CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — CADUCIDADE — ENCAMPAÇÃO — INDENIZAÇÃO PRÉVIA — ENERGIA ELÉTRICA

— A encampação de concessão de serviço de energia elétrica. para ser executada, fica na dependência da indenização prévia.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Impetrante: Companhia Matogrossense de Eletricidade
Mandado de segurança n.º 4.473 — Relator: Sr. Ministro
ARI FRANCO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 4.473, de São Paulo, requerente, Companhia Matogrossense de Eletricidade, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena e por maioria, em conceder a segurança impetrada, em conformidade do que consta das notas taquigráficas antecedentes.

Custas da lei.

COMENTÁRIO

A CADUCIDADE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança n.º 4.473, adotada por maioria de votos, merece registro especial pela inovação introduzida na jurisprudência constante do egrégio órgão judiciário.

A tendência, até então dominante, no emérito colegiado, reconhecia que a prestação deficiente dos serviços concedidos de energia elétrica

Rio de Janeiro, Distrito Federal, em 18 de setembro de 1957 (data do julgamento). — *Orosimbo Nonato*, Presidente. — *Ari Azevedo Franco*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Franco — Sr. Presidente, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente da República, que teria cassado a concessão, de que goza a requerente, relativa à produção e distribuição de energia elétrica aos municípios de Campo Grande, Corumbá e Aquidauana. A caducidade da concessão refere-se, aliás, apenas ao município de Campo Grande. Pelo despacho de fl. 37 solicitei informações e determinei que se oficiasse à Prefeitura dessa cidade, no sentido pedido pela liminar, a qual, pois, foi deferida. As informações prestadas foram baseadas em parecer do Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura e dizem o seguinte: (ler).

Ouvida a douta Procuradoria-Geral, opinou esta pelo indeferimento do pedido, dizendo que o Presidente da República nada tinha que ver com a questão e que o impetrante deveria fazer valer seus direitos pelos meios ordinários.

Já estava o processo em pauta quando a parte entrou com reclamação, em que diz que a Prefeitura de Campo Grande está frustrando a liminar.

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Franco (Relator) — Conforme viram os eminentes colegas, trata-se de ato do Presidente da República que decretou a caducidade da concessão referente ao município de Campo Grande, feita à impetrante e relativa à produção e distribuição de energia elétrica àquele município.

Já tive ensejo de relatar mandado de segurança de natureza análoga, aliás invocado pela impetrante e pôsto, também, em relêvo no parecer da Procuradoria-Geral. Êste Tribunal não tem sido muito pacífico relativamente à interpretação dêsse preceito sôbre caducidade e encampação, e o eminente Procurador-Geral usou do argumento, *ad terrorem*, de que a companhia em causa não mais distribui eletricidade ao município de Campo Grande e está pleiteando indenização, talvez exagerada, para entregar ao município o seu acêrvo.

No mandado anterior, de que fui Relator, entendeu o Tribunal, de acôrdo

---

autorizava a sanção da caducidade do vínculo, a ser declarada pelo poder concedente.

O art. 168 do Código de Águas enumera três hipóteses de caducidade da concessão, a saber:

a) se o concessionário vier a perder a condição de pessoa física ou jurídica brasileira;

b) se o concessionário reincidir no uso de descarga superior à autorizada, em detrimento de terceiros;

c) se o serviço fôr interrompido por mais de 72 horas consecutivas, salvo motivo de fôrça maior.

A tais casos expressos, se acresciam, porém, aquêles outros implícitos, vinculados ao inadimplemento da obrigação de fornecer serviço contínuo e apropriado.

Consolidando o entendimento uniforme de outros julgados, afirmou o Supremo Tribunal Federal, pela voz autorizada do ilustre Ministro Orosimbo Nonato:

"Os casos de caducidade enumerados no art. 168 não exaurem a matéria. O descumprimento, pelo concessionário, de deveres e obriga-

com meu voto e contra os pronunciamentos dos eminentes Ministros Nélson Hungria e Barros Barreto, a concessão constitui direito líquido e certo do concessionário e a caducidade decretada sem prévia indenização, passaria a ser confisco, proibido, a meu ver, pela Constituição.

