CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — REGIME CONTRATUAL — ENERGIA ELÉTRICA — FIXAÇÃO DE TARIFAS

— No direito positivo brasileiro jamais houve dúvidas sôbre o caráter contratual da concessão de serviço público.

— A execução do regime de tarifas flexíveis, sob a forma de serviço pelo custo, previsto no Código de Águas, está na dependência de atos do Poder Executivo, consistentes, sobretudo, na determinação do investimento e na avaliação do custo de operação das instalações existentes.

— Interpretação do art. 151 da Constituição; idem, do art. 202 do Código de Água; idem, do Decreto-lei n.º 5.764, de 1943.

PARECER

Examinada a consulta, passo a breve exposição, que fundamenta as respostas às perguntas ali formuladas.

1. No direito positivo brasileiro jamais houve dúvida sôbre o caráter contratual da concessão de serviço público.

A primeira das nossas leis relativas ao assunto, de 29 de agôsto de 1828, afirmou explìcitamente êsse caráter, nos arts. 6º, 9º e 13. As demais leis do Império guardaram uniformidade no assunto, devendo mencionar-se, como mais importantes, a Resolução da Assembléia, de 23 de outubro de 1832. arts. 6º e 8º; a Lei nº 24, de 17 de setembro de 1935, art. 10, e a Lei nº 101, de 31 de outubro de 1835, art. 4º, § 3º.

Na República continuou a mesma orientação, consagrada na Lei nº 2.912, de 30 de dezembro de 1914, art. 1º; na Lei nº 3.298, de 11 de julho de 1917, art. 2º; na Lei nº 5.424, de 6 de janeiro de 1928, art. 2º, e na Lei nº 5.628, de 21 de dezembro de 1928, art. 3º.

2. A doutrina professava a mesma teoria, como se vê em Rui Barbosa, *Privilégios Exclusivos,* Rio, 1911, *passim;* Viveiros de Castro, *Tratado de*

Sciencia da Administração e Direito Administrativo, Rio, 1914, pág. 263; Antão de Morais, *Revista dos Tribunais,* vol. 24, pág. 240; Plinio Barreto, "Parecer", em *Revista de Jurisprudência Brasileira,* vol. I, págs. 42 e segs. Sustentavam êsses autores que o contrato de concessão era regido pelo direito privado, ao passo que outros opinavam pela regência do direito público para a mesma espécie contratual (cf. nosso trabalho *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público,* S. Paulo, 1933, ns. 77 a 80, nota 24 à pág. 50, e nº 168.)

Uma só opinião discordante surgiu entre nós: a de Alcides Cruz, que se inclinou para uma teoria unilateralista alemã, embora sem pretender que ela tivesse a mínima base no direito pátrio. (*Direito Administrativo Brasileiro,* P. Alegre, 1914, pág. 323).

3. Quando sobreveio a revolução de 1930, os contratos eram a fonte reguladora dos direitos e deveres do poder público e dos concessionários, inclusive quanto a tarifas, não se admitindo, para elas, alterações que não decorressem de acôrdos bilaterais.

O Govêrno Provisório, que então se instalou, veio encontrar a consulente como concessionária de produção e fornecimento de energia elétrica no então Distrito Federal, por fôrça de transferência, que lhe fôra feita por Alexander Mackenzie, dos direitos resultantes de contrato celebrado com a Prefeitura daquele Distrito em 16 de outubro de 1905.

O contrato estipulara tarifas de limites máximos, pagáveis metade em papel e metade em ouro durante os primeiros 15 anos, tendo sido o preço unitário alterado, em 1907, pelo contrato de 25 de junho, como informa a consulta. A tabela continuou a ser aplicada posteriormente, e afinal foi expressamente prorrogada pelo acôrdo consubstanciado em têrmo de 10 de novembro de 1921.

