CÓDIGO DE ÁGUAS — CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — CADUCIDADE — RESTITUIÇÃO DE BENS

— O descumprimento pelo concessionário, de deveres e obrigações, com prejuízo notável do serviço público, pode levar à decretação da caducidade, embora não se ache previsto, à exata, no texto legal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Requerente: Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivari S. A. Mandado de segurança n.º 1.419 — Relator: Sr. Ministro OROSIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 1.419, de São Paulo, requerente Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A.:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, integrando neste o relatório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, indeferir o pedido, pagas as custas na forma da lei.

Rio, 1 de agôsto de 1951 (data do julgamento). — *José Linhares*, Presidente. — *Orosimbo Nonato*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Contra o ato do então Presidente da República, Exmo. Sr. General Eurico Dutra que, na argüição da inicial, "mandou, sem expropriação e a pretexto de perigo eminente, entregar à Prefeitura Municipal de Capivarí, os bens da impetrante, com promessa de eventual indenização posterior, acaso devida", impetrou mandado de segurança a Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A.

Trata-se do decreto n.º 28.549, de 25 de agôsto de 1950, pelo qual teria sido a impetrante despojada de seus bens, sem qualquer indenização.

O Govêrno decretou, no caso, caducidade de concessão. Mas, o *writ* não visa a êsse ato, que "será objeto de ação própria"". Na inicial se deixa dilucidado:

"E contra o ato do Sr. Presidente da República que mandou entregar os bens da impetrante à Prefeitura Municipal de Capivarí, e em cuja posse e administração a mesma já se encontra (doc. n.º 2), que se pede a garantia constitucional do mandado de segurança.

E tanto mais grave foi êsse ato quanto apenas acena ao dono do patrimônio desfalcado uma possível e eventual indenização".

Aqui, é o ato do Govêrno qualificado pelo impetrante com verdadeiro confisco, violado, duplamente, o art. 141, § 16, da Constituição federal.

Levanta a impetrante a interrogação:

"O fato de ser inadequado um serviço público de energia elétrica, o fato de, apenas, alegar (ou, ainda que verdadeiro para argumentar) o Govêrno Federal que uma emprêsa de eletricidade está prestando "péssimo serviço à população", infringindo dispositivos legais e contratuais (que não indicou), exemplifica um caso flagrante de perigo público iminente previsto *in fine* do § 16 do art. 141 da Constituição, combinado com o art. 591, do Código Civil, de modo a autorizar que o mesmo Govêrno Federal mande entregar os bens da emprêsa a terceiros, embora com a promessa de eventual indenização posterior?

E para inculcar que a resposta deve ser negativa, realça o impetrante:

"O que fêz o Govêrno Federal foi, apenas, isto: — considerando que a prestação inadequada de um serviço público de energia elétrica constitui perigo iminente, *como guerra e comoção intestina*, apoderou-se dos bens da emprêsa concessionária e mandou entregá-los à Prefeitura de Capivarí, esclarecendo que

"qualquer reparação patrimonial" acaso devida seria paga posteriormente. Nada mais.

Argumenta o impetrante no sentido de pôr de manifesto que para equiparar a má situação de um serviço público à guerra ou comoção intestina, é incurial, é incivilíssimo e dá ao aresto discutido marcas visíveis de inconstitucionalidade.

Neste sentido, oferece parecer do professor Sampaio Dória, de que insere relanços na inicial.

O resumo apertado, mas fiel da exposição do impetrante, se encontra nestas palavras da inicial.

Não configurando, nem exemplificando a hipótese referida no decreto de 25 de agôsto de 1950 "caso flagrante de perigo iminente", como a guerra ou comoção intestina", não podia o Sr. Presidente da República apossar-se dos bens do impetrante e transferi-los ao arbítrio da Prefeitura Municipal de Capivarí, ainda que com a promessa de eventual indenização posterior, se acaso viesse a ser devida. Não tendo expropriado legalmente, como mandam a Constituição e o decreto-lei n.º 3.365, de 1941, não podia o Sr. Presidente da República mandar entregar os bens da impetrante à referida Prefeitura de Capivarí.

Vedado era ao Govêrno Federal a prática de tôdas essas ilegalidades. E' o *writ* impetrado "para que seja assegurado o direito de propriedade da impetrante a seus bens que constituem a "rêde de distribuição e demais instalações necessárias à operação e manutenção dos serviços" de energia elétrica" de que era concessionária no município de Capivarí, no Estado de São Paulo, restituindo-se à impetrante a posse, a administração dos mesmos bens, violentamente arrancados de seu patrimônio e entregues à Prefeitura Municipal de Capivarí, sem qualquer indenização, requerendo, outrossim, que, em face da grave lesão que o ato já praticado representa" para a impetrante seja o mesmo sustado *in limine* (C. P. Civ., artigo 324, § 2.º).

Trouxe o pedido o lastro dos documentos de fls. e fls. e um parecer do eminente Professor Sampaio Dória.

Enviou o Exmo. Sr. Presidente da República as afirmações de fls. 37, do teor seguinte:

"Tenho a honra de submeter à consideração de "V. Excia. informações sôbre o mandado de segurança n.º 1.419, de São Paulo, requerido ao egrégio Supremo Tribunal Federal, pela Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A., de conformidade com o art. 101, número 1, letra *i*, da Constituição federal.

Não é objeto do presente pleito a caducidade da concessão do serviço de distribuição de energia elétrica ao município de Capivarí, declarada no art. 1.º, do decreto federal n.º 28.549, de 25 de agôsto de 1950, mas tão sòmente a disposição do art. 2.º do mesmo ato, que mandou passarem à administração da Prefeitura Municipal de Capivarí a rêde de distribuição e demais instalações necessárias à operação e manutenção do serviço, sem prejuízo, entretanto, de qualquer reparação patrimonial a que porventura tiver direito a emprêsa concessionária.