Conforme salientou, da tribuna, o ilustre advogado da impetrante, tudo se encaminhava no sentido da encampação, quando, em determinada altura do processo respectivo, um técnico do Conselho Nacional de Águas realçou que tal encampação, acarretando pagamento prévio de indenização, importaria em dificuldade para o município e sugeriu que se decretasse a caducidade da concessão, porque, nos têrmos do art. 168 do Código de Águas, isso afastaria a possibilidade de tal indenização prévia. Essa caducidade, porém, só poderia ser decretada nos têrmos estritos das três alíneas do aludido art. 168. Na minha opinião, não só em face dos têrmos expressos do Código de Águas. como, também, do § 16 do art. 141 da Constituição, o Poder público não pode tomar conta de bens alheios sem pagamento de prévia indenização, salvo nos casos, ali mencionados, de guerra ou comoção intestina grave. Foi êsse o meu entendimento no caso anterior e o é agora: o município de Campo Grande só terá o direito de encampar os bens do impetrante se lhe pagar prévia indenização.

Assim, coerente com meu voto anterior, defiro o mandado, em parte, isto é, para assegurar à impetrante o direito de manter suas instalações de produção e distribuição de energia elétrica ao município de Campo Grande, só admitindo que a Municipalidade as encampe mediante pagamento de indenização prévia, conforme determina a Constituição federal.

VOTO

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa — Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, por entender que não é possível afastar o preceito constitucional que exige o pagamento de indenização prévia. Do contrário, poderíamos chegar a graves abusos.

ções, com prejuízo notável do serviço público, pode levar à decretação da caducidade, embora não se ache previsto, à exata, no texto transcrito" (acórdão no mandado de segurança n.º 1.419, *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 33, pág. 209/s.).

A concessão de energia elétrica não é mero negócio privado, em que os interêsses econômicos e financeiros do concessionário tenham supremacia. É meio de gestão de um serviço público, que visa a atender certos interêsses essenciais da coletividade.

Se, portanto, o concessionário inadimplente, omisso em suas obrigações, deixa de oferecer serviço idôneo e tècnicamente qualificado, não pode o Estado ficar indiferente ao prejuízo coletivo.

A declaração da caducidade do contrato de concessão é, na hipótese, não sòmente uma faculdade do poder concedente, mas sobretudo "um dever da Administração para com o público", como observa Temístocles Cavalcânti (*Tratado de Direito Administrativo,* vol. IV, 2.ª edição, pág. 450).

Segundo a doutrina usualmente aceita, a caducidade é sanção de ordem pública, aplicável ao concessionário relapso em seus deveres essenciais, mesmo quando não declarada na lei, ou no contrato.

Defiro o mandado, nos têrmos do voto do eminente Ministro Ari Franco.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Sr. Presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Pediu vista o Sr. Ministro Vilas-Boas, depois de votarem os Srs. Ministros Relator e Afrânio da Costa (substituto do Sr. Ministro Rocha Lagoa, que se encontra em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), concedendo, em parte, a segurança.

Relator o Sr. Ministro Ari Franco. Presidência do Sr. Ministro Orosimbo Nonato.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Vilas-Boas — Exmos. Srs. Presidente e Relator.

Havendo examinado os autos, passo a enunciar o meu parecer e voto sôbre o assunto.

Em 11 de julho de 1944, foi celebrado um contrato, com o prazo de 30 anos, entre o Govêrno federal e a Companhia Matogrossense de Eletricidade, "regulamentando a exploração de uma usina termelétrica, situada na cidade de Corumbá (MT), e de três aproveitamentos de energia hidráulica, existentes no município de Campo Grande (MT).

