CÓDIGO DE ÁGUAS — CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA — CADUCIDADE

— A declaração de caducidade da concessão não comporta pagamento de indenização; sòmente no caso de encampação é possível cogitar-se dela.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA

PROCESSO D.A.G. 1.339-49

Despacho do Sr. Diretor Geral do D. N. P. M.:

"Sr. Ministro:

Submeto, novamente, à apreciação de V. Excia., o processo em que a Pará Electric Railway and Lighting Company Ltd., reclama contra o decreto n.º 23.723, de 24-9-47, que determinou a caducidade de sua concessão em Belém do Pará, solicitando que seja fixada a indenização a que se julga com direito.

2. Ouvido, a pedido de V. Excia., o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica opina não só pela justeza do ato governamental, como pela impossibilidade de apreciar o pedido na espera administrativa.

3. Gesto análogo do Govêrno em relação aos serviços de Fortaleza motivou um pronunciamento do Ministério do Exterior, dependendo daquela Secretaria de Estado a constituição de uma Comissão para opinar sôbre tais fatos.

4. Os atos de caducidade não foram provocados por providências dêsse Ministério ou do CNAEE e sim por inquéritos do Ministério da Fazenda; é, pois, impossível opinar sôbre as causas que levaram o Govêrno a tomar medida tão extrema.

5. Já expus a V. Excia. em outras casos, minha opinião que, em face da Constituição vigente, a caducidade com perda de bens, é ato de legalidade discutível; o ponto, porém, é de alta indagação jurídica e sôbre êle, provàvelmente, ter-se-á que pronunciar o Supremo Tribunal Federal em algum feito que lhe será submetido.

6. Não obstante, no caso em lide, embora divirjamos da sua doutrina, está o CNAEE, certo; não se pode fixar indenização em face do ato acabado que é o decreto de caducidade. Deve a interessada recorrer ao Judiciário para defesa dos direitos que julga ter.

7. Proponho, pois, que V. Excia indefira o requerimento inicial do DNPM 1.790-49.

Em 5 de junho de 1950. — *Mário da Silva Pinto*".

PARECER N.º 2.284, do Sr. Consultor Jurídico:

"Sr. Ministro:

A Pará Electric Railways and Lighting Company Limited, sociedade inglesa, devidamente autorizada a funcionar no país, na qualidade de concessionária dos serviços públicos de energia elétrica e de viação urbana da cidade de Belém, Capital do Estado do Pará, depois de comentar o decreto federal número 23.723, de 24 de setembro de 1947, que declarou a caducidade do contrato de concessão e de expor as razões em que se apoia para sustentar que aquêle ato deve ser considerado como de encampação dos serviços, requer que através das repartições subordinadas a êste Ministério e fiscalizadoras dos serviços em causa, seja fixada a indenização a que tem direito, incluindo-se na mesma a remuneração de seu capital, que lhe é assegurada pelo art. 151, parágrafo único da Constituição de 1946, reproduzindo o princípio estatuído no art. 147 da Constituição de 1937, a qual deverá ser calculada nos têrmos do art. 9.º do decreto-lei n.º 3.128, de 19-3-1941, remuneração essa de que se viu privada em virtude da imposição de tarifas insuficientes e inadequadas a fim de ser a mesma indenização paga pela forma estabelecida no referido acôrdo de maio de 1948 (a requerente alude ao Acôrdo Comercial e de Pagamentos entre o Brasil e a Grã-Bretanha, no qual há referência ao caso da requerente, para assegurar-lhe um lugar no ajuste na base da indenização dos capitais britânicos investidos pela requerente nos serviços públicos de que é concessionária), ou em dinheiro.

No DNPM, distribuido o requerimento à D. Ag., sua Seção de Concessões informou não caber à D. Ag., fixar o valor da indenização uma vez que não há nenhum dispositivo legal que ampare a pretensão, entretanto, como o memorial apresentado pela interessada expõe argumentos muito bem fundados e de lógica muito convincente lembrava a conveniência de ser o processo encaminhado à apreciação do CNAEE, tendo em consideração que foi dêsse órgão que se originaram as providências determinadas pelo decreto n.º 23.723.

A sugestão foi endossada pelo Diretor da D. Ag., embora retificando-a na parte em que atribui ao CNAEE a origem do decreto.