O esclarecimento é capital e, para sermos exatos, devemos salientar como insiste nêle a impetrante, no item 2 da sua petição inicial.

Não ocorreu no caso o alegado confisco, mas autorização, em benefício de uma Prefeitura Municipal, do uso de bens vinculados ao serviço concedido.

Tendo sido declarada a caducidade da concessão, por vários fundamentos, aquilo a que teria direito a concessionária decaída é tão sòmente a reparação dos chamados efeitos patrimoniais do ato.

Ora, isso lhe foi assegurado explìcitamente no art. 2.º do decreto número 28.549, ao passo que lhe nega o Código de Águas.

Em verdade, ficou o Govêrno aquém, bem aquém do que lhe permitia a lei, no estabelecer as últimas conseqüências da caducidade.

Assim, dispõe o art. 169, n.º I, do Código de Águas:

"As concessões decretadas caducas serão reguladas na seguinte forma:

I — No caso de produção de energia elétrica destinada ao comércio de ener-

gia, o Govêrno Federal, por si ou terceiro, substituirá o concessionário até o têrmo da concessão, perdendo o dito concessionário todos seus bens, relativos ao aproveitamento concedido e à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma".

E o preâmbulo do decreto citou essa lei especial.

A impetrante não perdeu os seus bens, nem se lhe trancaram as portas do Judiciário, nem se lhe contesta indenização, caso lhe assista direito. Ao contrário, o Poder declarante, dentro de sua competência de império, aqui iniludível, julgando conveniente, necessário, mesmo, decretar caduca uma concessão já de si extinta, quanto ao prazo, desde 20 anos atrás, — diante do palpável inadimplemento da Emprêsa, usou processo liberalíssimo, deixando claro que ela poderia apurar judicialmente as suas perdas eventuais e judicialmente obter reparação. Achou prudente o Govêrno que a Justiça fôsse a primeira a conhecer da questão patrimonial, porque isso era um simples efeito da declaração da caducidade, era, no dizer de Cino Vitta, um *negócio acessório, contratual*, inteiramente secundário, do ponto de vista do interêsse maior do povo, sèriamente golpeado, numa de suas utilidades primaciais, como é a eletricidade (v. José Martins Rodrigues, *Caducidade de concessão de serviços públicos*, na revista *Águas e Energia Elétrica*, n.º 5, páginas 34 e seguintes).

O caso ora *sub judice* foi examinado com madureza pelos técnicos e juristas da Inspetoria de Serviços Públicos do Estado de S. Paulo, onde se consignou a situação inteiramente anômala e perigosa, do ponto de vista do descontentamento público, em que vinha operando a Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A.

A Divisão de Águas, do Departamento Nacional da Produção Mineral, dêste Ministério, órgão executor do Código de Águas, tentou suasòriamente, fazer o Sr. Alberto San Juan, proprietário principal de ações e presidente da Emprêsa, encarar com mais espírito público o serviço. Baldados êsses longos e continuados esforços, concretizados em vistorias *in situ*, diante dos reclamos cada vez mais urgentes das autoridades e corporações locais, foi que o Govêrno mandou estudar destacadamente o assunto pelos órgãos jurídicos federais.

Basta dizer que do processo ora no Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, o C. N. A. E. E. 2.336-44, há tópicos como êsses:

"As concessionárias, conforme está suficientemente provado pelos documentos constantes do processo C. N. A. E. E. que giram em tôrno da situação, praticam atos nocivos à economia nacional. Nestas condições estão sujeitas como sociedades anônimas que dependem de autorização (art. 1.º do decreto-lei número 938, de 8 de dezembro de 1938, a ter cassada a autorização que lhes permite funcionar" (Informação do engenheiro Fábio Bastos, proferida em 19 de janeiro de 1945).

"O material da barragem, inclusive o cimento obtido com prioridade, os trabalhadores e o aparelhamento são desviados, por ordem expressa do Senhor San Juan, para a construção e reforma de canais para criação de carpas, levantamento da barragem velha e embelezamento de jardins e, sendo observado sôbre o atraso que isso acarretaria às obras da barragem, teria o Sr. San Juan dito que "a barragem não é mesmo para ficar pronta em 1944, acrescentando, ainda, em resposta a uma observação, sôbre a situação da Divisão de Águas e dos industriais, "com êles se arranjaria muito bem".

"A marcha da obra, pelo que ouviu o mestre de obras, caminha de acôrdo com a arrecadação da emprêsa. Essas declarações assinadas são extremamente graves, e não são contraditadas pelos fatos" (Do parecer do Consultor Jurídico do C. N. A. E. E., proferido em 21 de fevereiro de 1945).

A solução de caducidade, havendo-a preconizado pareceres do então Consultor Geral da República, Professor Haroldo Valadão, e dos Consultores Jurí-

dicos do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica e dêste Ministério, foi, afinal, adotada pelo Govêrno, nos têrmos do decreto n.º 28.549, de 25 de agôsto de 1950.

Os pareceres em questão, constantes do citado processo e anexos, filiam a decretação da caducidade aos ensinamentos dos mais abalisados tratadistas de Direito Administrativo e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Afirma-se uma doutrina brasileira a respeito da concessão de serviço público, a qual é bem de consolidar-se.

Certo, os direitos individuais inscritos na Constituição são invioláveis. Nenhum Govêrno no Brasil os tem reconhecido e acatado melhor que o atual; mas daí a sacrificar o bem estar do povo a um farisáico zêlo pelo poder econômico do empresário, que, como acontece no caso *sub judice*, faz tábua rasa de suas obrigações contratuais, a ponto de desviar material, mão de obra e energia vinculados ao serviço público para a criação de carpas e regalo de seu administrador, — existe uma separação bastante nítida.

Os advogados estão no seu papel, mas a sua grandiloqüência aqui se afigura ôca, anacrônica, até irreverente, vestindo-se o lobo de pele de ovelha.