Todavia, o Chefe do Govêrno expediu, em 5 de dezembro de 1956, o Decreto n.º 40.497, declarando caduca a concessão da Companhia Matogrossense de Eletricidade no município de Campo Grande e determinando que os aproveitamentos, usinas, rêdes de transmissão e distribuição e demais instalações da Companhia passassem à administração da Prefeitura Muúnicipal, sem prejuízo de qualquer reparação patrimonial a que porventura tiver direito a concessionária.

A caducidade foi, assim, decretada, porque a concessionária deixara, habitualmente, de desempenhar as obrigações assumidas, oferecendo péssimo serviço à população.

A Companhia, na longa petição de segurança, sustenta no substancial:

1.º Que a declaração carece de fundamento legal: o Exmo. Sr. Presidente da República se dissera autorizado a assim agir pelo art. 169 do Decreto n.º 24.643 (Código de Águas), que apenas regula a continuidade do serviço após o afastamento do concessionário, sem

---

Esta a clássica afirmação de Gaston Jèze:

La caducidad es sanción de orden público. Existe sin que sea necesario incluirla expressamente en el acto de concesión (Principios generales del Derecho Administrativo, trad. argentina, vol. VI, pág. 73).

E, mais adiante:

Dado su caráter de orden público, no es necesario mencionar "expressamente" la caducidad en el acto de concesión, ni preverla en una ley o reglamento (ibidem, pág. 73).

Por isto, é vedada, como contrária à ordem pública, cláusula que importe em proibir caducidade, desde que equivaleria a uma "cláusula de irresponsabilidade do concessionário" (pág. 74).

Também Bielsa considera que a caducidade *es de la esencia de toda concesión o privilegio, de todo contrato de obra pública realizado por la administración pública, por lo que no es necesario que sea expressamente pactada,* mostrando que *la declaración de caducidad no puede ser renunciada ni por convenio, pues ello implicaria la renuncia de um poder que debe ejercer la Administración pública en*

que, todavia, especifique os motivos para decretação da caducidade;

2.º que as cláusulas contratuais dispõem sôbre a matéria e a elas não se ateve o decreto;

3.º que a resolução do Govêrno é um autêntico ato expropriatório, que exorbita da faculdade contida na Constituição.

O Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. Carlos Medeiros Silva, em brilhante parecer, lido pelo eminente Relator, opinou pela denegação do mandado.

O tema da revogação unilateral do ato administrativo pode ser encarado e resolvido de dois pontos de vista.

No critério genérico, lapidarmente enunciado por Francisco Campos é quase nulo o poder rescisório.

"Do exercício pela Administração da faculdade de rescindir os seus próprios atos, resultariam graves conseqüências, criando, em tôrno da sua atividade, uma atmosfera de incerteza ou de hesitação que acabaria por prejudicar a eficacia dos seus próprios atos, uma vez que se lhes não atribuiria o caráter de definitivo ou conclusivo, podendo sôbre êles reabrir-se, a qualquer momento, a questão da sua validade, o que acabaria por comprometer a estabilidade e, por conseguinte, a própria autoridade da Administração. ... Em princípio, os atos administrativos, particularmente aquêles de que resulta uma situação individual, não podem ser revogados pela própria Administração. Êste princípio se funda no fato de que a atividade administrativa é, igualmente, uma atividade jurídica, de que os seus atos não são atos quaisquer, mas atos jurìdicamente qualificados ou de relevância jurídica, sendo, como é, a Administração uma das formas de execução do direito. Quando, portanto, o ato administrativo se resume em uma individuação da norma, a decisão do poder administrativo é assimilável à decisão do Poder Judiciário, adquirindo, assim, a fôrça de ligar a Administração ao seu próprio ato, o qual, em relação a ela constitui uma *res judicata*" (*Direito Administrativo*, págs. 60 e 62).

