deixa de ser curiosa: há que distinguir os serviços públicos **próprios** e os **impróprios**. **Próprios** são os prestados pela administração, direta ou indiretamente; **impróprios** são os prestados por particulares, independente de concessão e por mera autorização (ob. cit. — ps. 69-70).

270) Roger Bonnard — ob. cit. — p. 567.

271) “A utilidade de uma massa econômica, constitue a **força da sua oferta**, isto é, a intensidade da força com que atrai as procuras” (Felipe dos Santos Reis — MECÂNICA ECONÔMICA AO ALCANCE DE TODOS — Rio, Set. de 1939 — p. 44). Interessante esse estudo do prof. Felipe dos Santos Reis. Só lamentamos não focalizar os fenômenos econômicos do nosso mundo com maior amplitude científica de pensamento.

272) Bielsa é da mesma opinião: o elemento jurídico sempre existe no limite do serviço e se expressa no poder público (ob. cit. — p. 75). Também pensam de forma igual; Masagão, Bullrich, Th. Cavalcanti, Vasconcellos. A idéia de administração traz consigo a idéia de poder público. O ato do Estado é que personaliza juridicamente as entidades de serviço.

273) Ob. cit. — p. 76.

Bem que não haja sintomas de proteção direta, os tratadistas modernos não esquecem que o problema é econômico-político, econômico-social e ainda jurídico (274). Mesmo que a socialização não seja o método eficiente, o controle e a regulamentação sustem vivo o espírito de intervenção do Estado (275). A nosso juízo é indispensável o fator *poder público*. O serviço público deve ser assegurado pelo *poder de polícia* (276).

Logo, afastar o serviço do Estado é despessoalizar juridicamente o mesmo serviço. Em todos os casos, o Estado realiza alta função de polícia (277).

Estamos com Bielsa: o mais importante no fenômeno das concessões é a determinação do caráter jurídico (278).

Teorias como a *indeterminate permits* de Oscar Pond (279), é sabido, rompem com toda a tradição milenar do direito.

O consenso contratual sofre restrições que a própria realidade impõe. Permanece a inalterabilidade das cláusulas, reservando-se o

-
- 274) Os trabalhos de Fleiner, Bielsa, Zanobini, De Valles, Wilhoughby, etc.
- 275) Aconselhamos: W. Wilhoughby e L. Rogers — AN INTRODUCTION TO THE PROBLEM OF GOVERNMENT — N. Y., 1924; o trabalho de Bielsa publicado na *Rev. de Derecho Publico* — LA CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS PUBLICOS Y EL SENTIDO POLITICO-SOCIAL DEL INTERÉS PUBLICO — Madrid, 1933 — V. II — p. 33 e seg..
- 276) Bielsa — ob. cit. — p. 69. Também Hauriou — *PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT PUBLIC* — 12.^a Ed. — Recueil Sirey — Paris, 1933; Bonnard — *PRECIS* — cit. — 1.^a parte. Sobre a Rússia, vê: Hwang Yen *LE RÉGIME DES CONCESSIONS EN RUSSIE SOVIÉTIQUE* — trad. franc. — 1929 — cap. III. Também Jêze, Tito Prates, Bullrich, Rolland, Aarão Reis assim haviam pensado. Odilon Andrade e Hermes Lima ainda são demasiado liberais. Os norte-americanos Freund, Oscar Pond, Wilhoughby, Bighan, Rogers. Também a valiosíssima opinião de Fritz Fleiner. As indecisões nas obras de Alcides Cruz e Viveiros de Castro prendem-se mais ao tempo. Duguit foi o grande libertador dos velhos preconceitos jurídicos.
- 277) Ver nota à margem da p. 68 (Bielsa — ob. cit.).
- 278) Ob. cit. — p. 81.
- 279) Ob. cit. — § 121.

direito, ao Estado, de impor as providências indispensáveis à boa gerência e execução do serviço.

De maneira geral consideramos a concessão como atribuição do poder jurídico sobre parte da administração pública (280). São pedaços de soberania que o Estado distribue entre os particulares. O poder público não desaparece quando concede ou delega funções. Por esse motivo são variáveis e mutáveis os aspectos de relação do Estado e particulares. Engana-se quem acreditar que a concessão é tão somente resultante de regime especial de contrato.

Quando a administração procura minorar o custo das tarifas, e entra em conversações com as empresas de serviço, sabe que o faz levada por imperativos de ordem pública.

A resistência do concessionário, como é da opinião de Rafael Bielsa, pode não ser de má fé (281). Daí convir que a concessão seja regulamentada com precisão matemática, satisfazendo os interesses do concedente e concessionário, do Estado e das empresas de utilidade.

Como a administração pesará as conveniências e inconveniências da manutenção de certo serviço?

Como poderá avaliar a situação financeira das empresas?

Ou então: como será possível à administração, da avaliação do capital invertido, determinar o *por cento* da justa e razoável retribuição?

Respondemos: pela regulamentação dos negócios da empresa das suas atividades, dentro de normais medidas de caráter jurídico.

A avaliação do capital, a procura obrigatória do serviço e tarifas à altura das necessidades do contribuinte, dar-nos-ão a situação dos serviços concedidos.

Mas essa regulamentação não força a fiscalização da parte do Estado? Como então possuirá o poder público os elementos de fiscalização efetiva e permanente?

Este é o motivo por que sugerimos a criação de regime contábil apropriado, a padronização das contas financeiras das empresas de utilidade.

280) É c que bem escreva Bielsa — ob. cit. — p. 81. O ilustre professor argentino como sabemos atreve-se a defender a incapacidade administrativa do Estado. Não se trata de tal coisa. Buscando a colaboração privada, o Estado apenas interessa o indivíduo, no destino das coisas públicas. De mais a mais, o aumento crescente das funções públicas mostra a luta do Estado para manter-se à altura do progresso social e político.

281) Ob. cit. — p. 90.

A contabilidade dessas entidades concessionárias apresenta algumas características especiais. A principal, é a diferença de métodos usados. A secundária, é que se organiza como se fôra de pessoa jurídica de direito privado.

No entretanto, sabemos: os seus atos são privados, mas a finalidade destes são públicas, em relação do serviço público que se presta e executa.

Não queremos dizer que se exija sistema contabil especialíssimo. O importante é que o Estado possa fiscalizar e ter em mão elementos com que avaliar os justos lucros advindos da aplicação do capital, que constitue o patrimônio financeiro das empresas de utilidade pública.

28. Só dessa forma se efetivará a tutela jurídica. O segredo nos fatos contabeis não é coisa que se consagre. Não nos atraem as imensas discussões teóricas. Opinamos pelos princípios de contabilidade pública menos afeitos a violações. Cumpre, porem, evidenciar antes até onde vai a necessidade da contabilidade pública.

As empresas de utilidade, como pessoas jurídicas de direito público, não podem obedecer apenas às normas de contabilidade privada. O Código da União aí está para mostrar a segura orientação jurídica. Sujeitando as empresas concessionárias à legislação contabil pública, adiantamos um passo no sentido da padronização total.