"Está em jôgo, entretanto, a sorte de vários serviços públicos comprometidos por concessionários inidôneos e ousados.

O Govêrno impôs sanções legais e, por isso, estou na firme convicção de que o egrégio Supremo Tribunal Federal, na sua alta sabedoria e fazendo a costumada Justiça, denegue o mandado de segurança, objeto do presente pedido de informações.

Em anexo, fazendo parte integrante desta, se encontram copiados o parecer do Consultor Jurídico dêste Ministério, em que o Govêrno se baseara para assinar o decreto n.º 28.549, de 25 de agôsto de 1950 e o parecer do Consultor Jurídico do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, prestando informações sôbre matéria idêntica, tratada no mandado de segurança impetrado também ao egrégio Supremo Tribunal Federal — pela Companhia Industrial e Agrícola Jacuecanga.

Valho-me do ensejo para renovar a V. Excia. os protestos do meu profundo respeito. — *A. de Novais Filho*".

E produziu os pareceres oficiais de fls. (ler).

A Prefeitura Municipal de Capivari apresentou a petição de fls. 118 *verbis*:

"A Prefeitura Municipal de Capivarí, que é a parte a quem principalmente interessa a questão suscitada neste mandado, sendo o seu interêsse maior até que o da impetrante, vem pedir que V. Excia. se digne de dispensar alguns momentos de atenção para os argumentos que passa a expender nesta petição, determinando a juntada da mesma aos autos e levando o seu conteúdo ao conhecimento dos demais julgadores:

"A Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A., impetra o presente mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, consubstanciado no decreto número 28.549, de 25 de agôsto de 1950, que:

1.º) determinou a caducidade do contrato celebrado entre a suplicante e a firma Júlio da Silva & Companhia, de que a impetrante é sucessora;

2.º) ordenou que a rêde de distribuição e demais instalações necessárias à operação e manutenção do fornecimento de energia elétrica passassem à administração da Prefeitura Municipal de Capivarí, sem prejuízo da reparação patrimonial acaso devida.

Declara expressamente a impetrante, no item 2 de sua petição inicial, que o mandado de segurança não tem por objeto a primeira parte do decreto, em que se declara a caducidade da concessão. Reconhece que esta questão envolve matéria de fato e que, como tal, não pode ser deslindada nos angustos limites do mandado de segurança.

Visa tão-sòmente o pedido que se restaure o que se diz ser o "direito de propriedade da impetrante, para que continue ela na posse e administração de seus bens, até que, pelos meios constitucionais e legais admitidos em nosso

sistema jurídico, sejam os bens expropriados ou alienados, nos têrmos da lei".

Assim exposta a questão, logo transparece a inanidade do presente pedido. Por meios suasórios, não foi possível conseguir que a impetrante desse obediência ao decreto do Exmo. Sr. Presidente da República; foi mister que o suplicante ingressasse em juízo, e pedisse liminarmente a expedição de mandado de imissão de posse a seu favor.

"Foi a imissão concedida, e a seguir executada.

Entrou então a impetrante com um mandado de segurança contra a decisão judicial — circunstância essa que nem de leve refere na sua petição — e foi unânimemente vencida, pelo fundamento de que a decisão judicial comportava recurso, de que a parte não tinha usado *oportuno tempore* (v. doc. junto).

Êste recurso era, na opinião dominante, o previsto no art. 842, n.º XVII, do Código de Processo Civil. E assim já tem sido julgado (*Revista Forense*, vol. 95, pág. 621 e *Revista dos Tribunais*, vol. 182, pág. 954). Há, também, uma decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, publicada no vol. 115, pág. 490, da *Revista Forense*, em que se admite o agravo de instrumento, com apoio no art. 842, n.º III.

De qualquer modo, porém, era a decisão recorrível, e assim se julgou no venerando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no mandado de segurança n.º 51.907, de Capivarí.

Não recorreu ordinàriamente a impetrante para êste colendo Supremo Tribunal Federal, como era autorizada a fazê-lo pela Constituição da República. Deixou que essa decisão transitasse em julgado, como já deixara que o mesmo ocorresse com a decisão do magistrado de primeira instância que concedera a imissão liminar.

Vem agora a impetrante com êste novo mandado de segurança, em que pretende lhe seja concedido aquilo mesmo que já lhe foi negado, por decisões com trânsito em julgado.

Êste colendo Supremo Tribunal Federal, porém, ainda não assentou definitivamente sua jurisprudência no sentido do cabimento ou não de mandado de segurança contra decisão judicial (pois é desta que se queixa a impetrante, não do decreto do Exmo. Senhor Presidente da República, a que nunca daria obediência, não fôra a intervenção judicial). Pode-se, todavia, afirmar que jamais esta Suprema Côrte concederia o *writ* contra decisão já transitada em julgado.

Neste sentido, pode ser encontrada, no Ementário da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, publicado no *Diário da Justiça da União*, de 8 de fevereiro de 1951, suplemento, pág. 252, sob n.º 48, a ementa de acórdão unânime do egrégio Tribunal Pleno no recurso de mandado de segurança n.º 1.330, de que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Luís Gallotti.

Não pode haver qualquer dúvida quanto à *identidade do pedido formulado pela impetrante, neste e no anterior mandado de segurança que perdeu*. Sua pretensão foi aí resumida da seguinte forma pelo venerando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A impetração diz respeito ao ato do Dr. Juiz de Direito que, com base no decreto n.º 28.549, de 25-8-950, da Presidência da República, ordenou a imissão da Prefeitura do Município de Capivarí, na posse dos bens da impetrante, concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica no município".

Temos, pois, como certo que do mandado de segurança não conhecerá o colendo Supremo Tribunal Federal, por ser dirigido contra duas decisões já transitadas em julgado — uma do Dr. Juiz de Direito de Capivarí, outra do Tribunal de Justiça de São Paulo, denegando o primeiro mandado de segurança.