Particularmente, no que toca à realização das concessões, é diferente a lição de Gaston Jèze:

"*Les règles du droit public français relatives à la resiliation aux torts de l'entrepreneur de travaux publics peuvent être formulées comme suit*: 1) *la resilation aux torts de l'entrepreneur est une sanction d'ordre public. Elle existe sans qu'il soit nécéssaire de l'inscrire*

---

defensa del interés público (Estudios de Derecho Público, I, *Derecho Administrativo*, pág. 558).

São do mesmo autor estas oportunas ponderações:

Aunque no se prevea en los contratos de concesión la sanción de caducidad por el incumplimiento de las condiciones esenciales de la prestación del servicio, y menos aun el no altera las bases de la concesion, la caducidad puede declararse. Está en la intención de las partes, aunque no siempre en el texto mismo de los convenios, el dar y aceptar una concesión con ese objeto. Seria absurdo que el concedente no pudiera poner término a una situación irregular cuyo "juzgamiento" no riquiere más que la comprobación del hecho, y que debiera la administración pública (y el interés público) esperar una decisión judicial despues de largos años de litigio, para poder adoptar una medida relativa a la prestación de servicios o ejecución de obras que no admiten solución de continuidad (Derecho Administrativo, tomo I, página 387).

Não é outra a sclução, no direito belga, segundo o testemunho de Buttgenbach:

expressement dans le marché. Il est interdit de stipuler en termes généraux, qu'elle ne sera jamais encourue; 2) *En principe, la resilition aux torts de l'entrepreneur est prononcée par l'administration elle même et non par le juge du contrat. Le juge du contrat n'est appelé qu'aprés coup, sur le recour de l'entrepeneur, à controler l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de prononcer une resilation aux torts*; 3) *La resilation aux torts de l'entrepreneur supposé une faute grave commise par l'entrepreneur. Lorsque le marché énumére les fautes pouvant entrainer la résiliation aux torts, cela ne signifie pas que les autres fautes graves de l'entrepreneur ne seront pas sanctionnées par la résiliation aux tors. Il faut et il suffit qu'une faute grave ait eté commise par l'entrepreneur*; 4) *La résiliation aux torts ne peut sauf circunstances urgentes ou exceptionelles être prononcée par l'administration qu'après une mise en demeure adressée à l'entrepreneur. Le marché de C. C. A. peuvent, en outre, prescrire une procedure de garanties pour l'entrepreneur.* 5) *La résiliation aux torts est une mesure définitive, que entraine nécessairement la rupture definitive du lieu contractuel entre l'administration et l'entrepreneur. Elle peut avoir d'autres consequences prévue au marché ou dans le C. C. C. applicable au maché: perte au cautionnement; droit pour l'administration de reprendre les matériaux approvisionés par l'entrepreneur; indemnité de résilation: designation d'un autre entrepreneur aux frais et risques de l'entrepreneur preventif.* 6) *L'application dés règles de la résiliation aux torts de l'entrepreneur est controlée par le juge du contrat, sans que le juge puisse intervenir dans la gestion du service public* (*Les Principes Gén. du Droit Adm.*, troisième edition, pág. 1.031).

O mesmo princípio fôra sintetizado, à pág. 856: *La caracteristique des sanctions du droit public doit consister dans le pouvoir de l'administration de se substituer immédiatement au contractant en prenant elle même, sous sa responsabilité sans intervention préalabre d'un juge, toutes les décisions nécessaires pour assurer le service public; le contrôle du juge ne se produira qu'après coup.*

Para o caso, dada a natureza da relação jurídica e as repercussões do inadimplemento da concessionária na vida de um dos maiores municípios do país, as conclusões de Jèze são as preferíveis, ou, pelo menos, indicam que não há nenhum abuso de poder a coibir.

Com efeito:

En matière de "concession", ce n'est pas douteux: la suspension ou la reduction d'activités pourrait entrainer, même en dehors de toute stipulation du contrat, le retrait de la concession et une condemnation éventuelle du concessionnaire au paiement de dommages et intérêts (*Theorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, pág. 423).