O Sr. Diretor Geral do DNPM também se declarou de acôrdo, mas julgou conveniente lembrar a V. Excia. quanto ao mérito do requerimento, o ponto de vista de doutrina, já manifestado pela Diretoria Geral, no caso da emprêsa

Elétrica de Capivari, que "A Constituição não permite expropriação de bens de concessionários, sem indenização e obediência de formalidades legais rígidas, por se tratar de respeito aos direitos e garantias individuais, tese que, lhe parece, não deve ser perdida de vista, em todos os casos de caducidade ou desapropriação.

Encaminhado o processo ao CNAEE, ali foi o assunto apreciado em sessão plenária de 22-11-49, tendo aprovado o parecer emitido pelo Relator, João V. de Albuquerque Lima, com a seguinte conclusão:

que o Conselho, tomando conhecimento do Processo D. Ag., 1.339, de 4-4-1949, no sentido de opinar a respeito do requerido pela Pará Electric Railways and Lighting Co. Limited, conforme solicita o Sr. Ministro da Agricultura, declare que não reconhece o direito de indenização pleiteada pelos interessados, não cabendo conseqüentemente nenhuma medida de avaliação de seus bens e direitos.

O Relator baseou seu parecer no emitido pelo ilustre Consultor Jurídico do Conselho, que transcreve na íntegra e do qual, por minha vez, destaco os trechos em que são refutados os argumentos da interessada:

"4. A rigor o que pleiteia The Pará Electric no presente recurso, é a revisão do decreto n.º 23.723, contra o qual se insurge, para o efeito de converter a caducidade ali declarada pelo Govêrno Federal, em ato de encampação, pois, no primeiro caso, perde o concessionário todos os bens relativos à exploração da energia, *sem indenização de espécie alguma* (Código de Águas, art. 169, I), e na outra hipótese, deve receber a indenização correspondente (Cód. cit., art. 167).

Mas, no nosso parecer, não só é serôdia a manifestação dêste intento pela via administrativa, eis que a reclamação sòmente agora — decorridos dezoito meses da promulgação do decreto — é que é formulada, como também não tem maior procedência.

5. Com efeito, pretende a emprêsa têrmos da fundamentação do decreto em questão. Essa desconformidade resultaria de afirmar o ato governamental, no preâmbulo, que a concessionária não se achava em condições de manter o serviço a que se obrigara no contrato de concessão, ao mesmo tempo que se fundou, para a decretação da caducidade, na cláusula 35.ª, da convenção, que admite o desfazimento do vínculo contratual, quando se desse a interrupção, por oito dias consecutivos, dos serviços que constituiam o objeto do contrato, e também no art. 168 do Código de Águas, que condiciona a caducidade à suspensão de tais serviços por mais de setenta e duas horas seguidas.

Não atinamos, porém, com o ponto de divergência, que viciaria o decreto impugnado. Se o Govêrno declara, no preâmbulo que a emprêsa não estava em condições de manter os serviços a que se obrigara, logo após assenta essa asserção tanto na cláusula contratual como no preceito legal invocado. E, assim, conclui-se que a incapacidade da concessionária se achava demonstrada pelo fato de haver interrompido, pelo tempo previsto, os serviços de que tinha o encargo.

Onde, pois, a contradição, se uma coisa, pelo contrário é conseqüência da outra? Diz o ato governamental que a emprêsa não estava em condições de manter os seus serviços. Por que? E' êle mesmo que o esclarece, com as citações que faz, da cláusula 35.ª do contrato de concessão e do art. 168 do Código de Águas: porque interrompera, fora dos limites prescritos nesses dispositivos, o fornecimento dos serviços, e sem a justificação de fôrça maior, cuja aceitação ficava ao critério do poder concedente.

6. Alega o reclamante que, se isso aconteceu, isto é, se houve, de sua parte, descumprimento das obrigações contratuais assumidas, é porque o Govêrno, por seu turno, não lhe concedeu tarifas adequadas para a remuneração do seu capital e execução dos serviços de que se incumbira; e, assim, não havendo o poder concedente cumprido o contrato, não poderia exigir que êle o fizesse.

E em têrmos de direito, a exceção *non adimpleti contractus*, o que oferece a reclamante, na sua impugnação do decreto.