A vantagem está em vermos abertas para a crítica e fiscalização, as contas e os lucros das empresas industriais privadas. O sistema de liberdade contabil isola o Estado do conhecimento e da fiscalização ativa do negócio. Discriminar os livros indispensaveis de registro, ou as normas para a escrituração, não basta. O controle financeiro que o Estado exerce obriga franco contacto com as entidades de serviço público.

Medindo a receita e fiscalizando a determinação da despesa orçada, ele concorre indiretamente para a manutenção das tarifas baixas e para o acerto da justa retribuição do capital invertido. O uso e a aplicação das rendas e do seu patrimônio interessa ao Estado e ao público que contribue e necessita do serviço. Tratando-se, pois, de economia pública, à administração cumpre exigir e verificar a prestação obrigatória das contas.

Como, porem, se positivar essa prestação de contas?

As rendas, as despesas, as operações, a escrituração e o registro de tudo isso, deve ou não ser do conhecimento do Estado?

Optamos, novamente, pela afirmativa. O balanço periódico colocará os poderes públicos ao par do movimento financeiro das entidades de serviço delegado.

Dirá o leitor menos avisado que estamos propondo a submissão ao Estado das empresas de utilidade pública. Não se trata bem disso. Queremos, apenas, tornar possível, não a ingerência, mas o controle financeiro e a fiscalização efetiva dos negócios.

O público, ou melhor, o povo, que usa do serviço, é quem menos sabe das condições e possibilidades do mesmo. Assim, também, o Estado. Essa subordinação será viável na apresentação periódica, vamos dizer mensal, do balanço do movimento total das empresas de utilidade pública.

O que as nossas leis precisam estabelecer é a obrigação da prestação de contas quanto às operações, e dentro das bases estabelecidas no exercício financeiro.

Assim, concluímos pela necessidade:

- 1) de regime orçamentário próprio, autônomo, independente;
- 2) de execução de novas operações financeiras para a expansão e melhoramento do serviço, ou quaisquer outras atividades de administração;;
- 3) de regime contábil padrão, que o Estado determinará, e por onde se efetive a fiscalização dos poderes públicos sobre os serviços concedidos;
- 4) de prestação de contas, mensalmente, em pequenos quadros demonstrativos da situação do serviço no mês findo, arrecadação, despesa, etc..

O que pedimos, portanto, é a prestação de contas pelo serviço concedido, delegado, que é público e da administração pública (282). (282). Quando alguém encarrega outro da realização de um serviço, a prestação de contas é a prova cabal das possibilidades ou não, da execução.

29. Numa tentativa hercúlea de nivelar e restabelecer o equilíbrio social, evitar a luta e o choque de classes, com interesse de proteger e amparar, e dentro da finalidade tutelar de inconfundível importância, o Estado criou novos serviços, invadiu a esfera de iniciativa privada e ampliou extraordinariamente os seus quadros administrativos (283).

282) Quanto à natureza do serviço não há divergência entre os autores. Jêze e Bonnard fazem escola na França. Velasco Calvo e Recaredo de Velasco, na Espanha. Marcelo Caetano, em Portugal. John Bauer, Nasch e Cooley, nos Estados Unidos. Bielsa e Bullrich, na Argentina. Borsi e Ranelletti, na Itália. Th. Cavalcanti e Tito Prates da Fonseca, no Brasil.

Cada novo serviço criado corresponde a uma realidade imperativa. Criar o serviço e largá-lo em mão das empresas industriais, é querer desconhecer a razão de vida do Estado. A medida adotada por alguns tratadistas aconselha mais estreita conciliação entre o *capitalismo* (interesse privado) e o *estatismo* (interesse público). Não se trata bem de conciliação, como pretende o ilustre Bielsa, mas de intensa colaboração em vista dos interesses que se confundem (284).

Se positivamente pudéssemos determinar a fixação das tarifas e limitar o grau da necessidade do serviço, nada mais fácil que alheiar o Estado do movimento das empresas concessionárias (285). Na situação em que nos encontramos, a medida seria certamente taxada de absurda. A vigilância direta e constante e a correlativa retificação ou revogação dos atos irregulares é próprio da ordem hierárquica centralizada (286). Não só dos atos irregulares mas dos que não se coadunam com os objetivos do serviço público que o Estado concedeu, ou delegou.

Se o Estado legisla sobre estradas de ferro, navegação fluvial, comunicações em geral, por que não regulamentar, de uma vez para sempre, o funcionamento jurídico desses serviços públicos ?

Quando o Estado neles intervem já não se trata de simples intervenção jurídica. São questões de ordem econômico-social que obrigam a atenção do governo voltar-se para os grandes negócios que afetam interesses coletivos.

O importante é e será a realização do serviço público. Por esse motivo é que o Estado delega poderes e faculta funções. Por esse mesmo motivo deve controlar o exercício legal dos atos nascidos dessa outorga de poderes e funções (287).

30. A prestação de contas mensal seria solução razoável para poder o Estado avaliar e medir as possibilidades do serviço e da sua execução. Em boletins as empresas enviariam aos departamentos competentes de governo as informações uteis sobre a situação do ser-

283) Ver trab. já referido de Th. Cavalcanti — *Rev. Serviço Público* — Vol. II — n.º 1 — Abril de 1940. — p. 68.

284) Bielsa —ob. cit. — p. 101.

285) O problema, porém, não é esse, e sim o da fixação das tarifas, da sua revisão e redução. Eis porque, mais adiante, não esquecemos, a importância do fator **tempo**.

287) Ver nosso trabalho — *AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS* — cit. p. 165.

viço, o andamento da arrecadação, o aumento possível da receita, ou da despesas orçada.

EMPRESA OU COMPANIA TAL...		
<i>Situação de Serviço, no último mês de de</i>		
REGISTROS	LANÇAMENTOS	OBSERVAÇÕES
Deficit na Arrecadação	em data de	
Arrecadação		
Excesso na Arrecadação		
Despesas		
Dívidas ativas		
Depósitos e cauções		
Dívidas passivas		
Movimento de fundos		
Valores incorporados		
Novos serviços		
Saldos variados		
Receita orçada		
Despeza orçada		
Receita a classificar		
Despeza a classificar		
Receita patrimonial		
etc., etc..		
EM DE DE 19		
_____ Chefe ou Responsavel.		

A administração pode não prever os riscos na execução do serviço. Como também pode não os prever o concessionário do serviço. O que se observa, imediatamente, é a necessidade ou utilidade do mesmo. A organização e a orientação vêm depois, quando já prestes a ser executado. Como também, depois, o Estado se transforma em força coordenadora dos serviços, quando controla ou quando fiscaliza (288).

288) Passamos da fase da previsão ao controle, sem esquecer a indispensabilidade de princípios que organizem, orientem, coordenem. Lembremos Henri Fayol: administrar é prever, organizar, comandar, coordenar e controlar.