Se a lei ou o contrato impõem ao concessionário deveres fundamentais — entre êles os de eficiência e continuidade na execução do serviço — não se concebe que, mesmo no silêncio dos textos, às faltas graves praticadas com violação dessas obrigações elementares deixem de corresponder sanções administrativas, proporcionadas ao grau de lesão do interêsse público.

Não foi outro o fundamento pelo qual a jurisprudência do Conselho de Estado francês, desde o caso *Deplanque* (1907), admite que, na ausência de regras próprias, poderão ser invocadas as normas do direito comum para a especificação das penas administrativas cabíveis (ver: Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1902*, vol.

1. Não se trata de um contrato qualquer, senão de uma concessão de serviço público, de alta relevância, em que a emprêsa apenas substitui a Administração, que devia realizá-lo, a contento do povo.

2. O Decreto refere-se a um processo administrativo em que as faltas da concessionária, tôdas essenciais, ficaram apuradas. Êsse processo, contra cuja regularidade nada se articula, equivale à *mise en demeure*, a que alude o conhecido Professor.

3. O Govêrno não anulou a concessão, revogou-a parcialmente; distinção muito importante, no que concerne à competência.

A anulação do ato pertence ao Juiz; a rescisão cabe à Administração.

"O ato revogatório — como observa o Professor Onofre Mendes Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais — é precedido de uma operação lógica, em que são postos em equação dados de natureza político-administrativa, que dizem respeito à conveniência e à oportunidade do ato.

Conseqüentemente, o novo ato, que é o revogatório extinto do anterior, expressa um juízo da Administração pública, no sentido de deixar claro que o ato revogado já não satisfaz aos imperativos do interêsse público que ditaram sua emissão" *Direito Administrativo*, 1956, pág. 265).

4. Inserindo-se o ato revogatório entre os incidentes sob o poder discricionário do Govêrno, a sua cassação só pode dar-se quando houver um excesso a cancelar.

Ora, deu o Poder concedente como apurado que "a concessionária dos serviços de eletricidade no município de Campo Grande veio, há longo tempo e reincidentemente, faltando às obrigações contraídas, infringindo dispositivos legais e oferecendo péssimo serviço à população" e, ainda, "que foram descumpridas, por parte da concessionária, obrigações de caráter essencial, previstas no contrato disciplinar da concessão". Esta é a palavra oficial, com que é explicada a declaração de caducidade.

A exação do Govêrno pode ser verificada a *posteriori* pelo Poder Judiciário, não para convalescer a concessão, declarada extinta, mas para definir o título de indenização.

5. Não se trata de um decreto de desapropriação, cuja execução esteja na dependência de indenização prévia.

O próprio contrato, na cláusula décima — *Encampação*, dispõe: "A qual-

---

III, pág. 449; Long-Weil et Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1958, pág. 65/67).

Em matéria de concessões, a caducidade se distingue da encampação, exatamente, pelo seu caráter penal. Enquanto esta última se exerce mesmo nos casos de execução regular do serviço público concedido (pela noção de supremacia do interêsse público em relação aos direitos do concessionário), pelo que pressupõe indenização plena e atual, a primeira tem, como antecedente, falta grave consistente na paralisação, ou execução deficiente do serviço (Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativi*, vol. 3.º, pág. 315; Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, 3.ª edição, pág. 83).

Mais do que condição resolutiva, tácita, do contrato, a caducidade é pressuposto necessário da concessão de serviço público, ligado à satisfação das exigências fundamentais da relação jurídica constituída, como salienta Enzo Silvestri (*Il riscatto delle concessioni amministrative*, 1956, pág. 44).