Quando, porém, em sua alta sabedoria entendessem os Srs. Ministros de conhecer do presente mandado, seria certamente para denegá-lo.

"Com efeito, não se pode dizer, *prima facie*, que assista direito líquido e certo à impetrante de continuar na posse de

bens ligados à concessão pública, desde que é declarada a caducidade desta e reconhece a própria impetrante não ser manifestamente ilegal essa declaração de caducidade.

Seria completamente contrária à lógica jurídica que um serviço público vital, como o do fornecimento de energia elétrica, ficasse totalmente paralisado, pela decretação da caducidade da concessão, e não pudesse ser reiniciado senão depois de consumada a expropriação e o pagamento do prêço, o que só poderia ocorrer ao fim do processo expropriatório, uma vez que o decreto-lei n.º 3.365, ora vigente, não prevê para tal hipótese a maneira pela qual se há de calcular o valor do acervo da emprêsa, a fim de que possa ser feito o depósito prévio.

Mas, para que pudesse haver desapropriação, com a garantia da indenização prévia, deveria ser absolutamente indiscutível o direito de propriedade da impetrante. O decreto que declarou a caducidade da concessão em cujo gôzo se achava o impetrante admite que a mesma possa ter direito a alguma indenização, mas não reconhece desde logo a propriedade da mesma sôbre a rêde de distribuição e demais instalações que mandou entregar à administração municipal.

Não se contesta, neste processo, que já estivesse findo o contrato de concessão do serviço público, lavrado em 1908. Continuou a impetrante, porém, na sua exploração, por acôrdo tácito, até que sobreveio o decreto-lei federal n.º 5.764, de 19 de agôsto de 1943, que determinou que tôdas as emprêsas de energia elétrica, coletivas ou individuais, continuariam a ser regidas pelos contratos anteriormente celebrados, com as derrogações expressas dêsse mesmo decreto, enquanto não fôssem assinados os novos contratos previstos pelo art. 202 do Código de Águas (art. 1.º do citado decreto-lei).

Segundo o sistema adotado pelo Código das Águas, tôdas as concessões dos serviços de energia elétrica no país passaram a ser superintendidas pelo Govêrno da União. Sòmente a êste caberia o direito de outorgar concessões. E com êsse deveriam fazer novo contrato tôdas as emprêsas que tivessem concessões dadas pelos Municípios, pelos Estados ou pelo Distrito Federal.

Dêste modo, novos contratos teriam de ser feitos, segundo a determinação do art. 202 do Código das Águas. Mas o processo de revisão dos contratos antigos, ordenado por êsse texto legal, vinha encontrando dificuldades de ordem prática, retardando-se a elaboração das respectivas minutas. Por isso, o decreto-lei n.º 5.764, acima citado, determinou desde logo uma novação subjetiva em tais contratos, por fôrça da qual a União se subrogou na posição dos Estados, do Distrito Federal, do Território do Acre ou dos Municípios, em todos os contratos anteriormente feitos com essas entidades. No art. 4.º, ressalvou a essas entidades de direito público o direito de reversão objetivando os bens das emprêsas concessionárias.

Assim, se nos contratos a reversão devesse ser feita aos poderes locais, a União respeitaria êsse direito. Não havendo, porém, cláusula a êsse respeito, a reversão teria de se dar, necessàriamente, a favor da União, de acôrdo com o preceito geral do art. 165 do Código das Águas, que assim dispõe:

"Findo o prazo das concessões, revertem para a União, para os Estados ou para os Municípios, conforme o domínio a que estiver sujeito o curso dágua, tôdas as obras de captação, de regularização e de derivação, principais e acessórias, os canais adutores dágua, os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como a maquinaria para a produção e transformação de energia e Linhas de Transmissão e Distribuição".

Ficou estabelecido por êsse código que todos os contratos de concessão deviam ser revistos e substituídos por novos, a serem outorgadas pela União. Nesses novos contratos, deviam ser estipuladas as condições de reversão, com ou sem indenização, segundo dispõe o art. 166. Mas *em nenhum se dispensaria a re-*

versão, pois a mesma é determinada, de modo imperativo, pelo art. 165.

E' evidente, portanto, que tôdas as emprêsas concessionárias de serviços de energia elétrica ficaram sujeitas a êsse novo regime e subordinadas a essa cláusula imperativa de reversão dos bens, finda a concessão por qualquer motivo, isto é, pelo término do contrato ou pela declaração de caducidade.

Já estando findo o contrato com a impetrante, continuou ela a prestar êsse serviço ao Município, mas subordinada ao regime estabelecido pela legislação federal, que colocou como Poder concedente a União, a qual se subrogou na posição das outras entidades públicas que tivessem outorgado as concessões anteriores.

E a respeito de tôdas as concessionárias passou a prevalecer a cláusula de reversão. Esta daria à União, a qual, entretanto, respeitaria os direitos das outras entidades, se estivessem previstos nos contratos anteriores.

O que é certo, portanto, é que a impetrante ficou sujeita a essa cláusula legal de reversão. Finda a concessão por qualquer motivo, os bens que ela havia empregado no serviço de abastecimento de fôrça e luz tinham de, necessàriamente, reverter ao Poder Público, pouco importando saber se ao patrimônio da União, do Estado ou do Município. O que é inquestionável é que há uma cláusula legal de reversão que a atinge, desde que entrou em vigor o regime estatuído pelo Código das Águas, regime a que ficaram subordinadas tôdas as emprêsas, mesmo no que tange às relações contratuais, por fôrça do citado decreto-lei n.º 5.764.

Ora, havendo uma cláusula de reversão dos bens empregados na execução do serviço concedido, a propriedade dos mesmos é transmitida ao Poder cedente, por fôrça dessa cláusula e independentemente de qualquer ato expropriatório. Não havia necessidade de decreto de desapropriação, porque já existia, por fôrça do art. 165 do Código das Águas, a cláusula de reversão, cláusula a que ficou subordinada a concessão da impetrante, desde que êste Código entrou em vigor.