No período do Govêrno Provisório, o Interventor Federal, que dirigia o Distrito, impôs, pelo Decreto nº 4.190, de 12 de abril de 1933, uma tabela *provisória* de tarifas. Logo após o Decreto federal nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, extinguiu, com efeito retroativo, a cláusula ouro. Tendo em vista tal extinção, o Decreto municipal nº 4.590, de 19 de dezembro de 1933, declarou que subsistiam os preços referentes ao mês de novembro dêsse ano, com a redução de 25%, compensando-se, nas tarifas definitivas, os prejuízos ou lucros excessivos que acaso ocorressem em conseqüência da redução.

Surgiu ainda o Decreto municipal nº 4.655, de 14 de fevereiro de 1934, a determinar que as tarifas definitivas seriam estabelecidas mediante acôrdo entre a municipalidade e os concessionários, ou por arbitramento, se infrutífera a via amigável.

4. Verifica-se, pois, que, no primeiro semestre de 1934, ou seja imediatamente antes do advento do Código das Águas, vigorava o sistema de tarifas máximas e rígidas, de base contratual, cuja vigência se prolongara além do prazo da avença, embora os valores das tabelas houvessem sofrido *alterações percentuais* decorrentes de atos do Govêrno Provisório.

5. O Código das Águas (Decreto-lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934) não mudou a natureza jurídica da concessão de serviço público entre nós. Reafirmou o seu caráter contratual, como se vê, entre outros no art. 202 e seus parágrafos.

O que êsse Código fêz, quanto aos serviços hidrelétricos, foi perfilhar o sistema norte-americano de excluir dos contratos a fixação das tabelas, para dar a elas flexibilidade. Mandou que fôssem trienalmente revistas, para estabelecer tarifas razoáveis, assegurando ao mesmo tempo a estabilidade financeira do concessionário. Mas, ao invés de criar, para êsse efeito, comissões de serviço público, como se faz nos E. U. da América do Norte, o Código confiou o encargo ao Serviço de Águas do Ministério da Agricultura, ao qual entregou também a fiscalização dos serviços hidrelétricos concedidos (art. 178).

6. Entrou a vigorar imediatamente o nôvo sistema quanto às concessões feitas no regime anterior, de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato?

Responde o Código das Águas que não.

Realmente, quando entende sujeitar à vigência imediata de suas disposições as emprêsas e serviços que encontrou em funcionamento, o Código das Águas emprega verbo no presente, como é de boa técnica. Haja vista, por exemplo, o art. 203, relativo à constituição das administrações e representação das estrangeiras por brasileiros. O parágrafo único dêsse artigo declara incisivamente: "As disposições dêste artigo aplicam-se aos atuais contratantes e concessionários, ficando impedidas de funcionar no Brasil as emprêsas ou companhias..." etc.

Mas, quando quer mencionar aplicação futura dos seus preceitos a situações já existentes, depois de tomadas providências preliminares que êle mesmo estabelece, o Código das Águas usa verbo *no futuro*.

E é isso o que ocorre quanto à regulamentação nova, no que concerne aos serviços já em funcionamento. Declara o Código no:

"Art. 202. Os particulares ou emprêsas que, na data da publicação dêste Código, explorarem a indústria da energia hidrelétrica, em virtude ou não de contratos, ficarão sujeitos às normas da regulamentação nêle consagrada.

§ 1º Dentro do prazo de um ano, contado da publicação dêste Código, deverá ser procedida, para o efeito dêste artigo, a revisão dos contratos existentes.

§ 2º As emprêsas que explorarem a indústria da energia hidrelétrica, sem contrato porque haja terminado o prazo e não tenha havido reversão, ou por qualquer outro motivo, deverão fazer contrato, por prazo não excedente de 30 anos, a juízo do Govêrno, obedecendo-se, na formação do mesmo, às normas consagradas neste Código.

§ 3º Enquanto não fôr procedida a revisão dos contratos existentes, ou não forem firmados os contratos de que trata êste artigo, as emprêsas respectivas não gozarão de nenhum dos favores previstos neste Código, não poderão fazer ampliações ou modificações em suas instalações, nenhum aumento nos preços, nem novos contratos de fornecimento de energia".