O princípio da continuidade dos serviços públicos é uma das constantes do Direito Administrativo. Nêle se alicerçam algumas das mais

quer tempo, e se relevantes interêsses o exigirem, inclusive por ineficiência ou displicência da concessionária, o Govêrno federal poderá avocar os serviços que lhe foram concedidos, encampando a propriedade, equipamento e instalações da concessionária, existentes em serviço efetivo, *em função exclusiva e permanente da operação*, mediante indenização do respectivo investimento líquido, isto é, do investimento deduzido das reservas especialmente acumuladas para garantia do mesmo".

E' a especificação da doutrina de que a concessão não perde nunca o caráter de gestão do serviço público.

E como a encampação realizada, que a tanto equivale o ato revogatório, se faz em função exclusiva e permanente da prestação do serviço, que não pode sofrer as delongas de um processo judicial, deve-se cuidar do ressarcimento *a posteriori*, como se deduz dos princípios e não é infenso o próprio contrato.

Questões como esta estão a exigir um vigilante contrôle jurisdicional: o progresso impressionante de várias comunidades urbanas do nosso grande território, trazem como conseqüência a necessidade do aparelhamento adequado de serviços públicos essenciais ao confôrto das populações. Não é possível que uma tal exigência fique adstrita à omissão da iniciativa particular, muitas vêzes injustificável e movida por interêsses secundários. O bem-estar social, em casos tais, deve sobrelevar a tôdas as considerações, atendido em primeiro plano o interêsse geral em causa, que não pode estar submetido a fatôres de ordem comercial ou a motivos ocasionais, estranhos aos superiores reclamos da coletividade.

São estas as razões que me ocorrem, para considerar inidôneo o mandado de segurança, que, se concedido, poderá converter-se num *bill* de indenidade para que, por outros longos anos, a impetrante continue a desservir a operosa população de Campo Grande.

De acôrdo com o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral, indefiro o pedido, *data venia* do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Sr. Presidente, em casos análogos a êste já proferi votos em que atingi a mesma conclusão a que acabava de chegar o eminente Sr. Ministro Vilas-Boas.

Acho que casos desta espécie não podem, de modo algum, ser tratados à luz da Lei de Desapropriações, ou à luz do art. 14, § 16 da Constituição, que assegura o direito de propriedade e acres-

---

importantes construções doutrinárias, como a da ilicitude da greve ou da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos.

É também sob igual signo que se abriga o dever do concessionário em assegurar pontualmente e de modo constante a sua colaboração ao serviço público (Duez e Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, página 558).

Os usuários do serviço público têm direito a obter uma prestação continuada e apta, quer emane da Administração pública, quer de órgãos delegados.

O princípio da continuidade prescinde de menção legal ou contratual explícita; é noção ínsita à própria natureza do serviço público direto ou concedido.

Se o seu valor tem declinado, na França, a propósito da proibição de greve de funcionários, remanesce a sua aplicação em outros domínios *notamment en matière de concession public*, informa Benoit

centa que a desapropriação sòmente pode ser feita mediante prévia indenização.

No caso, há um premente, um urgente interêsse público a ser atendido, que é o serviço de luz e energia elétrica. Quando uma emprêsa concessionária falta aos seus deveres contratuais, e está prestando mal o serviço, em desacôrdo com as normas estatutárias da concessão, a entidade concedente pode, no próprio exercício do seu poder de polícia, ocupar, provisòriamente, os estabelecimentos da emprêsa, para proporcionar o serviço na medida da necessidade pública, até que se regularize a situação. Não há falar-se, aqui, em depósito de prévia indenização, pois, ao contrário do que ocorre no caso de desapropriação, não há critérios objetivos para uma prévia avaliação. Esta sòmente poderia processar-se através de um processo demorado, podendo durar um ou dois anos, e não é admissível que a emprêsa relapsa continue, nesse meio tempo, prestando seus maus serviços à população. Não há, no caso, uma usurpação de propriedade: o que há é uma intervenção justificada pelo poder de polícia e o interêsse público

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — No caso, os terrenos foram entregues à Prefeitura: como se pode dispor do patrimônio alheio desta forma?

