CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENCAMPAÇÃO — INDENIZAÇÃO

— A União pode autorizar o Estado a encampar os bens de emprêsa concessionária de serviços de eletricidade; neste caso os critérios fixados para a indenização poderão ser discutidos pela via judicial ordinária.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Requerente: Cia. Sanjoanense de Eletricidade
Mandado de segurança n.º 4.375 — Relator: Sr. Ministro ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da mandado de segurança n.º 4.375, sendo requerente a Companhia Sanjoanense de Eletricidade, acordam em sessão plenária os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, denegar o pedido, nos têrmos das notas taquigráficas antecedentes, integrado neste o relatório de fls. 65.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1957, data do julgamento. — *Orosimbo Nonato*, Presidente. — *Rocha Lagôa*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rocha Lagôa — A Companhia Sanjoanense de Eletricidade, concessionária dos serviços de produção e distribuição de energia elétrica nos municípios de São João da Boa Vista, Vargem Grande do Sul, Aguaí e Águas da Prata, no Estado de São Paulo, impetra mandado de segurança contra o ato do Sr. Presidente da República, autorizando o Govêrno do Estado de São Paulo a encampar bens e instalações vinculados aos serviços de que é concessionária, mediante indenização a ser fixada pela Divisão de Águas do Ministério da Agricultura, ato êsse em vias de execução, pois essa Divisão encaminhou à impetrante um engenheiro e um contador designados para realizar o tombamento de seus bens e instalações.

Sustenta a impetrante a ilegalidade dêsse ato, porque não precedido de parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica acêrca da encampação; porque o Sr. Presidente da República facultou ao Govêrno de São Paulo a realizar aquilo que só o poder concedente poderia fazer, isto é, a encampação de serviços concedidos pela União Federal; e ainda porque foi encarregada a Divisão de Águas do Ministério da Agricultura de fixar a indenização, a ser paga pela encampação, completamente fora das normas contratuais.

Como fôsse relevante o fundamento da impetração e pudesse resultar do ato impugnado a ineficácia da medida pleiteada, caso fôsse deferida, dado que fôra determinada a realização do tombamento dos bens e instalações da impetrante para base da indenização a ser paga, o que revelava, inequìvocamente, a encampação, concedi a suspensão liminar do ato impugnado.

Requisitadas informações ao Sr. Presidente da República, foram encaminhados os seguintes esclarecimentos prestados pelo Ministério da Agricultura:

"Cumprindo determinação superior passo a fornecer, em anexo, subsídios à preparação da defesa da União Federal no processo de mandado de segurança impetrado contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República, que autorizou, pelo Decreto n.º 39.789, de 16 de agôsto de 1956, o Govêrno do Estado de São Paulo a encampar os bens

e instalações vinculados ao serviço de exploração de energia elétrica nos municípios de São João da Boa Vista, Vargem Grande do Sul, Aguaí e Água da Prata, no Estado de São Paulo.

Trata-se de um ato executivo perfeitamente legal, de vez que tem assento e se fundamenta em disposições de lei federal, inteiramente vigentes. A Carta Constitucional de 1946, no seu art. 5.º, inciso XV, letra *e*, estabeleceu ser da competência da União legislar sôbre águas e energia elétrica.

A êste tempo já exisitia o Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), que contém disposições reguladoras da *encampação* das emprêsas concessionárias dos serviços de energia elétrica.

Por diversas vêzes o nosso mais alto Pretório tem reafirmado a sua validade e constitucionalidade, adotando, assim, inteiramente, ao aplicá-lo, o princípio de continuidade de nossa legislação não revogada.

O Sr. Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 87 da Constituição, expediu o referido Decreto n.º 39.789, com assento no art. 167 do Código de Águas, que assim dispõe:

"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.

Parágrafo único. A indenização será fixada sôbre a base menos a depreciação do capital com a dedução da amortização já efetuada, quando houver".

Aliás, tal faculdade, atribuída à União por êste citado dispositivo de lei, foi posteriormente confirmada pelo art. 7.º do Decreto-lei n.º 3.763, de 25-10-41, nos seguintes têrmos:

"Art. 7.º Independentemente da revisão ou assinatura de contratos previstos no art. 202 do Código de Águas, e art. 18 do Decreto-lei n.º 852, de 11-11-38, *poderá a União encampar* as instalações das emprêsas que exploram a indústria da energia hidro ou termo elétrica, ou decretar-lhes a caducidade das explorações nas bases e nos casos, no que fôr aplicável, do dispositivo para concessões nos arts. 167, 168 e 169 daquele Código".