O quadro que acima ousamos apresentar não é novidade para os entendidos. É de considerar que a importância e a responsabilidade das funções que se delegam, aproxima o Estado dos serviços, os quais se viu obrigado a permitir, que terceiros organizassem e executassem.

Aliás, a experiência vem demonstrando, no campo das atividades políticas, que os interesses particulares não limitam os interesses públicos. Quando ousamos apresentar o quadro acima, apenas não esquecemos o papel importantíssimo que desempenham os poderes públicos no exercício de funções especializadas de governo (289).

O que se conclue da rápida exposição crítica, é que o Estado deve, no exercício do seu *poder de policia*, inherente à soberania política, fixar tarifas, determinar *standards* de serviço e fiscalizar a estrutura financeira de todas as empresas de serviços de utilidade pública (290).

31. A vantagem do monopólio é manter a estabilidade financeira das empresas que a livre concorrência desvirtuaria em franca luta de competições. Há serviços cuja procura não oscila nas épocas de depressão econômica. São os essenciais e indispensáveis à vida moderna: iluminação, transportes, energia elétrica (291).

Ninguém foge à exigência e evidência dessas necessidades. Ninguém mais concebe viver sem o serviço de bondes, de onibus ou *metraux*, desde que existam. Quanto ao serviço de iluminação e energia elétrica, — esse acompanha o desenvolvimento industrial da nossa civilização. Citamos apenas esses para não falar na telefonia e radiotelegrafia (292). Ninguém mais nega que sejam serviços condicionadores do intercâmbio comercial interno e externo.

Como serviços imediatamente úteis ao indivíduo e à coletividade, gosam de invulgar estabilidade financeira, pouco sujeitos que estão aos balanços das crises econômicas.

289) “Uma concessão, seja qual for, não é *self executing*, isto é, não cuida de si, mormente no que diz respeito aos interesses do público” Anhaia Mello — ob. cit. — p. 93).

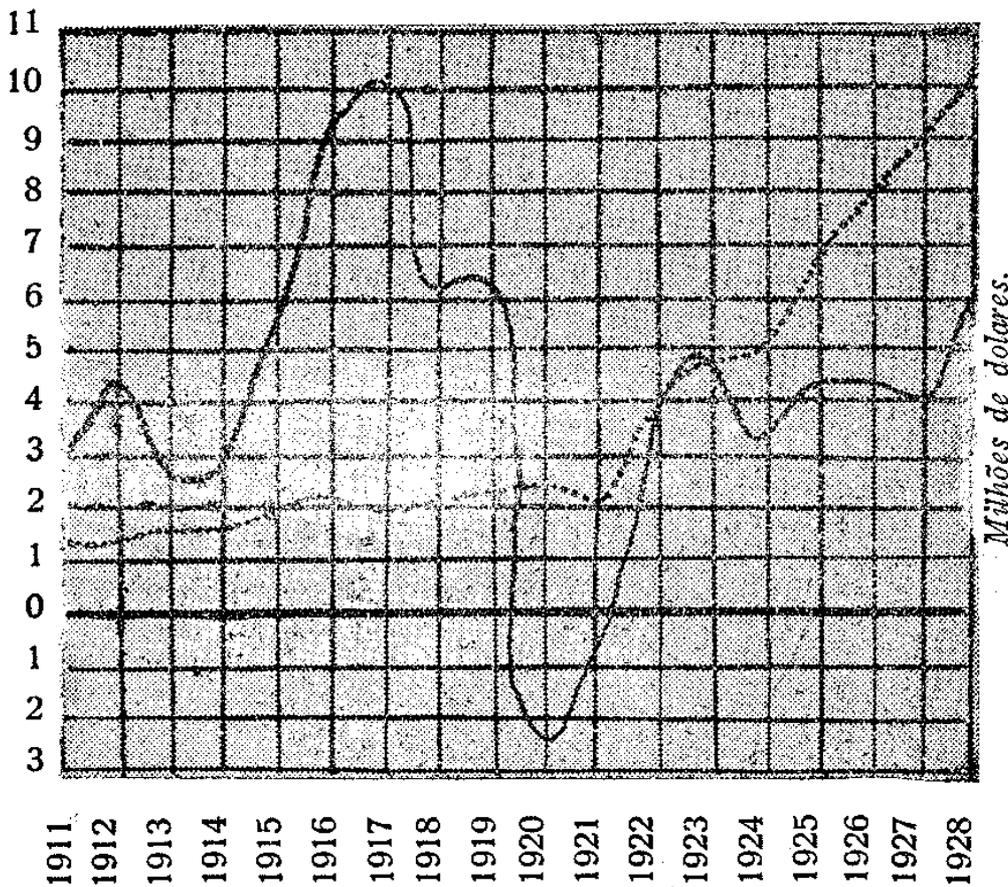
290) A mesma opinião possui Anhaia Mello — ob. cit. — prólogo.

291) Veja-se a importância que dão a esses serviços os autores argentinos Bullrich e Bielsa — obs. cit.

292) Leia-se na parte final do livro de Bielsa o que se refere aos serviços de radiotelegrafia e telefonia (ob. cit. — ps. 568 e seg.). São serviços mais especializados e de caráter internacional, que discutidos

Aumento de população obriga aumento do serviço. Voltando ao exemplo dos Estados Unidos, é fácil verificar que, num período de 20 anos, crescendo a população daquele país em 40%, aumentou o serviço de bondes em 17%, o de gás em 200% e o de luz e força elétrica em 2.000% (293).

O gráfico, organizado em 1924, pelo *Federal Reserve Bank*, bem demonstra o grau de estabilidade das empresas de serviços de utilidade pública (294).



(Gráfico de variação dos saldos anuais: 7 empresas industriais características e 7 empresas de serviços de utilidade pública).

em conferência (Berlim, 1903) não alcançaram o ponto ideal de objetivação jurídica. Ferri, no jornal "La Prensa" de Buenos Aires, em 19 de dezembro de 1928, estudou o primeiro dos fenômenos em artigo que denominou DIREITO RADIOELÉTRICO.

293) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 42.

294) Anhaia Mello — ob. cit. — p. 43.

Os exemplos adicionados apresentam-se em alto relevo. Não há motivo para dúvidas facéis ou discussões estereis. Os problemas oriundos do conflito entre Estado, empresas e indivíduos, são muito mais consideráveis e sérios que a racionalização dos métodos de fiscalização ou controle (295). Sirva-nos o exemplo eloquente das idéias aceitas e consagradas pela realidade.

Finalmente, o balanço patrimonial, que será produto da avaliação do capital realizado para a execução total do serviço concedido, será o relatório sucinto do ativo e do passivo permanentes (296).

Os *superavits* devidamente verificados serão levados a conta de capital do serviço, quando aplicados em expansão e melhoramentos.

Os *deficits* aparecidos ficarão condicionados aos avanços e lucros anteriores, que em excesso ultrapassaram a justa retribuição do capital invertido.