Dêste modo, verificada a condição, consistente na declaração da caducidade, os bens da concessionária desde logo se incorporaram ao patrimônio do Poder titular da concessão. E a declaração de caducidade, é a própria impetrante quem o reconhece, não pode ser atacada por via de mandado de segurança.

Está, portanto, inteiramente certo o decreto federal, quando ordenou a entrega dêsses bens à "administração do município, independentemente de qualquer processo de desapropriação, que era absolutamente desnecessário, porque a coisa já deixara de pertencer ao concessionário. Restava apenas apurar se havia alguma indenização a pagar ou se já se devia reputar como inteiramente amortizado todo o gasto feito pela concessionária com a aquisição de tais bens, segundo o sistema instituído pelo mesmo código, que manda tomar em conta o custo histórico, e não o valor atual, e que prevê a amortização paulatina, dada pelos lucros auferidos.

A respeito das situações dos bens que as concessionárias de serviços públicos invertem aos mesmos ou destinam à sua realização, são interessantes estas considerações do Dr. Francisco Campos, em seu trabalho intitulado *Imunidade de Impostos*, edição do *Jornal do Comércio*, de 1947, pág. 131:

"Empregando a sua propriedade no desempenho de um serviço público, o concessionário concorda em submetê-lo a um regime de restrições e limitações tão extensas e profundas que implicam na sua translação do direito privado para o direito público. Sôbre a sua propriedade passam a incidir servidões de caráter público e tôda sua substância, como o lenho do sândalo do seu perfume, é impregnada de interêsse público, ou absorvida, em sua integridade, pelo interêsse público, que domina, de modo soberano, quanto ao seu uso, a sua aplicação e ao seu destino. A propriedade torna-se indispensável e o seu proprietário não pode modificá-la ou transformá-la de acôrdo com o seu interêsse, mas

tão sòmente no sentido e nos limites que o interêsse público determinou.

"Pode-se dizer que a propriedade do concessionário, afetada ao serviço público é, enquanto dura a concessão, incorporada ao domínio público.

"Nas concessões com a cláusula de reversão o caráter público da propriedade do concessionário ainda é mais completo, ou é total.

"Pela Cláusula de Reversão, o concessionário, ao aceitar a concessão, perdeu a propriedade. Esta nunca mais reverterá ao seu patrimônio. Que dizer de uma propriedade, de que o proprietário não poderá dispor nem quanto ao uso, nem quanto à substância? A esta última pergunta, nos têrmos da primeira, se contém a resposta categòricamente negativa. A propriedade em questão mudou, evidentemente, de titular, ou passou a um outro patrimônio.

"Não passa, portanto, de mero verbalismo a análise jurídica que continua a persistir em considerar como continuando no patrimônio particular a propriedade que o concessionário colocou ao serviço de um fim público com a cláusula de reversão. O que continua no seu patrimônio é uma obrigação do Estado, e nesta a sua propriedade foi integralmente computada".

"Não é concebível que, finda uma concessão de serviço público de premente necessidade, como é por exemplo o abastecimento de água ou o de energia elétrica, tivesse o concessionário o direito de retirar o encanamento ou a rêde de distribuição, por não querer renovar o contrato nem concordar com o preço que foi oferecido pelo Poder Público. Desde o momento em que êsses bens foram empregados na satisfação dêsse serviço público, incorporaram-se ao mesmo e não podem ter o seu destino mudado pelo concessionário. Isso seria o mesmo que colocar o direito patrimonial dêste em posição superior ao interêsse público.

A possibilidade de desapropriação, nessa altura, não seria suficiente para impedir os transtornos causados pela rebeldia do concessionário. E foi necessàriamente para evitar situações como essas que o Código das Águas, elaborado com uma exata compreensão dos interêsses sociais pelo Ministro e Professor Alfredo Valadão, instituiu desde logo uma cláusula legal de reversão de todos os bens que os concessionários do serviço público de energia elétrica tivessem empregado na sua realização. Êsses bens ficaram pertencendo ao Poder Público desde o momento em que essa cláusula legal se incorporou aos contratos, por fôrça dos decretos citados, ficando apenas subordinada ao implemento da condição, representado pelo término da concessão, término êsse que tanto podia ser o fim do contrato como a declaração da sua caducidade pelo poder competente que, segundo o mesmo Código, é o Executivo federal.

Dêste modo, ainda que não estivesse findo o contrato de concessão, como efetivamente estava, desde 1938, podia o mesmo ser declarado rescindido ou caduco como foi, por decreto do Exmo. Senhor Presidente da República, tendo o Conselho Nacional de Energia Elétrica opinado prèviamente sôbre a necessidade dessa rescisão.

Usou o Sr. Presidente da República de uma atribuição que lhe é dada expressamente pelo art. 168, do Código das Águas. Discutir, neste processo de mandado de segurança, se se verificaram ou não os pressupostos estabelecidos para a decretação da caducidade, é coisa que não se pode admitir, visto envolver questões de alta indagação, isto é, matéria probatória, que se exclui do âmbito dêste remédio excepcional, como o reconhece, aliás, a própria impetrante.

Demais, é preciso insistir na circunstância de que o contrato de concessão de há muito se venceu. Se as cláusulas continuaram a ser observadas, com as alterações decorrentes da legislação federal sôbre o assunto, todavia nenhum prazo novo se estabeleceu. Ter-se-ia, em tais condições, dado uma prorrogação do contrato por prazo indeterminado, sendo lícito a qualquer das partes dar por finda a concessão quando bem entendesse.

Por todo o exposto, verifica-se não só descabimento do mandado de segurança, como a sua total improcedência.

Espera, portanto, a suplicante, a sua denegação, como imposição da mais restrita Justiça".