Acontece que o Govêrno federal examinando e considerando os motivos apresentado pelo Govêrno do Estado de São Paulo, no sentido de serem encampados os serviços de eletricidade em São João da Boa Vista, e achando-os bastante justificativos para tal fim, mas não querendo assumi-los, e, outrossim, encampá-los, diretamente, ficando conseqüentemente responsável pelas eventuais indenizações resultantes do ato, resolveu, por meio de decreto, autorizar o Estado de São Paulo a promover tal encampação.

Dispôs-se, ainda, neste decreto, que a indenização seria resultante de tombamento a ser realizado pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral para determinação do investimento de Emprêsa, atendendo-se ao que preceitua a legislação específica de eletricidade, em vigor, a saber:

a) o já transcrito parágrafo único do art. 167 do Código de Águas;

b) e o Decreto-lei n.º 3.128, de 19 de março de 1941, especialmente o § 1.º do art. 5.º, que reza:

"Aquêle investimento é que servirá de base ao cálculo da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação, e à determinação das tarifas pelas quais os concessionários cobrarão os serviços que prestarem, quando se tratar de energia destinada à venda".

Não houve, pròpriamente, até agora, qualquer encampação. Esta será promovida, oportunamente, pelo Govêrno do Estado de São Paulo, já que foi autorizado para tanto.

Todavia, seus atos, *êstes sim*, se subordinarão aos têrmos do art. 2.º do Decreto-lei n.º 7.062, de 22-11-44, isto é, ficarão sueitos a que sejam ouvidos, preliminarmente, o Ministério da Agricultura e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.

O Govêrno do Estado de São Paulo, aliás, só não procedeu à encampação, até agora, porque aguarda que sejam tombados os bens vinculados nos respectivos serviços, o que, como se comprovou, está se verificando por intermédio do levantamento nas instalações e contabilidade da concessionária, que está sendo realizado por Engenheiro e Contador especialmente designados pela Divisão de Águas.

Foi prematuro e desarrazoado, portanto, o presente mandado de segurança impetrado pela Companhia Sanjoanense de Eletricidade.

Se ela não se conformar com o ato de encampação, *ainda por vir*, do Govêrno do Estado de São Paulo, ela que requeira, contra êste, a competente medida judicial, seja o motivo da inconformação a prévia e justa indenização ou seja ainda a alegada infração contratual".

A Procuradoria-Geral da República opinou nestes têrmos:

"Companhia Sanjoanense de Eletricidade, concessionária de serviços de produção e distribuição de energia elétrica, impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República, autorizativo da encampação, pelo Govêrno do Estado de São Paulo, dos aludidos serviços concedidos à impetrante, mediante indenização a ser fixada pela Divisão de Águas do Ministério da Agricultura.

2. Consubstancia-se o ato impugnado no Decreto n.º 39.789, de 16 de agôsto de 1956, que, sôbre autorizar a encampação de bens e instalações vinculados à produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, sujeita o Govêrno do Estado de São Paulo a requerer a outorga da concessão e ao pagamento da indenização resultante do tombamento realizado pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura, nos têrmos da legislação vigente.

3. Pretendendo fundamentar a ilegalidade do ato do Exmo. Sr. Presidente da República, alega a impetrante:

a) Houve preterição da *formalidade legal*, porque não emitido, a respeito, parecer, do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica;

b) Houve *abuso de poder*, porque o Exmo. Sr. Presidente da República *facultou* ao Govêrno de São Paulo realizar a *encampação* que só ao Govêrno caberia realizar; ao Govêrno de São Paulo pertencia, apenas, *desapropriar*;

c) *É arbitrária a fixação do valor da indenização*, porque, em caso algum, o preço da *encampação* será inferior ao valor das obras existentes e fora das normas contratuais e das garantias legais pertinentes.

Demonstremos, agora, a seguir a improcedência manifesta de todos os fundamentos do presente mandado de segurança.