As mutações patrimoniais que se efetivarem, alienação de valores, moveis ou imoveis, ou então construção ou aquisição de moveis ou imoveis, serão também levados a conta de capital para a fixação dos juros correspondentes ao movimento do serviço, que não foge ao valor do capital empregado, e que se avalia para efeito de orientação e controle (297).

295) A pendência havida entre a Prefeitura Municipal de Curitiba e a Cia. Telefônica Paranaense, chegou a tal situação que se fez urgente a intervenção pacificadora do governo estadual. A Cia. Telefônica, conforme constatamos, para o governo Municipal de Curitiba, incidiu em erros que ultrapassaram o valor de milhares de contos em multas consecutivas e aplicadas no ressarcimento de um dano quasi ideal.

296) Ativo permanente: 1 — bens moveis; 2 — bens imoveis; 3 — bens de natureza industrial; 4 — diversos. Passivo permanente: 1 — dívida não consolidada; 2 — dívida consolidada; 3 — diversos.

297) Já estava este ensaio terminado, quando tivemos notícia do aparecimento, em 2.^a edição, do trabalho do prof. Soares de Faria, diretor da Fac. de Direito de S. Paulo (*Os Serviços de Utilidade Pública e seu regimen de Tarifas* — Rio, 1940), sobre assunto e tema que se identifica com o nosso. Lamentamos, não trazer a contribuição do ilustre mestre para a discussão jurídica que empreendemos. No entretanto, aqui fica a ressalva e a lembrança. Os que vierem após, terão mais uma fonte util de consulta honesta.

32. O princípio geral da Constituição Federal determina:

Artigo 135. — Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar e resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representada pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

As vantagens advindas da administração particular são, ao que parece, indiscutíveis do ponto de vista jurídico. Derivam diretamente a colaboração estreita do governo com a iniciativa particular para a sua execução (299).

Não há mais que duvidar: tratando-se positivamente de serviços, por sua natureza e fins, de caráter essencialmente público, é indispensável a colaboração esertita do governo com a iniciativa particular para a sua execução (299).

O primeiro passo já foi dado na ordem constitucional. A regulamentação do artigo 147 da Constituição irá apenas ao encontro do que obriga textualmente o artigo 135. Trata-se de atrair capitais pelo interesse individual nas rendas e nos lucros. E de aceitar

298) E' de ver a opinião de Joaquim Murinho, quando Ministro da Viação, e aceita por Alcides Lins, em trabalho que vem publicando em "O Jornal" do Rio, sobre o tema do nosso estudo: "todas as vantagens que se apresentam na administração particular derivam-se diretamente do interesse individual, que se traduz pelas rendas dos capitais empregados. E' este grande estímulo que torna essa administração muito superior à administração oficial" (ver "O Jornal", Rio, 22-9-40). Possivelmente, hoje, Joaquim Murinho mudasse a opinião quanto à última parte do pensamento que aqui, devidamente, transcrevemos.

299) Escreveu Alcides Lins, Presidente da Associação das Companias de Estradas de Ferro do Brasil: "Emprezas dessa natureza não poderão ficar entregues ao *laissez faire* do mais ferrenho individualismo" (loc. cit. — Rio, 22-9-40).

a realidade da intervenção do Estado, *revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.*

A lei brasileira conhece da necessidade ou do direito de intervenção direta ou indireta. As garantias que a administração oferece visam o funcionamento regular e contínuo do serviço público. O Estado não se deve abster dos seus poderes fiscais com que é possível obrigar concessionários e empresas concessionárias ao cumprimento integral das obrigações legais e contratuais (300).

O poder de soberania pertence ao Estado. Realiza ele o governo, segundo os preceitos e normas aceitas e consagradas pela realidade política dos fenômenos jurídicos.

§ 12.º — CONCLUSÕES.

Verificamos, nos parágrafos anteriores, a insuficiência do que possuímos como decidido em matéria de serviços de utilidade pública.

Demonstramos, também, que os serviços de utilidade pública, estejam sob a imediata direção do Estado, ou a cargo e direção de empresa concessionária e privada, são sempre melhor orientados dentro de regime próprio de controle e regulamentação.

Demonstramos, mais, que, entre nós, são incontáveis, mesmo dentro da nossa atual legislação, os serviços que pode ou deve o Estado conceder a entidades privadas, indivíduos ou sociedades, para execução ou exploração.

Elogiamos a criação de comissões de fiscalização e controle, pelo motivo seguinte: a permissão do Estado, quando concede, ou quando simplesmente autoriza, não exclue a administração da tutela dos negócios de interesse público. O exemplo dos Estados Unidos serve para o Brasil. Quando o indivíduo destina sua propriedade a uso, no qual o público tem interesse, associa o público a esse uso.

Portanto:

1.ª Impossível negar a unidade dos negócios do Estado, que é pressuposto da realidade político-jurídica. Fórmulas políticas não

300) Alcides Lins, diria da seguinte forma: "sendo uma obra de utilidade pública, gosando do monopólio ou, em geral, de certos privilégios ou outros direitos decorrentes da concessão, e sendo explorada em virtude de delegação do poder público, da qual deriva o direito de arrecadar taxas, deverá o governo ficar munido de poderes fiscais suficientes afim de obrigar o concessionário a cumprir suas obrigações legais e contratuais na manutenção do serviço permanente, regular e seguro" (loc. cit.). Também assim pensam os norte-americanos: com Prendergast, Oscar Pond e Ernest Freund.

explicam, muitas vezes, situações jurídicas; a descentralização não exclue o controle dos órgãos administrativos, como também a unidade dos negócios do Estado não decorre do conceito linear de centralização;

2.^a A concessão não particulariza o interesse que é público. O aspecto político do problema da concessão é bem mais importante que o aspecto jurídico de que se reveste o ato do Estado; os nossos baixos índices de consumo fazem crer que a produção industrial do Brasil apenas se inicia auspiciosamente. Devemos, no entretanto, adotar processos que facilitem o surgimento de uma política econômica adequada ao tempo e aos grandes interesses do Estado;

3.^a O primeiro passo será para a regulamentação dos serviços que o Estado concede, e normalização do nível das tarifas em relação ao vulto do capital aplicado.

4.^a Estabelecendo bases seguras, para a aceitação, por parte das entidades de serviço público, de regime contábil especial, parece-nos, haver possibilidades de fiscalização pelos poderes públicos, ou do Estado, sobre os serviços concedidos;

5.^a A prestação de contas será fato normal, e permitirá ao Estado bem avaliar as probabilidades do serviço e da sua execução; fixando tarifas e fiscalizando diretamente a estrutura financeira das empresas de utilidade pública, temos em mão a chave para a solução do livre controle, por intermédio do Estado, dos serviços que ele mesmo concedeu e delegou.

CONCLUSÕES FINAIS

Quem tenha acompanhado o desenvolvimento lógico da nossa tese, notou por certo, as diversas tendências das idéias e teorias que se identificam na determinação do objetivo comum.

Aliás, o direito Administrativo de hoje não é o de há vinte anos passados. Modificou-se a técnica jurídica da administração, precisamente no instante em que o Estado encorajou-se para abordar problemas complexos e de alta política econômica.