O art. 202, supratranscrito, declara, em sua parte principal, que as emprêsas *ficarão* sujeitas à regulamentação consagrada no Código das Águas; e, no § 1º, manda que, *para êsse efeito,* se proceda, dentro de um ano, a revisão dos contratos existentes. No § 3º, finalmente, estabelece uma situação especial *enquanto não fôr procedida a revisão,* proibindo, nesse período, entre outras coisas, *os aumentos dos preços.*

É evidente, por essas disposições, a sobrevivência dos contratos anteriores, até serem revistos ou substituídos, bem como a das tarifas máximas contratuais, prorrogadas, sem possibilidade de aumento, até a assinatura dos novos contratos, que deveriam ensejar a aplicação do regime estabelecido no Código.

7. Tudo isso foi solenemente reconhecido pelo Govêrno federal, que, não tendo realizado, dentro do prazo de um ano, as revisões contratuais preconizadas, prorrogou, por atos sucessivos, aquêle prazo, e derrogou o § 3º do art. 202 do Código das Águas, para permitir que as instalações se ampliassem, novos fornecimentos se contratassem, usinas se interligassem etc. Vejam-se, ao propósito, o Decreto nº 189, de 18 de junho de 1935; o Decreto-lei nº 852, de 11 de novembro de 1938; o Decreto-lei nº 1.345, de 14 de junho de 1939, e o Decreto-lei nº 2.059, de 5 de março de 1940.

Dilatava-se, assim, do mesmo passo, a inauguração do sistema tarifário traçado no Código das Águas, subsistindo o que constava dos contratos ainda não revistos.

8. O Decreto-lei nº 3.128, de 19 de março de 1941, veio estabelecer um processo para obtenção dos elementos que habilitassem o Govêrno a implantar o sistema das tarifas flexíveis adotado pelo Código das Águas. Êsse processo constava das seguintes fases: *a)* inventário dos bens aplicados nos serviços hidrelétricos, para o que as emprêsas concessionárias deveriam, dentro em 180 dias, apresentar o levantamento geral de sua propriedade em serviço ativo, desde que em função permanente da indústria; *b)* determinação do investimento, ou capital a remunerar, que se deveria fazer pela Divisão de Águas do Ministério, com base naquele levantamento, dentro em mais 180 dias; *c)* fixação das novas tarifas, diante do custo de serviço, conhecido através da fiscalização e em função do investimento reconhecido, sendo de 10% o lucro permitido (cf. arts. 3º, 5º e 9º).

Dessas etapas, como informa a consulta, só foi cumprida a primeira, a cargo das emprêsas. Os estágios seguintes, confiados à Divisão de Águas, não se realizaram, pelo que falhou o objetivo do Decreto-lei nº 3.128, de 1941.

Permaneceram, assim, em vigor as tarifas constantes dos contratos anteriores ao Código das Águas.

9. O Decreto-lei nº 5.764, de 18 de agôsto de 1943, proclamou solenemente a vigência daqueles contratos, dispondo:

"Art. 1º Enquanto não forem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Código das Águas e 18 do Decreto-lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, *os direitos e as obrigações* das emprêsas de energia elétrica, coletivas ou individuais, *continuarão a ser regidos pelos contratos anteriormente celebrados*, com as derrogações expressas na presente lei".

As derrogações são referidas no art. 3º, e não se referem à parte financeira dos empreendimentos, sendo que o parágrafo único dêsse artigo reitera o disposto no art. 147 da Carta de 10 de novembro de 1937, quanto à integridade do capital invertido pelas emprêsas e à sua remuneração.

O art. 5º dêsse decreto-lei admitiu que, até à assinatura dos novos contratos, e mediante requerimento das emprêsas interessadas, o Govêrno alterasse a título precário os preços de fornecimento.