Mas essa questão não pode ser examinada aqui. A oportunidade para fazê-lo foi a da decretação da caducidade, quando, certamente, o Govêrno Federal apreciou cumpridamente o procedimento da companhia, para concluir afinal que ela havia violado o contrato, dando lugar à declaração de caducidade do mesmo.

O Govêrno era o juiz dos motivos determinantes da irregularidade dos serviços da emprêsa, pois que lhe cabia admitir, ou não, a alegação de fôrça maior. E se não o fêz naquele ensejo, certamente é porque se convenceu que não procedia a justificativa.

7. Por todo o exposto, concluimos que improcede a reclamação. O decreto governamental declarou a caducidade da concessão, hipótese em que a emprêsa não tem direito a indenização, quer nos têrmos do art. 168 do Código de Águas, quer nos da cláusula 35.ª do contrato, pois ambos os dispositivos, o legal e o contratual, o excluem. Para que lhe coubesse tal direito, necessário seria revogar o decreto n.º 24.723, e expedir outro, no sentido de encampação da concessão, com base no art. 167 do Código de Águas.

O que não é possível, porque injurídico e contra todos os princípios de hermenêutica e aplicação do direito, é dar ao decreto de caducidade, cujos efeitos são claramente previstos na lei, o sentido de um ato de encampação, desnaturando-lhe o conteúdo e a substância.

Não há, pois, nos têrmos em que se acha posta a questão na via administrativa como reconhecer o direito à indenização, pleiteado pela reclamante, e não cabe, em conseqüência, nenhuma medida de avaliação de seus bens e direitos, a qual não teria razão de ser".

Como se vê dos trechos transcritos, o ilustre Consultor Jurídico do CNAEE não se limitou, em seu brilhante parecer, a estudar o requerimento da Pará Electric em face dos efeitos do decreto n.º 23.723, que declarou a caducidade do contrato de concessão; entrou também, no exame do mérito, da declaração da caducidade, para justificá-la, aceitando como provados os fatos que a teriam motivado e bem aplicada ao caso a pena prevista na cláusula 35.ª do contrato e no art. 168 do Código de Águas.

Consta do processo que a pena foi aplicada em conseqüência do resultado das conclusões do relatório da Comissão designada pela Portaria n.º 203, de 22 de maio de 1947, expedida pelo Ministério da Fazenda, "onde (a conclusão agora é do relator do processo) deve ter ficado positivado que a reclamante incidiu nas penas de caducidade, discriminadas no art. 168 do Código de Águas e na cláusula 35.ª de seu contrato", hipótese, também aceita pelo órgão de consulta.

Se houvesse necessidade de o Consultor Jurídico do Ministério discutir o mérito do decreto que declarou a caducidade do contrato, não estando o processo devidamente instruido para isso, preliminarmente, solicitaria vista do relatório da Comissão, cujas conclusões levaram o Govêrno Federal a baixar o referido decreto.

Tratando-se de apreciar a justiça da aplicação de uma pena de tão radicais conseqüências para os interêsses da outra parte contratante, só com o perfeito conhecimento das provas em que o Govêrno Federal baseara o seu ato sentir-se-ia autorizado a formar juízo.

O conhecimento dessas provas, cuja existência não ponho em dúvida, mas precisaria ter, para chegar a uma conclusão baseada em juízo próprio, far-se-ia tanto mais necessário quanto a concessionária dos serviços nega com firmeza houvessem ficado interrompidos, por oito dias (cláusula 35.ª do contrato) ou mesmo apenas por 72 horas (artigo 168, III, do Código de Águas), nem consta, expressamente, do decreto de caducidade, que fôsse êsse o motivo da imposição da pena, eis que do primeiro considerando do preâmbulo do decreto, o motivo era não estar a concessionária em condições de manter os serviços públicos a que se obrigara por fôrça do

contrato, que é um motivo de ordem geral e não o específico mencionado tanto na cláusula contratual como no dispositivo do Código de Águas.