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Sem essa entrega, não seria possível a intervenção que considero legítima, porque decorrente do poder de polícia. A entidade do Poder público intervém para assegurar ao povo, convenientemente, serviços de utilidade coletiva, que tais são o de luz e de energia elétrica.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Não há essa figura de intervenção. Na lei, há a figura da caducidade.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Convenho em que não existe expresso preceito de lei sôbre o caso, mas sua

---

Jeanneau (*Les principes gènéraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, pág. 112).

Mostra Basavilbaso que o princípio da *continuidade* se completa com o da *regularidade*:

Las necessidades coletivas no podrían ser cumplidas si el servicio público funciona irregularmente, sin estar ajustado a un régimen técnico preestablecido de acuerdo con los intereses generales que debe satisfacer (*Derecho Administrativo*, vol. III, pág. 61).

A simples ausência de interrupção do serviço não caracteriza o adimplemento da obrigação, se não fôr, por igual, *regular* a prestação dêle, ou seja, oferecido em bases tècnicamente normais.

Tanto a *descontinuidade*, como a *irregularidade* do serviço são faltas graves que podem conduzir à rutura do negócio jurídico.

A tese de que o fornecimento irregular do serviço de energia elétrica sòmente se poderá corrigir mediante encampação, sujeita a indenização *prévia*, importa na irresponsabilidade do concessionário.

A indenização prévia, a menos que o Estado se curve às imposições da emprêsa inadimplente, terá de ser fixada mediante ação ordinária, perdurando até final decisão a execução deficiente e danosa do serviço público.

Parece, *data venia*, mais adequado à natureza publicística do serviço que o Estado possa retomá-lo ao concessionário incapaz, sem embargo de que se liquidem, *a posteriori*, eventuais perdas e danos, ou indenizações patrimoniais.

solução é possível *de lege lata*, ou segundo os princípios gerais de direito. Não ignora V. Excia. a velha advertência dos romanos: *salus populi suprema lex est.*

Seja a salvação do povo a lei suprema. A necessidade não tem lei. Não é possível que se vá admitir o prejuízo da coletividade para favorecer uma emprêsa relapsa, que não está cumprindo o seu dever de concessionária, para que esta continue a prestar serviço deficiente e com infração das cláusulas da concessão.

Assim, fico com o eminente Sr. Ministro Vilas-Boas, *data venia* do eminente Sr. Ministro-Relator.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Sr. Presidente, recebi um memorial do ilustre patrono da impetrante, cuja leitura iniciei mas não pude concluir.

Assim, pedindo ao Tribunal que me releve, solicitei vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Pediu vista o Sr. Ministro Luís Gallotti, havendo os Srs. Ministros Vilas-Boas, Cândido Mota e Nélson Hungria denegado a segurança.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Lafayette de Andrada.

Presidência do Sr. Ministro Orosimbo Nonato.

Relator: o Sr. Ministro Ari Franco.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — O Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10-7-1934) precitua no art. 167 que,

---

A indenização prévia é concebível na encampação, quando o contrato bem executado cessa, prematuramente, pela vontade da Administração.

Não é, porém, privilégio que possa conviver com a conduta ilícita do concessionário, que malbarata a concessão, através do fornecimento irregular ou intermitente do serviço concedido, com sérios prejuízos para os respectivos usuários.

O louvável empenho em garantir o patrimônio jurídico das emprêsas concessionárias não deve obscurecer o sentido da destinação dos serviços concedidos, que sobreleva a quaisquer interêsses privados.

A aplicação da caducidade, como sanção extrema, não repele a indenização que fôr legalmente exigível. Apenas lhe altera o *momento*, dispensando — como na encampação dos serviços de energia elétrica — a precedência do pagamento.

Não há confisco pelo mero fato da indenização *sucessiva*, tal como ocorre nas requisições civis ou militares.