Não pertencemos ao grupo dos que lamentam a inferioridade do direito Administrativo, em comparação com outros ramos do direito mais consolidados pelo esforço metódico da jurisprudência, e histórico da doutrina.

A substância científica e doutrinária, que define e limita o direito Administrativo, não nos iludimos jamais, é movel e sujeita a modificações e transformações no sentido de *tempo* e *espaço*. Os seus princípios, mesmo aqueles tomados de empréstimo ao direito privado no aplicável a Coisas e Obrigações, não trazem o aspecto distinto da rigidez característica das normas de direito Civil.

O direito Administrativo é, por assim dizer, a própria teoria do Estado que o direito Constitucional consagra. Como tal, não se pode enquadrar em normas que prelimitem a ação executiva dos poderes públicos. Em nossa época conhecemos o direito Administrativo como disciplina reguladora da atividade do Estado e dos seus órgãos e sub-órgãos de direção e governo.

Ora, é evidente, o direito privado não possui elementos para a solução dos problemas que afetam as instituições e o patrimônio público. O direito privado é incapaz de perceber o sentido do *interesse público*. No entretanto, essas duas pequenas palavras salientam a importância social do direito Administrativo, modificando ou extinguindo situações jurídicas, motivando novas relações de ordem política e tornando o Estado, sociologicamente, em formação secundária.

ria de inconfundível valor, tanto na ordem social como na ordem político-jurídica.

Em nome do *interesse público* é que se apresenta o Estado diante do indivíduo. Em nome deste é que o Estado cria *direitos* e extingue *direitos*. Os problemas surgidos devem resolver-se compatíveis com o prestígio da autoridade do Estado. Os poderes públicos ficam sendo o núcleo de confluência dos direitos que são individuais e coletivos.

Em nossa tese, não fizemos estudo completo das atividades do Estado e suas funções. Apenas, num crescendo doutrinário, evidenciamos com rigor o conceito do *interesse público*, como base para as conclusões que aqui apresentamos.

Os melhores autores conosco colaboraram. Trouxeram a palavra de experiência e de ciência. A pressuposição de que o estudo do direito Administrativo depende do conhecimento da estrutura geral do Estado e da sua organização constitucional, consoante as tendências e as imposições do tempo, obriga-nos às seguintes conclusões, que a prática da observação dos fenômenos jurídicos e a vida diária não desmentem:

- 1) O interesse público é o ponto de intersecção entre os direitos do indivíduo e as atividades normais do Estado. O bem-estar social, que o filosofismo jurídico moderno consagrou como marco de partida para o equilíbrio político, efetiva-se pelo maior número de serviços públicos prestados pelo Estado e na base do grau de necessidade ou utilidade. Portanto, parece-nos, é o Estado quem determina a espécie do serviço e a situação jurídica que lhe é correlata. O serviço civil é apenas meio para a execução dos serviços que só devem ser explorados pela administração pública. Há, porém, os serviços delegados ou concedidos, e que escapam à administração dos órgãos do Estado.
- 2) Tanto os serviços a cargo do Estado como os serviços sujeitos à direção das empresas privadas, são melhor conduzidos quando tutelados pelo poder público e sob regime legal e regulamentar. Já que, entre nós, o Departamento Administrativo do Serviço Público não atinge o controle dos serviços que fogem aos processos da técnica burocrática, é útil que se cuide da criação de comissões, que debaixo de única e mesma orientação jurídica, fiscalizem a execução dos serviços concedi-

dos, bem como o grau de utilidade dos mesmos. Aumentando a esfera do direito, amplia-se consideravelmente a competência administrativa do Estado. Direito, economia e política, confundem-se. O poder público excede a capacidade de limitação do direito Civil.

- 3) A unidade dos negócios do Estado não permite absoluta e plena autonomia. A descentralização não é característica da federalização, como pensaram os juristas republicanos de 1891. Como a unidade dos negócios do Estado não decorre do conceito linear de centralização, a descentralização também não exclue o controle legal e a fiscalização permanente. A concessão, em absoluto, não particulariza o interesse, que é público. Devemos, portanto, adotar processos que acompanhem a evolução industrial e econômica do Brasil.
- 4) O nosso primeiro passo dirige-se para a regulamentação. Regulamentação total e eficiente dos serviços que o Estado delega e concede. Regulamentação com a criação de comissões, no Distrito Federal e mais governos. A comissão federal poderá ficar subordinada à orientação e direção do Departamento Administrativo do Serviço Público. As comissões estaduais, recebendo sugestões da comissão federal, funcionarão na sede dos respectivos governos e sob direção dos mesmos. É preciso que se diga de passagem que algumas comissões já existentes, em S. Paulo, por exemplo, são completamente ineficientes com relação aos interesses do Estado e da administração pública. Trata-se de regulamentação sob bases legais, dos ramos mais importantes da vida econômica.
- 5) A correspondência de interesses deverá aproximar as empresas de utilidade, do Estado. A prestação de contas pelo serviço que se executa já é fato normal na vida civil. Na esfera de atividade pública deve ser dever e imposição legal. Prestação de contas pelo serviço que o Estado, não podendo realizar juridicamente, delegou e concedeu a terceiros. Estabelecida a base para a regulamentação, nada mais fácil ao Estado que julgar das possibilidades e probabilidades do serviço,

medir o grau do interesse público, os índices de consumo pela procura do serviço.

- 6) A prestação de contas será, portanto, fato normal como o é na vida civil. A prestação de contas será conquistada da regulamentação. Estabelecendo regime contábil apropriado, fixando tarifas, estabelecendo o justo preço para a retribuição normal do capital aplicado no serviço, as comissões, indiretamente, e na base do interesse público, subordinam ao Estado a exploração normal e a execução legal dos serviços delegados e concedidos.
- 7) Propomos, na medida do possível, a revisão de todos os contratos já existentes. Não para discutir a validade de direitos já concedidos. Mas para a verificação da execução e realização do serviço. Quanto aos novos serviços, que naturalmente serão concedidos e delegados, é mister avaliar e verificar o capital que será invertido, o *por cento* do lucro em relação ao justo preço, e em relação ao justo preço fixar as tarifas que periodicamente deverão ser revistas.
- 8) Como norma geral, para a fácil verificação do que acima ficou exposto, é de conveniência que as empresas de serviço público, como sugerimos, ou por outra qualquer maneira mais ou menos acertada, mensalmente apresentem às comissões o balanço geral do serviço com as modificações a mais ou a menos que se verificaram no mês anterior, para que, por ocasião da revisão das tarifas, possa o Estado, através as comissões, determinar o justo preço e o *por cento* da justa remuneração pelo capital aplicado na execução e realização do serviço. Os serviços municipais concedidos, salvo no Distrito Federal, ficarão afetos às comissões estaduais. Os serviços municipais concedidos no Distrito ficarão afetos à comissão federal. No interesse de bem pensar e medir direitos que se chocam, das comissões estaduais poderá haver grau de recurso para a comissão federal, ou para o judiciário, no caso de violação de direitos patrimoniais.