4. Com efeito, dispõe o art. 4.º do Decreto-lei n.º 3.763, de 25 de outubro de 1941, que os processos que digam respeito à encampação de concessões e de contratos relativos a aproveitamento hidrelétrico ou explorações termelétricas, terão parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Note-se, porém, que, na espécie, *não houve encampação*, já pelo Govêrno federal, já por outro lado, pelo Govêrno do Estado de São Paulo; *houve*, tão-só, pelo ato decretual impugnado, *simples autorização* para tanto.

À evidência, pois, para *autorizar a encampação*, não se fazia mister ao Exmo. Sr. Presidente da República *ouvir a opinião* do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Demais disto, que se admita, *ad argumentandum*, a *encampação* tenha sido realizada pelo ato impugnado, assim, ainda, ao parecer, a falta de audiência do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica não seria causa de ilegalidade, ou de nulidade do ato impugnado, porque, na ordem hierárquica, não está sujeito ao pronunciamento daquele órgão da Administração o decreto expedido pelo Exmo. Sr. Presidente da República. Quando a lei (Decreto-lei n.º 3.763, de 1941, art. 4.º) falou em que o processo de encampação se ins-

trua com *parecer* do Conselho de Águas e Energia Elétrica, fê-lo, é evidentíssimo, para definir competência administrativa do Conselho, quando, de próprio nuto, a seu exclusivo juízo, entenda o Exmo. Sr. Presidente da República de solicitar o parecer aludido para se esclarecer sôbre algo referente à encampação.

Indiscutível, ainda, é que o parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica não tem fôrça decisiva, senão, só e só, *opinativa*, sem, portanto, na espécie, criar obrigação de qualquer ordem ao Exmo. Sr. Presidente da República.

Logo, à plena evidência, houvesse, no caso, realmente, alguma *encampação* decretada, não se deu *preterição de formalidade legal.*

Para que seja *essencial, necessária, imprescindível* ao ato jurídico administrativo, ou não, alguma *formalidade legal*, preciso é que, à *omissão da formalidade*, o ato jurídico não *seja* (não exista) ou não valha, ou não *efetue*. Pretendeu a impetrante pô-la no plano da validade, ao que temos.

A *validade* do decreto presidencial não estabeleceu norma jurídica alguma a *omissão de audiência* do Conselho de Águas e Energia Elétrica.

Passemos, agora, ao segundo dos fundamentos do pedido de segurança.

5. Sustenta a impetrante ter ocorrido *abuso de poder*, porque o Exmo. Sr. Presidente da República faculta *encampação a quem não poderia encampar* os serviços concedidos. Pertencia, diz a impetrante, ao Estado de São Paulo *desapropriar*, nunca, porém, encampar os referidos serviços.

Cumpre, nesta altura, repetir: *não houve, não se realizou encampação alguma.* Quem autoriza, ou *a quem se dirige a autorização, não encampa.* Nem, muito menos, quem *recebe ou aceita a autorização.* Poderá, ainda, o Estado de São Paulo não aceitar a autorização porque, especialmente, sujeita a *condições*: *a*) pagamento de indenização; e *b*) requerimento de outorga de concessão.

Não se verificou, ainda, na espécie, *aceitação*, sequer. Logo, inexiste ato concreto, poderoso a atingir algum direito da impetrante.

Sustenta-se, já o vimos, que o Estado de São Paulo não poderá *encampar*, senão, apenas, desapropriar serviços concedidos.

Quando se diz que só o Poder concedente poderá encampar os serviços, é porque outro qualquer Poder, se o fizer, invade o campo de atribuições ou competência do concedente, com quebra do princípio de autonomia, ou hierarquia entre as pessoas jurídicas de direito público. Desde, porém, que se verifique autorização, afasta-se a aplicação do princípio vedativo e presente está, conseqüentemente, a possibilidade da encampação.

Não se há confundir a prévia aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República (Decreto-lei n.º 7.062, de 22-11-1941, art. 2.º), para desapropriar, com a autorização para o Estado-membro, ou o Município, encampar serviços concedidos. Encampando devidamente autorizado, o Govêrno de São Paulo exerce, como se fôra a própria União Federal, direito de concedente.

Só pode, na espécie, a impetrante discutir a justa indenização; não se pode imiscuir na relação jurídica oriunda da autorização, ao intento de evitar a encampação.

Não podendo impedir a encampação, não pode, de igual modo, a impetrante argüir nulidade ou ilegalidade do ato decretual impugnado.