Diante das elevações periódicas de salários, e modificações de taxas cambiais, conseqüentes ao regime inflacionário alimentado pelo Govêrno federal, era inviável a manutenção das taxas estipuladas nos antigos contratos, que o art. 202, § 3º, do Código das Águas imobilizara.

Por isso o poder público teve de se utilizar dezenas de vêzes da faculdade criada pelo art. 5º do Decreto-lei nº 5.764, de 1943. Dos atos que assim praticou dá a consulta copiosa exemplificação.

Conseguintemente, ao lado do sistema tarifário delienado pelo Código das Águas para aplicação em um futuro que cada vez mais se distancia, foi-se perpetuando, embora com rótulo de transitoriedade, o sistema das tarifas contratuais, anteriores ao mesmo Código, e que perduraram a princípio imobilizadas, e mais tarde com possibilidade de revisão a juízo do Govêrno.

10. Surgiu em seguida a Constituição de 18 de setembro de 1946.

Tratando do assunto, que já fôra disciplinado no art. 137 da Constituição de 1934 e no art. 147 da Carta de 10 de novembro de 1937, dispôs a lei magna ora em vigor:

"Art. 151. A lei disporá sôbre o regime das emprêsas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidade de melhoramentos e expansão dêsses serviços.

Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo da duração do contrato".

Êsses os cânones a que terá de se conformar a legislação ordinária brasileira em matéria de serviços concedidos.

11. Em 26 de fevereiro de 1957 expediu o Presidente da República o Decreto nº 41.019, que contém o Regulamento do Código das Águas na parte referente a energia hidrelétrica, e das leis posteriores concernentes ao assunto.

Observe-se desde logo que, como regulamento que é, não pode êsse diploma alterar as leis regulamentadas, nem criar novos direitos e obrigações. Só lhe cabe facilitar a fiel execução das disposições legais, e remover obstáculos práticos que possam surgir no seu cumprimento (Constituição federal, art. 87, nº I, e art. 36, § 2º; Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro*, 1ª ed., pág. 237; Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª ed., nº 342; Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª ed., pág. 229; Esmein, *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7ª ed., vol. II, 679 e segs.; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., vol. II, 457 e segs.)

O Regulamento em tela reproduziu textos das leis em vigor sôbre serviços hidrelétricos, autorizou o custeio de sua expansão à conta do Fundo de Reserva para Reversão, conferiu à Divisão de Águas atribuição para expedir instruções necessárias à organização dos inventários, e tomou outras providências a orientar aquela Divisão na tarefa de obter os dados para que pudesse fazer a fixação das tarifas e sua revisão trienal.

Dada a proverbial inação da Divisão de Águas no que tange a tal incumbência, que debalde a lei lhe está a indicar há cêrca de 26 anos, perdura ainda o regime das tarifas contratuais, revistas

acidentalmente a juízo do Govêrno. Êste continua a usar dessa atribuição, nos têrmos do Decreto-lei nº 5.764, de 1943, para modificações tarifárias destinadas a cobrir aumentos de salários (Portarias ns. 448, de 26 de abril de 1958, e 617, de 13 de junho de 1959, do Ministério da Agricultura).

As disposições do Regulamento baixado pelo Decreto nº 41.019, de 1957, relativas a tarifas, referem-se às que terão de ser fixadas pela Divisão de Águas. De nenhuma maneira atingem, nem pretendem atingir, as tarifas antigas, que o Govêrno de quando em vez modifica. Estas não estão, nem jamais estiveram, subordinadas a limitação relativa a lucro. Claro é, por outro lado, que limitação dessa natureza não poderia ser, em pleno regime constitucional, ditada pelo Poder Executivo. O limite de 10%, referido no Regulamento, é o mesmo estabelecido nas leis regulamentadas, isto é, concernemente às tarifas trienalmente revisíveis, que a Divisão de Águas terá de estabelecer.