Trata-se, como vemos, de negócio puramente comercial, onde as partes são o Estado e o indivíduo, sob que forma se apresentem. O Estado orienta-se pelo interesse público. O indivíduo, pela aferição dos possíveis lucros. Ao Estado cabe não permitir a exploração livre e absurda desse interesse, que é público. Ao indivíduo cabe o direito certo e incontestável de adquirir justa retribuição pelos valores que aplicou na execução e realização do serviço.

Regulamentando-se a justa retribuição pelo capital invertido, o justo preço do serviço com a fixação das tarifas que serão periodicamente revistas, defendemos o público no seu interesse e não permitimos que o indivíduo seja escorchado pelo Estado, quando justamente presta serviço público.

Não repetimos, nas conclusões acima, os argumentos com que fundamentamos o nosso ponto de vista. Apenas evidenciamos quatro medidas indispensáveis, para que o Estado não afaste e desconheça a realidade dos serviços que ele mesmo concedeu e delegou:

- a) a indispensabilidade de regime orçamentário próprio e autônomo, que não fuja da execução de novas operações financeiras e que contribuam para a expansão e o melhoramento do serviço;
- b) a indispensabilidade de regime contábil padrão que o Estado regulamentará e por onde se há de tornar possível a fiscalização efetiva e permanente dos serviços concedidos;
- c) a indispensabilidade da manutenção do serviço no regime de utilidade pública, mediante tarifas justas e adequadas, aprovadas pela administração que tudo fará no sentido de estabelecer completa inter-comunhão dos interesses que juridicamente coincidem;
- d) a indispensabilidade de prestação de contas mensal e revisão periódica das tarifas, em relação à situação financeira do serviço, aos deficits ou excessos na arrecadação, às novas verbas ou novos valores incorporados;
- e) a indispensabilidade de não esquecer os objetivos de utilidade pública, o monopólio, os privilégios e direitos decorrentes da concessão, que facultam ao Estado os

poderes fiscais convenientes, afim de forçar o concessionário cumprir suas obrigações legais ou contratuais, de modo regular e permanente;

- f) a indispensabilidade da concessão indeterminada, a prazo não fixado contratualmente, para melhor dosagem das necessidades do serviço através do tempo.

B I B L I O G R A F I A

Não está, como queríamos, completa, a parte bibliográfica d'êste trabalho. Há autores que não pudemos compulsar. Há novidades que não pudemos discutir. Não culpamos ao nosso esforço. Acusamos o curto lapso de tempo em que nos limitamos. O genero do estudo permitiria maior amplitude nas discussões. Ficamos porem, naquilo que julgamos indispensavel. Citamos e lembramos as maiores autoridades. Com elas discutimos e com elas nem sempre concluimos.

Gaston Jèze — LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO — trad. Carlos Garcia Oviedo — Reus — Madrid, 1928.

Temístocles Brandão Cavalcanti — INSTITUIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — 2.^a Ed. — 2 vol. — Freitas Bastos — Rio, 1938.

Odilon C. Andrade — SERVIÇOS PÚBLICOS E DE UTILIDADE PÚBLICA — Liv. Academica — S. Paulo, 1937.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS — Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1939.

Errico Presutti — ISTITUZIONI DI DIRITTO AMNISTRATIVO ITALIANO — G. Principato — 2.^a Ed. — 1920 — Tõmo I.

Maria Masagão — NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — Liv. Academica — S. Paulo, 1933.

Rodolfo Bullrich — LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCESSION DE SERVICIOS PUBLICOS — Ed. Jesus Menendez — Buenos Aires, 1936.

Juan P. Ramos — LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS — Ed. Jesus Menendez — Buenos Aires, 1937.

Eurico Sodré — A DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA — Liv. Academica — S. Paulo, 1928.

Sabino Alvarez Gendin — EXPROPRIACION FORZOSA, SU CONCEPTO JURIDICO — Reus, — Madrid, 1928.

Étienne Carpentier — PETIT RÉPERTOIRE DE DESAPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE — Recueil Sirey — Paris, 1927.

Tito Prates da Fonseca — AUTARQUIAS ADMINISTRATIVAS — Liv. Academica — S. Paulo, 1935.

Erimá Carneiro — AUTARQUIA — Estudo de Direito e Finanças — Jornal do Comercio — Rio, 1937.

- Bernard Geny — LA COLLABORATION DES PARTICULIERS AVEC L'ADMINISTRATION — Recueil Sirey — Paris, 1930.
- Santi-Romano — CORSO DI DIRITTO AMINISTRATIVO — Principii Generali — 3.^a Ed. Cedam — 1937.
- Alvino Lima — DA CULPA AO RISCO — Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1938.
- Georges Ripert — O REGIME DEMOCRATICO E O DIREITO CIVIL MODERNO — Liv. Academica — S. Paulo, 1937.
- Roger Bonnard — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — Recueil Sirey — Paris, 1935.
- Maurice Hauriou — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT PUBLIC — 12.^a Ed. — Recueil Sirey — Paris, 1933.
- J. A. Ubierna y Eusa — APREMIOS ADMINISTRATIVOS — Manuales Reus — Vol. VII — Madrid, 1912.
- Leon Duguit — LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC — Armand Collin — Paris, 1915.
- Fritz Fleiner — DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — trad. de Ch. Elsemann — Biblot. Inst. Int. de Droit Public — Paris, 1933.
- Ludwig Spiegel — DERECHO ADMINISTRATIVO — Ed. Labor — Trad. de Francisco J. Conde — Barcelona, 1938.
- J. Guimarães Menegale — DIREITO ADMINISTRATIVO E CIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO — Metropole Editora — Rio, 1938.
- Rafael Bielsa — ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO — Libreria Nacional Editora — Buenos Aires, 1932.
- Gustav Radbruch — INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO — Ed. Labor — trad. de Recasens Siches — Barcelona, 1930.
- Pedro Calmon — CURSO DE DIREITO PÚBLICO — Freitas Bastos, — Rio, 1938.
- Recaredo Fernandez de Velasco — LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — Ed. Vitoriano Suarez — Madrid, 1927.
- Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — DO CONCEITO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO — Curitiba, 1937.
- J. A. Ubierna y Eusa — CONFLICTOS JURISDICIONALES — Reus — Madrid, 1911.
- Rafael Bielsa — RELACIONES DEL CODIGO CIVIL COM EL DERECHO ADMINISTRATIVO — Lajouane — Buenos Aires, 1923.
- Paul Alpert — L'ECONOMIE ORGANISÉE — Gallimard — Paris, 1933.
- Carl Stuermann — LA CRISE MONDIALE — Gallimard — Paris, 1932.
- Mihail Manoilescu — LE SIÈCLE DU CORPORATISME — Felix Alcan — Paris, 1936.
- Harold J. Laski — COMMUNISM — Will & Norgate — Londres, 1927.
- J. T. Delos — LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE ET LES PRINCIPES DU DROIT PUBLIC — A. Pendone — Paris, 1929.
- Georges Gurvitch — LE TEMPS PRÉSENT ET L'IDÉE DU DROIT SOCIAL — Vrin — Paris, 1932.
- Pedro Amado Inchausti — FUNDAMENTOS DEL SOCIALISMO — LAS TEORIAS MARXISTAS Y SUS RECTIFICACIONES NOVISSIMAS — Aguilar — Madrid, 1932.
- Rafael Bielsa — EL PROBLEMA DE LA DESCENTRALISACION ADMINISTRATIVA — Lajouane — Buenos Aires, 1935.