Já não quero referir-me à discutível legalidade, a que alude o Sr. Diretor Geral do DNPM, em face da Constituição vigente, da decretação de caducidade com perda de bens, nem se para a rescisão administrativa de um contrato seja suficiente que a autoridade administrativa, juiz em causa própria, se haja por informada da existência do motivo da rescisão, pôsto que rescindir administrativamente um contrato não quer dizer fazê-lo por ato unilateral do exclusivo arbítrio da autoridade administrativa, mas como decorrência da apuração, em processo administrativo, dos fatos considerados pelo contrato motivos determinantes da rescisão, além de que, rescisão e caducidade são coisas diferentes, e a cláusula 35.ª do contrato só a rescisão prevê.

E' o Código de Águas, no art. 168, que estabelece os casos em que as concessões deverão caducar obrigatòriamente, entre os quais está o do inciso III: — se os serviços de utilidade pública forem interrompidos por mais de setenta e duas horas seguidas, salvo motivo de fôrça maior a juízo do Govêrno, ressalva que contém implícita a necessidade da instauração de processo administrativo em que se verifique a fôrça maior, embora seja o Govêrno o juiz de sua existência.

Isto pôsto, mesmo que se considere ainda em pleno vigor os arts. 168 e 169 do Código de Águas, que regulam a caducidade obrigatória das concessões de serviços públicos, a ação do Govêrno Federal não se exerce discricionàriamente.

Os elementos constantes do processo, sem que conteste a sua possível existência alhures, não me habilitariam a julgar a legalidade do decreto número 23.723.

Mas não foi para apreciar o mérito dêsse decreto que fui chamado a intervir no processo, e sim para opinar sôbre os seus efeitos, dentro do requerido pela Pará Electric.

Declarada a caducidade do contrato com fundamento no art. 168 do Código de Águas, perdeu a emprêsa concessionária todos os bens, relativos à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma, nos têrmos do art. 169, inciso I, do mesmo Código.

Quanto a êsse ponto, estou plenamente de acôrdo com as conclusões do ilustre Consultor Jurídico do CNAEE.

O decreto de caducidade não comporta efeito atribuído pela lei à encampação. Perdendo a concessionária todos os bens sem indenização de espécie alguma, a fixação, por ela requerida, dessa indenização, não pode ser objeto de consideração, enquanto estiver vigente o referido decreto.

O fato do caso da requerente ter sido mencionada no Acôrdo Comercial e de Pagamentos entre o Brasil e a Grã-Bretanha assinado em maio de 1948, posteriormente, portanto, ao decreto número 23.723, que é de 24-9-1947, denota que o Govêrno Brasileiro admite o pagamento de uma indenização à Pará Electric, pela passagem de seu acêrvo à Municipalidade de Belém.

Mas isso é ato futuro, que nenhuma influência tem para modificar os efeitos da caducidade, como o estabelece a legislação vigente, enquanto não fôr revogado o decreto que a declarou.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, em 12 de junho de 1950. — *Luciano Pereira da Silva*, Consultor Jurídico".

*

Despacho do Sr. Ministro da Agricultura:

"De acôrdo com os pareceres. Como bem salienta o Sr. Consultor Jurídico, a declaração de caducidade do contrato de concessão outorgado à Pará Electric Railways and Lighting Co. Ltd., para a exploração dos serviços públicos de fôrça, bonde e luz, na Capital do mesmo Estado, não comporta o pagamento de indenização, efeito atribuido pela lei apenas aos casos de encampação. As-

sim, declarada tal caducidade, não há como se cogitar da medida pretendida.

Não é outro, aliás, o pronunciamento do Sr. Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral e a do próprio Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, chamado a opinar pelo Ministério da Agricultura no presente processo e que, em Sessão Plenária de 22-11-949, se manifestou no sentido de não reconhecer o direito à indenização pleiteada pela interessada, não cabendo, conseqüentemente, nenhuma medida de avaliação de seus bens e direitos.

Por outro lado, não compete ao Ministério da Agricultura apreciar a legalidade do citado decreto, declaratório de caducidade, de vez que se trata de ato acabado, proposto em conseqüência de inquérito, realizado por outra Secretaria de Estado. Ressalte-se, além do mais, a extemporaneidade do pedido, formulado por via administrativa quando decorridos cerca de dois anos da data da promulgação do decreto em aprêço.

Em face do exposto, e de conformidade com os pareceres emitidos, indefiro o requerido nestes autos pela Pará Electric Railways and Lighting Company Limited.

Em 29 de junho de 1950. — *Novaes Filho*".