Falou, por derradeiro, o Exmo. Senhor Dr. Plínio Travassos, D. D. Procurador Geral da República.

Disse o eminente Chefe do Ministério Público:

"A Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí S. A. impetra êste mandado de segurança contra o ato de S. Excelência o Sr. Presidente da República, que considera inconstitucional e ilegal, constante do art. 2.º do decreto número 28.549, de 25 de agôsto de 1950, para o fim de lhe ser assegurado o direito de propriedade dos bens que constituem a rêde de distribuição e demais instalações necessárias à operação e manutenção de serviços de energia elétrica, de que era concessionária no Município de Capivarí, no Estado de S. Paulo, restituindo-se-lhe a posse e administração dos mesmos bens, que diz terem sido violentamente arrancados de seu patrimônio e entregues à Prefeitura Municipal de Capivarí, sem qualquer indenização.

Êsse o pedido da impetrante, como ressalta da leitura do alegado, sob o número 8, na petição inicial (fls. 12) e do qual se infere que usou dessa medida judicial em substituição a de reintegração de posse, mais ajustável ao seu objetivo, depois de lhe haver sido denegado um mandado de segurança impetrado contra a Prefeitura Municipal de Capivarí, para tornar sem efeito a imissão de posse dos referidos bens, a ela concedida, como alega às fls. 119, a mesma Prefeitura, e comprova com a certidão de fls. 131.

Repelida pela Justiça do Estado de São Paulo, em decisões transitadas em úulgado, ao procurar reaver os bens em cuja posse já se achava imitida a Prefeitura Municipal de Capivarí, a impetrante resolveu então impetrar êste mandado de segurança contra a execução do decreto n.º 28.549, de 25-8-1950, na parte respeitante ao disposto no seu art. 2.º e sem ouvir a aludida Prefeitura, já protegida contra a ora impetrante, pela Justiça do Estado de São Paulo, com respeito à posse dos bens a que se refere a petição inicial, e que quer agora conseguir astuciosamente.

E' evidente, portanto, o ardil empregado pela impetrante para burlar a execução das decisões judiciais que lhe foram contrárias, proferidas a favor da já mencionada Prefeitura.

Quando, entretanto, êste egrégio Tribunal não queira, por êsse fundamento, deixar de conhecer, desde logo, do mandado de segurança em aprêço, como esperamos, concluirá certamente, quanto ao mérito, pela improcedência do pedido inicial, atendendo às claras e precisas informações de fls. 37-42, do então ilustre Ministro da Agricultura, Senador A. de Novais Filho e aos doutos pareceres de fls. 43-47, do então Consultor Jurídico daquele Ministério — Dr. José Jaques de Morais, e de fls. 68-81, do Dr. José Martins Rodrigues, Consultor Jurídico do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, que oferecemos, *data venia*, como partes integrantes dêste parecer.

Longe de atentar contra qualquer direito da impetrante, o ato do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, fazendo baixar o decreto n.º 28.549, de 25-8-50 (fls. 15), foi liberalíssimo, pois deixou de lado o disposto, com muito mais rigor, no art. 169, n.º I, do Código das Águas, nos seguintes têrmos:

"Art. n.º 169 — As concessões decretadas caducas serão reguladas na seguinte forma:

I — No caso de produção de energia elétrica destinada ao comércio de energia, o Govêrno Federal, por si ou terceiro, substituirá o concessionário até o têrmo da concessão, perdendo o dito concessionário todos os seus bens, relativos ao aproveitamento concedido e à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma".

Pelo decreto n.º 28.549, de 1950, a impetrante não perdeu os seus bens, nem

ficou privada de pleitear justa indenização se lhe assistir direito a isso.

Tudo, porém, depende de exame de matéria de fato, que terá de ser feito detidamente e, portanto, incompatível com o processo de mandado de segurança .

A única coisa que aquêle decreto impediu à impetrante, usando o Poder Executivo do seu inegável "poder de império", foi que ela continuasse inadimplente, como se vinha manifestando desde Vinte Anos Atrás, tendo, para isso, decretado, como lhe cabia, a caducidade do contrato celebrado em 7-8-1908, entre a firma Júlio da Silva & Cia. e a Prefeitura Municipal de Capivarí.

"A legalidade do ato do Govêrno e o seu criterioso procedimento, ressaltam dos vários *consideranda* do citado decreto n.º 28.549, de 25-8-1950, que abaixo transcrevemos para que isso se verifique.

Eis o texto integral do aludido decreto:

"Declara a caducidade do contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Capivarí e a firma Júlio da Silva & Companhia.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 87, número I, e nos têrmos do art. 141, § 16, *in fine*, da Constituição, combinado com o art. 591 do Código Civil e disposições aplicáveis do decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas) e leis complementares, e

Considerando que a Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí Sociedade Anônima, sucessora da firma Júlio da Silva & Companhia, concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica do município de Capivarí, no Estado de S. Paulo, vem, de longo tempo e reincidentemente, faltando às obrigações contraídas, infringindo dispositivos legais e oferecendo péssimo serviço à população;

Considerando que os serviços elétricos constituem utilidade essencial à vida, em cidade;

Considerando que o Govêrno Federal, dispondo do seu poder regulamentar, não deve ficar impassível aos reiterados apelos da Prefeitura Municipal de Capivarí, apoiada pelo Govêrno do Estado de São Paulo, através dos estudos e pareceres da Inspetoria de Serviços Públicos do Estado de São Paulo, contra essa grave situação de um serviço público local, a qual exemplifica um caso flagrante de perigo público iminente previsto *in fine* do § 16 do artigo 141 da Constituição;

Considerando que se acha findo, pelo lapso de tempo, o prazo da concessão em causa:

Considerando que é urgente remediar-se o mal com a cooperação das autoridades locais, decreta:

Art. 1.º — E' declarada a caducidade do contrato celebrado em 7 de agôsto de 1908 entre a Prefeitura Municipal de Capivarí, no Estado de S. Paulo e a firma Júlio da Silva & Companhia, de que é sucessora de fato a Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí Sociedade Anônima.