- Otto Mayer — DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND — vol. IV — ed. Francesa — Paris, 1905.
- Louis Trotabas — ELEMENTS DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF — deuxième édition — Lib. de Droit et Jurisprudence — Paris, 1938.
- Rafael Bielsa — EL RECURSO JERARQUICO — 2.^a Ed. — Universidad Nacional del Litoral — Rosario, 1939.
- Francisco Campos — PARECERES — 1.^a Série — Rio, 1934.
- Francisco Campos — PARECERES — 2.^a Série — Ed. José Olímpic — Rio, 1936.
- Tito Prates da Fonseca — DIREITO ADMINISTRATIVO — Freitas Bastos — Rio, 1939.
- W. F. Wilhoughby e L. Rogers — AN INTRODUCTION TO THE PROBLEM OF GOVERNMENT — New York, 1924.
- R. Demogue — DE LA RÉPARATION CIVILE DES DELITS — Paris, 1898.
- Leonard D. White — THE CIVIL SERVICE IN THE MODERN STATE — The University of Chicago — Chicago, 1930.
- Barassini — IL CONTRATTO DI LAVORO NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANA — 2.^a ed. — Milão, 1915.
- Abella — CONTRATOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES — 4.^a ed. — Madrid, 1913.
- E. V. Orlando — PRIMO TRATTATO COMPLETO DI DIRITTO AMNISTRATIVO ITALIANO — Con la collaborazione di altri giureconsulti Italiani.
- F. E. Bendicente — COMISIONES DE SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES — Rosario, 1936.
- Hwang Yen — LE RÉGIME DE CONCESSIONS EN RUSSIE SOVIETIQUE — trad. franc. — Paris, 1929.
- Soares de Faria — SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA E SUA BASE DE TARIFAS — Rio, 1940.
- Louis Rolland — PRÉCIS DE DROIT ADMINISTRATIF — 7.^a Ed. — Librairie Dalloz — Paris, 1938.
- Gaston Jèze — LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ADMINISTRATIF — Marcel Giard — 3.^a Ed. — 1925-1934 — 4 vol. — Paris.
- Rafael Bielsa — DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA ADMINISTRACION — 2.^a Ed. — 3 vol. — Lajouane — Buenos Aires, 1929.
- Paul Duez — LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE — Delagrave — Paris, 1927.
- Henry Rollin — LA RÉVOLUTION RUSSE, SES ORIGINES, SES RESULTATS, LES SOVIETS, LE PARTI BOLCHEVISTE — 2 vol. — Delagrave — Paris, 1931.
- Ludwig Schlesinger — EL ESTADO DE LOS SOVIETS — Ed. Labor — Barcelona, 1931.
- José de La Vega — DÉMOCRATIE ET SOVIETISME — Ed. Marcel Giard — Paris, 1931.
- Mirkine Guetzevitch — LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO — 2.^a Ed. — Ed. España — Madrid, 1940.
- Leon Duguit — DROIT CONSTITUTIONNEL — 2 vol. — Boccard — Paris, 1923 — 4.^a Ed.

- Rafael Bielsa — CIENCIA DE LA ADMINISTRACION — ed. da Universidad Nacional del Litoral — Rosario, 1937.
- José de Mattos de Vasconcellos — DIREITO ADMINISTRATIVO — 2 vol. — Imprensa Nacional — Rio, 1936-1937.
- Luis de Anhaia Mello — PROBLEMAS DE URBANISMO — O PROBLEMA ECONÓMICO DOS SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA — Pub. da Divisão de Urbanismo do Instituto de Engenharia — S. Paulo, 1930.
- Werner Sombart — L'APOGÉE DU CAPITALISME — Payot — Paris, 1932.
- Roger Francq — L'ECONOMIE RACIONELLE — Gallimard — nrf — Paris, 1937.
- André Fourgeaud — L'HOMME DEVANT LE CAPITALISME — Payot — Paris, 1935.
- Baron Mourre — LES FLUCTUATIONS DE L'ATIVITÉ ECONOMIQUE — Felix Alcan — Paris, 1936.
- Franklin Delano Roosevelt — LOOKING FORWARD — John Day Company — New York, 1933.
- Pierre Duroc — FACE AU CAPITALISME — Gallimard — Paris, 1936.
- Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — trad. de Sabino Alvarez Gendin — Ed. Labor — Barcelona, 1933.
- Harold J. Laski — DERECHO Y POLITICA — trad. esp. — Editorial Derecho Privado — Madrid, 1933.
- J. E. Gonzales Alberú — LAS NUEVAS ORIENTACIONES DEL DERECHO — Aguilar — Madrid, 1935.
- Edgard Matta — DEMOCRACIA INDUSTRIAL E CONTROLE OPE-
RARIO — Off. dos Dois Mundos — Baía, 1939.
- Rui Cirne Lima — PRINCIPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO — Parte Geral e Parte Especial — 2.^a Ed. — Liv. do Globo
— P. Alegre, 1939.
- Alberto Torres — ORGANIZAÇÃO NACIONAL — Imprensa Oficial —
Rio, 1914.
- Amaro Cavalcanti — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO —
Laemmert — Rio, 1905.
- Adolf Merkl — TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRA-
TIVO — trad. esp. — Ed. Rev. de Derecho Privado — Madrid, 1935.
- Antonio Royo Vilanova — ELEMENTOS DE DERECHO ADMINIS-
TRATIVO — 14 ed. — Castelano — Madrid, 1934.
- R. F. Velasco Calvo — RESUMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y DE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACION — Bosch — 2.^a Ed. —
Madrid, 1930-31.
- Georges Renard — LE DROIT, LA LOGIQUE ET LES BON SENS —
Sirey — Paris, 1925.
- Georges Renard — LE DROIT, L'ORDRE ET LA RAISON — Recueil
Sirey — Paris, 1927.
- Martin Glaeser — OUTLINES OF PUBLIC UTILITY ECONOMICS
— The Mac Millan Company — N. York, 1927.
- Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO — Curitiba, 1936.
- Savigny — SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE — trad.
de Scialoja — Vol. III — ed. de 1900.