12. A adoção do conceito chamado "do custo histórico" para fixar tarifas exige e de números-índices que compensem a variação do poder aquisitivo da moeda, em todos os países em que ela se verifica de forma acentuada.

Nos Estados Unidos da América do Norte são pràticamente insignificantes as alterações do valor do dólar no mercado interno. Não obstante, muitas das Comissões de Serviço Público, que se inclinam para o "custo histórico", levam em consideração os mencionados números-índices.

Em nosso país, depois que o derrame de papel-moeda inconversível passou a constituir meio normal de cobrir a despesa pública, a desvalorização do dinheiro assume aspectos vertiginosos. Usar, sem a correção adequada, a expressão monetária antiga de valores empregados há dezenas de anos no Brasil, a pretexto de custo histórico, não seria processo normal de fixar tarifas, mas seguro deslustre da honradez com que o Estado não pode deixar de proceder.

Aliás, para o efeito do impôsto de renda, já a lei mandou corrigir o registro contábil do valor original dos bens que constituem ativo imobiliário das emprêsas, até o limite de coeficientes determinados pelo Conselho Nacional de Economia (Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, art. 57).

13. Menciona a consulta projeto de lei, originário da Câmara dos Deputados, e que ora transita pelo Senado sob nº 74-59, onde se não distinguem das modernas as emprêsas em funcionamento anteriormente ao Código das Águas, e se determinam apurações tarifárias, sob regime nôvo, como se vigorasse desde 1941.

Estão os concessionários, entretanto, garantidos quanto a quaisquer excessos do legislador ordinário pelos preceitos salutares da Constituição em vigor, que poderão invocar ante os Tribunais.

Dentre tais preceitos aplicam-se principalmente à hipótese os do art. 141, §§ 3º e 16, e art. 151 e seu parágrafo.

Os serviços já prestados de fornecimentos aos usuários, bem como o recebimento das taxas respectivas, de acôrdo com a lei em vigor na ocasião dêle, constituem negócios jurídicos perfeitos e acabados, contra os quais nada poderá a lei nova.

No dizer de Patricio Aylwin, *"El derecho del concesionario es puramente patrimonial, y en ese sentido goza de la protección constitucional de todo derecho de propriedade"* (*Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, 1952, pág. 235.)

Finalmente, a justa remuneração do capital, que permita atender a necessi-

dades de melhoramentos e expansão dos serviços, está assegurada aos concessionários no último dos textos constitucionais citados.

Convém recordar, como encerramento destas considerações, as sábias palavras do Ministro Hughes, proferidas a propósito de caso de tarifas de Minnesota, em que os artifícios procuravam encobrir a realidade, — palavras que aparecem nos livros de muitos autores americanos da especialidade:

"The ascertainment of that value is not controlled by artificial rules. It is not controlled by artificial rules. It is must be a reasonable judgement having its basis in a proper consideration of all relevant facts".

Pelo exposto, respondo afirmativamente às três perguntas formuladas pela consulente:

À primeira: O regime das tarifas em vigor nos serviços de energia elétrica foi, até 1943, o estipulado nos contratos, e, a partir da vigência do Decreto-lei nº 5.764, daquele ano, passaram elas a ficar sujeitas, a título transitório, a modificações precárias por ato do poder público.

À segunda: A execução do regime de tarifas flexíveis, sob a forma de serviço pelo custo, previsto no Código das Águas, está na dependência de atos do Poder Executivo, consistentes, sobretudo, na determinação do investimento e na avaliação do custo de operação das instalações existentes.

À terceira: Em relação às concessões anteriores ao Código das Águas, constitui ato jurídico perfeito a aplicação, no tempo, das tarifas vigorantes à época dos fornecimentos, tendo as emprêsas concessionárias direito adquirido às rendas auferidas pela exploração do serviço segundo tais critérios de remuneração, a cujo risco ficaram submetidas. S. C. M.

São Paulo, 13 de junho de 1960. — *Mario Masagão,* Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.