Art. 2.º — A rêde de distribuição e demais instalações necessárias à operação e manutenção do serviço, passam à administração da Prefeitura Municipal de Capivarí, sem prejuízo, entretanto, de qualquer reparação patrimonial a que, porventura, tiver direito a Emprêsa concessionária.

Parágrafo único — A indenização eventual a que se refere êste artigo, à falta de acôrdo entre as partes, será fixada judicialmente, *a posteriori*.

Art. 3.º — A Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Tieté, Sociedade Anônima, manterá, nas mesmas condições, o suprimento de energia elétrica que vem fazendo a Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivarí Sociedade Anônima, pelo prazo de um (1) ano.

Art. 4.º — O presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º — Revogam-se o decreto número 26.049, de 21 de dezembro de 1948, o decreto n.º 28.477, de 9 de agôsto de 1950, e mais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 25 de agôsto de 1950. 129.º da Independência e 62.º da República. — *Eurico G. Dutra, A. de Novais Filho*".

Ante os clamores da população local, não seria possível que o Govêrno ficasse insensível, aguardando providências da impetrante, cujo maior acionista, seu orientador, sem o menor espírito público, vivia preocupado apenas com a construção e reforma de canais para a criação de carpas (fls. 40).

Não há também cogitar de expropriação, pois, como bem salientou a Prefeitura Municipal de Capivarí, em suas brilhantes alegações de fls. ns. 118-128, o art. 165 do Código das Águas, dispondo sôbre a reversão ao findar o prazo das concessões, estabelece que:

"Findo o prazo das concessões, revertem para a União, para os Estados ou para os Municípios, conforme o domínio a que estiver sujeito o curso dágua, tôdas as obras de captação, de regularização e de derivação, principais e acessórias, os canais adutores dágua, os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como a maquinaria para a produção e transformação de energia e Linhas de Transmissão e Distribuição".

No caso em exame, entretanto, o próprio decreto n.º 28.549, de 1950, admitiu a possibilidade de ser a impetrante indenizada se tiver direito.

A impetrante, pois, não tem direito ao que pede e muito menos com os característicos de liquidez e certeza essenciais à concessão de mandado de segurança.

Confiamos, assim, no indeferimento do pedido inicial.

Distrito Federal, em 18 de junho de 1951. — *Plínio de Freitas Travassos*, Procurador Geral da República".

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — Não visa o impetrante a anulação do ato que decretou o caducidade da concessão. Êle mesmo o afirma e o reafirma desenganadamente. O alvo a que põe sua mira é outro: é a restituição e posse de seus bens entregues à Prefeitura de Capivarí.

E nenhuma dúvida ocorre em que, reconhecida a ineficiência dos serviços da Emprêsa, podia o Govêrno desapropriar-lhe os bens, providência, porém, que se dá mediante prévia e justa indenização em dinheiro, nos têrmos da lei maior (art. 141, § 16). No caso, não ocorreu "prévia e justa indenização em dinheiro".

Em um dos considerandos do decreto n.º 28.549, de 25 de agôsto de 1950, se alude a estar a Emprêsa "faltando às obrigações contratuais, infringindo dispositivos legais e oferecendo péssimo serviço à população".

E em outro, referência existe à grave situação criada por êsse teor de proceder, que exemplificaria "caso flagrante do perigo público iminente previsto *in fine* do § 16 do art. 141 da Constituição".

Mas, razão assiste ao impetrante quando sustenta sua situação em que se trata de fato incomparável à guerra ou comoção intestina.

Dir-se-á — é verdade — que a guerra e a revolução interna se empregam exemplificativamente. Mas, estabelecem um padrão a que é imparagonável o desmantêlo dos serviços da emprêsa.

Como observa o eminente Professor Sampaio Dória, em parecer produzido a fls., o bom siso mesmo repeliria classificar como perigo iminente a má prestação de serviços de uma emprêsa elétrica à população de uma cidade.

Trata-se, ademais disso, de exceção aberta a princípio, que define garantia individual e, que, pois, descomporta interpretação ampliadora.

E' o que dilucidava Clóvis Bevilaqua, em escólio ao art. 591 do Código Civil e aludindo ao art. 72, § 17, da Constituição de 1891, em que também se encartava o princípio examinado:

"Deve-se, portanto, entender a Constituição como exigindo a indenização

prévia nos casos ordinários, em tempo de paz. Suspensas, porém, as garantias constitucionais, no teatro da guerra ou da comoção intestina, é lícito "às autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantindo ao proprietário o direito à indenização posterior" (Cód. Civ. Com., III, pág. 123).

De fora parte a hipótese de guerra ou comoção intestina ou de caso que, sem demasias e dilatações, a ela se deva paragonar, domina, entre nós, como princípio de raízes robustas e remotas, o que, no Império, enunciava Marquês de S. Vicente, em lição lembrada em Carlos Maximiliano, *Const. Brasileira*, vol. III, pág. 101:

"Se o bem público legalmente verificado exige o uso ou emprêgo da propriedade do cidadão, a sociedade deve ter o direito de realizar a desapropriação e não dispor da propriedade antes de prèviamente verificar e realizar a indenização".

Não padece de excesso ou imodéstia, pois, o que no parecer aludido, disse o Professor Sampaio Dória:

"O ato de um govêrno que, a título de má prestação de um serviço, subtraia do patrimônio de uma pessoa bens para entregá-los ao arbítrio de outrem, sem indenização, e mais ainda, sem o processo de desapropriação legal, é *confisco*. E o *confisco* foi vedado no artigo 141, § 31, da Constituição em vigor".

Seria, pois, o caso dos autos o de privação da propriedade ao seu titular *without due process of law*.

Outros dados, entretanto, confluem para o seu desate.