O dano causado às atividades econômicas e ao bem-estar social pela permanência de concessionário inoperante, ou relapso, é irreparável e inconciliável com os deveres de boa administração, que devem presidir à execução dos serviços públicos.

A proteção dos interêsses de alguns será, assim, nociva ao maior número de cidadãos, sonegando ao uso industrial ou doméstico uma fonte de energia que já se incorporou à vida quotidiana das coletividades civilizadas.

CAIO TÁCITO
Professor na Faculdade de Direito
da Universidade do Rio de Janeiro

"em qualquer tempo ou em épocas que ficarem determinadas no contrato, poderá a União *encampar a concessão*, quando interêsses públicos relevantes o exigirem, *mediante indenização prévia*".

Concede, pois, uma faculdade ampla de *encampação*, mediante *indenização prévia*.

No art. 168, cuida da *caducidade* das *concessões* e indica os casos em que ela cabe.

No art. 177, indica outros casos de *caducidade*, mas relativamente às *autorizações*.

Aqui se trata de *concessão*.

E o decreto de fls. 20, que lhe declarou a caducidade, não alude a qualquer dos casos do citado art. 168, em que ela cabe.

Acresce que o parecer de fls. 68 e seguintes, que serviu de apoio ao ato impugnado, reproduzindo o elenco das faltas em que a impetrante teria incorrido (fls. 70-71, itens *a*, *b*, *c* e *d*), não aponta nenhuma daquelas que pelo art. 168 autorizariam a declaração de caducidade.

E o mesmo parecer, apreciando a objeção nesse sentido, formulada pela impetrante na esfera administrativa, diz que, fora das hipóteses do art. 168, ao Estado fica livre a faculdade de examinar a conveniência de decretar ou não a caducidade (fls. 78-79).

Aí se confunde, a meu ver, *caducidade* com *encampação*, que esta, sim, é facultada à União quando o interêsse público a exigir, mas mediante *indenização prévia*.

Por outro lado, também reconhece o citado parecer que a decretada caducidade não se legitimava em face do contrato, sustentando mesmo, com apoio sobretudo em Mestres estrangeiros, que se trata de sanção de ordem pública, a qual existe de pleno direito, independentemente de cláusula contratual ou de preceito legal que a autorize (fôlhas 75-76).

Ora, não é êsse o sistema da nossa lei.

Não estando o ato em questão apoiado na lei nem no contrato, concluo com o eminente Relator pela concessão da segurança, *data venia* dos eminentes colegas que concluíram diversamente.

VOTO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Sr. Presidente, mostrou o eminente Sr. Ministro Relator, ora com seu voto corroborado pelo eminente Sr. Ministro Luís Gallotti, que o caso não era de caducidade prevista no art. 168 do Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, que é o Código de Águas. Não se tratava de caducidade, em que é dispensada a indenização. O caso era de encampação, a qual, pelo art. 167, requer a indenização prévia. Não era possível que o Estado revogasse, unilateralmente, uma concessão, para aproveitamento de energia hidráulica, transmitindo os bens do concessionário a outra emprêsa, sem pagar a indenização devida. Concedo, pois, o mandado.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Sr. Presidente, concedo o mandado, de acôrdo com o eminente Sr. Ministro Relator, reiterando ponto de vista já sustentado no sentido de que, desde que não se trata de caducidade, mas de encampação, o Estado tem de assegurar à emprêsa concessionária a indenização devida, para que êle possa entrar na posse de todo o material respectivo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Concederam a segurança, contra os votos dos Ministros Vilas-Boas, Cândido Mota e Nélson Hungria.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Orosimbo Nonato da Silva.

Votaram com o Relator, Exmo. Sr. Ministro Ari Franco, os Exmos. Srs. Ministros Afrânio da Costa (substituto do Exmo. Sr. Ministro Rocha Lagoa, que se encontra em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), Luís Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Lafayette de Andrada.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Barros Barreto.