- Yorodzu Oda — DROIT ADMINISTRATIF DU JAPON — Principes — trad. franceza — Paris, 1928.
- Ernest Freund — ADMINISTRATIVE POWERS OVER PERSONS AND PROPERTY — Chicago — The University of Chicago Press, 1928.
- Oscar Pond — A TREATISE ON THE LAW OF PUBLIC UTILITIES — Indianapolis, 1925.
- Gaston Jèze — LES CONTRATS ADMINISTRATIFS — vol. II — Marcel Giard — Paris, 1927.
- Judson — A TREATISE ON THE POWER OF TAXATION — St. Louis, 1917.
- M. Mouskheli — TEORIA JURIDICA DEL ESTADO FEDERAL — trad. de Armando Lazaro y Ros — Aguilar — Madrid, 1931.
- R. Piccirilli — EL PRIVILEGIO EN LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PUBLICOS — Aspecto juridico, social, economico y político de la cuestion en el derecho publico — pref. de Rafael Bielsa — Lajouane — Buenos Aires, 1936.
- J. C. Rodriguez Arias — EL PROBLEMA DEL PRECIO EN LOS SERVICIOS PUBLICOS — Rosario, 1939.
- E. C. Zárate — EL CONTROL DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PUBLICOS — pref. de Clodomiro Zavalia — Buenos Aires, 1937.
- Rafael Bielsa — CONSIDERACIONES SUMARIAS SOBRE LA CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS — a proposito de la quarta Conferencia Nacional de Abogados — Buenos Aires, 1937.
- Aarão Reis — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — Of. Graf. Vilas Boas — Rio, 1923.
- Augusto Olimpio Viveiros de Castro — TRATADO DE CIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO — Imprensa Nacional — Rio, 1906.
- Alcides Cruz — DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — 2.^a Ed. — Francisco Alves & Cia. — Rio, 1914.
- Oliveira Santos — DIREITO ADMINISTRATIVO E CIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO — ed. J. R. dos Santos — Rio, 1919.
- Hermes Lima — ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO — Liv. Academica — S. Paulo, 1927.
- Louis Trotabas — L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC — Lib. de Jurisp. — Paris, 1924.
- Roberto C. Simonsen — EVOLUÇÃO INDUSTRIAL DO BRASIL — Pub. da Federação de Industrias de S. Paulo — Setembro, de 1939.
- Afonso Arinos de Melo Franco — TERRA DO BRASIL — Cia. Editora Nacional — S. Paulo, 1939.
- J. F. Normano — EVOLUÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL — ed. brasileira — Ed. Nacional — S. Paulo, 1939.
- Roberto C. Simonsen — HISTORIA ECONOMICA DO BRASIL — 2 vol. — Ed. Nacional — S. Paulo, 1937.
- Felippe dos Santos Reis — MECÂNICA ECONÔMICA AO ALCANCE DE TODOS — Rio, Setembro de 1939.
- E. Jones e T. C. Bigham — PRINCIPLES OF PUBLIC UTILITIES — New York, 1931.
- A. Kammerer — LA FONCTION PUBLIQUE EN ALLEMAGNE — Paris, 1899.
- REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO — Agosto de 1938 — Vol. III n.º 2.

- REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO — Ano II — Vol. II n.º 3.
REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO — Ano II — Vol. III n.º 1-2.
ARCHIVES DU PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE SOCIOLOGIE
JURIDIQUE — ano de 1934 — ns. 3-4.
REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO — Jan.-
Abril de 1939 — Vol. XXXV — fasc. I.
REVISTA FORENSE — Vol. n.º 75.
INGENIERIA INTERNACIONAL — New York — Novembro de 1931.
REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO — Ano I — Vol. III n.º 2.
REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO — Ano III — Vol. II n.º I.
DIREITO — Maio-Junho de 1940 — Vol. III.
REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIA-
LES DE GUATEMALA — Epoca III — Tomo III n.º 1 — Nov.-Dez. de
1939.
REVUE DES SCIENCES PHILOSOPHIQUES ET TEOLOGIQUES —
vol. XXIII de 1934.
RELAZIONE TECNICHE AL II CONGRESSO NAZIONALE DEGLI
INGEGNERI ITALIANI — pub. do Sindicato Nacional Fascista de Enge-
nharia — Roma, Abril de 1931.
JOURNAL OF LAND AND PUBLIC UTILITY ECONOMICS — pub.
do Instituto de Pesquisas de Economia dos serviços públicos — Universi-
dade de Chicago — Fevereiro de 1930.
BOLETIM DO INSTITUTO DE ENGENHARIA — S. Paulo, Junho de
1936 — vol. XXIII n.º 124.
REVISTA DE DERECHO PUBLICO — v. II — Madrid, 1933.

INDICE

CAPÍTULO PRIMEIRO

	Págs.
§ 1.º SERVIÇO PÚBLICO E FUNÇÃO PÚBLICA.	5
§ 2.º O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO. A TUTELA JURÍDICA COMO PROCESSO CENTRALIZADOR.	17
§ 3.º CONCLUSÕES.	21

CAPÍTULO SEGUNDO

§ 4.º TÉCNICAÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO DO ESTADO. A IMPORTANCIA DO FATOR HUMANO.	23
§ 5.º A AMPLITUDE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO. MEDIDAS DE PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. ...	31
§ 6.º A DESCENTRALIZAÇÃO NÃO EXCLUE O CONTROLE DOS ORGÃOS ADMINISTRATIVOS. O SERVIÇO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 10 DE NOVEMBRO.	40
§ 7.º CONCLUSÕES.	48

CAPÍTULO TERCEIRO

§ 8.º A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NORMAL. CONCESSÃO SEM CONTRATO E CONCESSÃO CONTRATUAL. REGULAMENTAÇÃO.	51
§ 9.º PELA PERMANÊNCIA DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA. A UNIDADE DOS NEGÓCIOS DO ESTADO NÃO DECORRE DO CONCEITO LINEAR DE CENTRALIZAÇÃO.	67

	Págs.
§ 10.º O EXEMPLO DOS ESTADOS UNIDOS E A EXPERIÊNCIA DO BRASIL. ALGUNS OUTROS EXEMPLOS. O SERVIÇO PÚBLICO PARA O ESTADO.	74
§ 11.º EVOLUÇÃO INDUSTRIAL DO BRASIL. O REGIME TARIFÁRIO IDEAL. A FIXAÇÃO DO LUCRO E A VERIFICAÇÃO DO CAPITAL. O SERVIÇO PELO CUSTO. CONCESSÃO INDETERMINADA E CONTABILIDADE PÚBLICA PARA MELHOR FISCALIZAÇÃO DO ESTADO.	84
§ 12.º CONCLUSÕES.	105
CONCLUSÕES FINAIS	107
BIBLIOGRAFIA	113

Da linha 14 em diante, da página 104, leia-se:

As vantagens advindas da administração particular são as que parece indiscutíveis do ponto de vista jurídico. Derivam diretamente do interesse individual que favorece a boa execução do serviço público concedido (298).

Não há mais que duvidar: tratando-se positivamente de serviços, por sua natureza e fins, de caráter essencialmente público, é indispensável a colaboração estreita do governo com a iniciativa particular para a sua execução (299).