Trata-se de bens de emprêsa de energia elétrica, verificando-se a caducidade da concessão de serviço público.

No mandado de segurança n.º 894, decidiu êste Tribunal ser, em linha de princípio, direito do poder público cassar as concessões, que outorga.

E no mandado de segurança número 1.138, de Sergipe, ainda uma vez se proclamou a faculdade da decretação da caducidade de concessão por via administrativa.

Fui, ainda, Relator do respectivo acórdão e para lhe esforçar os fundamentos, invoquei as lições de Fritz Fleiner e de Gascón y Marin. E, como se lembra a fls., afirmei, abordando a Magalhães Colaço:

"Êrro, fôra, evidentemente, crer-se que o Estado, pelo fato de conferir a concessão, se tenha abandonado nas mãos do concessionário, não apenas renunciando aos seus direitos, mas esquivando-se aos seus deveres.

Compreende-se, pois, na atividade da administração pública, fiscalizar a atividade do concessionário e, — se o exigirem os interêsses coletivos, decretar a caducidade da concessão. Apenas, se a decretação da caducidade desvelar teor irregular de ação da parte do poder concedente, nela incidirá, para despedir sanções de reparação, o poder judiciário. E o sentido da lição invocada a fls., de Viveiros de Castro: "Se o concessionário não cumprir as suas obrigações contratuais, a Administração decretará a caducidade da concessão, salvo o direito do concessionário de recorrer ao Poder Judiciário, se entender que não houve justa causa para a decretação da caducidade.

De resto, é ocioso insistir no assunto, de vez que, em mais de um passo de suas alegações, não visa o impetrante a revisão daquele ato.

O a que êle mira é a reentrega dos bens que se transferiram de sua administração e posse para a da Prefeitura de Capivarí.

Mas, a circunstância de se tratar de caducidade inatingida pela ação judiciária — administrativa de concessão de serviço público de energia elétrica deve ser tomada porque dá ao caso matiz que o desconvizinha do "confisco" a que se alude a fls.

E aqui vem à tona das citações o artigo 169, do Código de Águas, que estabelece:

"As concessões decretadas caducas serão reguladas na seguinte forma:

I — no caso de produção de energia elétrica destinada ao comércio de energia, o Govêrno Federal, por si — ou terceiro, substituirá o concessionário até o têrmo da concessão, perdendo o dito concessionário todos os seus bens, relativos ao aproveitamento concedido e à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma".

E o decreto n.º 3.673, de 25 de outubro de 1941, estabeleceu:

"Independentemente da revisão ou assinatura de contratos previstos no artigo 202, do Código de Águas, e artigo 18 do decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1933, poderá a União encampar as instalações das emprêsas que exploram a indústria de energia hidro ou termoelétrica, ou decretar-lhes a caducidade das explorações, nas bases e nos casos em que se lhes fôr aplicável, do disposto para concessões, nos arts. 167, 168 e 169 daquele Código".

No parecer de fls., suscita-se objeção de momento e relêvo: a de que o caso dos autos não frisa linearmente com os previstos no art. 163, do Código das Águas, *verbis*:

"As concessões deverão caducar obrigatòriamente, declarada a caducidade por decreto do Govêrno Federal:

I — Se, em qualquer tempo, se vier a verificar que já não existe a condição exigida no art. 195.

II — Se o concessionário reincidir em utilizar uma descarga superior a que tiver direito, desde que essa infração prejudique as quantidades de água reservadas na conformidade dos arts. 143 e 153, letra *e*.

III — Se, nos casos de serviços de utilidade pública, foram os serviços interrompidos por mais de setenta e duas horas consecutivas, salvo motivo de fôrça maior, a Juízo do Govêrno Federal".

Pôsto se reconheça a procedência do argumento, não se conclui por sua completa relevância.

Os casos de caducidade enumerados no art. 195 não exaurem a matéria. O descumprimento, pelo concessionário, de deveres e obrigações, com prejuízo notável do serviço público, pode levar à decretação de caducidade, embora não se ache previsto, à exata, no texto transcrito.

E, pelo art. 169, decretada a caducidade, substituirá o Govêrno Federal o concessionário, diretamente ou por terceiro — com a perda dos bens, sem indenização.

Objeções que se levantassem a êsse propósito, em nome dos princípios constitucionais, formariam um *vœxata questio* inapreensível nas raias apertadas do mandado de segurança.

E as circunstâncias referidas na petição de fls. 118 ainda a adensam de maiores dificuldades.

Assim que o objetivo de se reintegrar a impetrante na *posse e administração* de seus bens depara obstáculos a administração no decreto inatingido, de caducidade, a *posse*, na imissão que, em favor da Prefeitura, concedeu o juízo de direito de Capivarí, em decisão que deixou de suscitar o recurso adequado, razão por que malogrou o mandado de segurança contra ela impetrado ao douto Tribunal de S. Paulo (vêde fôlhas 131-131 v.), por via de acórdão de que, igualmente, não se recorreu.

A verificação da identidade dos casos, isto é, o exame, na hipótese, da ocorrência ou não dos extremos da *res judicata* e da constitucionalidade da cláusula legal de reversão configuram, igualmente, questões que, de *res judicata* e da constitucionalidade e sua índole, deparam nos remédios comuns de direito ensêjo mais adequado de estudo e solução.

Tenho que não devem ser, em face dos motivos exposto, considerados e re-

solvidas, à sôfrega, no juízo sumaríssimo do *writ* impetrado.

Sem que, com êsse pronunciamento, deixe fechado à parte o acesso às vias comuns de direito, indefiro o pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Indeferiram o pedido, unânimemente.

Não tomou parte no julgamento o Senhor Ministro Ábner de Vasconcelos, por não ter assistido ao relatório.

Deixaram de comparecer, por se achar em gôzo de férias, o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. Ministros Afrânio Antônio da Costa e Ábner de Vasconcelos.