Assim, pois, ao final, não possui a impetrante direito líquido e certo, por que possa invocar em seu prol o remédio heróico do mandado de segurança.

6. Por fim, invoca a impetrante a arbitrariedade da fixação do valor da indenização em virtude da encampação, porque, aduz, em caso algum o preço da encampação será inferior ao valor das obras existentes.

Diz o art. 2.º, parágrafo único, do Decreto 39.789, de 56, *verbis*:

"Essa indenização resultará de tombamento a ser realizado pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério da Agricultura, nos têrmos das leis em vigor".

Não realizado o tombamento, não se pode, antes, saber, se, daí, resultará injusta indenização. Nem significa, o tombamento a exclusão de obras existentes, porque, no entendimento do provectíssimo Pontes de Miranda, *verbis*:

"Tombar (do latim *tumulus*, elevação de terra, donde *tombro por tômoro* d. cf. A.A. Cortesão, *Subsídios para um Dicionário*, I, 140, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras) tem o significado de *lançar em livro de tombo*" (nossos, êstes últimos grifos) "e nada tem com *tombar* (do velho alto-alemão *tumon*, provàvelmente formado no espanhol, passando ao português e ao inglês). *O tombamento é apenas, hoje, a inscrição no livro de tombo*" (nossos ainda os grifos dêste período) "tal como acontecia com os bens da Coroa" (*Tratado de Direito Privado*, vol. II, pág. 174, § 158, n.º 1, edição 1954).

Porque conste do ato impugnado seja feita a inscrição em livro de tombo, inscrição, é claro, dos bens existentes, julga-se a impetrante, de antemão, prejudicada no preço da indenização. Sem razão, absolutamente.

Pensamos, diante disto, demonstrado, mais uma vez, não possuir a impetrante qualquer direito, ou direito líquido e certo amparável pelo *writ* impetrado.

7. *Data venia* do Pretório Excelso, queremos façam parte integrante dêste parecer todos os fundamentos e alegações constantes das informações oficiais, prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

8. Diante do exposto, e, preliminarmente, à falta de direito, ou direito líquido e certo da impetrante, esperamos não se conheça do pedido de segurança; e, se conhecido, que o Excelso Supremo Tribunal Federal o indefira".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rocha Lagoa (Relator) — É inegável que, ao expedir o ato impugnado, deixou a Presidência da República de ouvir, como lhe cumpria, o parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, nos têrmos do art. 4.º do Decreto-lei n.º 3.763, de 25 de outubro de 1941.

Tal omissão, entretanto, não invalida o ato impugnado, por isso que tal parecer seria meramente opinativo, não estando a Presidência da República adstrita a adotá-lo. Não ocorreu, destarte, preterição de fórmula substancial na expedição daquele ato.

Não acolho, por igual, a argüição da impetrante de ser ilegal o ato do Sr. Presidente da República autorizando o Govêrno do Estado de São Paulo a encampar os bens e instalações vinculados ao serviço de exploração elétrica no município de São João da Boa Vista, Vargem Grande do Sul, Aguaí e Águas da Prata, naquele Estado.

Está assegurado à União Federal, pelo art. 167 do Código de Águas, o direito de encampar a concessão de serviços públicos. Nada impossibilita, entretanto, a transferência dêsse direito a outra pessoa jurídica de direito público interno, que irá exercer êsse direito como se fôra o próprio poder concedente.

Basta o terceiro fundamento da impetração. Alega a requerente ser ilegal o ato impugnado, quando estatuiu que a indenização a ser paga à detentora da concessão resultaria de tombamento a ser realizado pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral.

É fora de dúvida, porém, que determinando a realização daquele tombamento, limitou-se o Govêrno federal a estatuir um simples critério para fixação da indenização, a qual poderá ser aceita ou recusada pela emprêsa concessionária que poderá valer-se, oportunamente, dos meios ordinários, em defesa de seus direitos.

Frente ao exposto, denego a segurança impetrada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Denegaram o *writ* por decisão unânime.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Rocha Lagôa (Relator), Henrique D'Ávila (substituto do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada, que se acha em gôzo de licença), Afrânio da Costa, (substituto do Exmo. Sr. Ministro Nélson Hungria, que se encontra em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), Vilas-Boas, Cândido Mota, Ari Franco, Luís Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Barros Barreto.