*CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENERGIA ELÉTRICA — REGIME LEGAL VIGENTE*

*— As cláusulas financeiras, isto é, as que asseguram a estabilidade econômica das emprêsas concessionárias, são imutáveis, em seus elementos básicos, embora variáveis em sua expressão numérica.*

*— O que carateriza o regime vigente é apenas a mutabilidade de um certo número de relações extracontratuais, mas a produzir efeito sòmente depois de sua vigência, com as limitações impostas pelo art. 151 da Constituição.*

*— A execução do regime de tarifas flexíveis é inexeqüível sem uma organização capaz de proceder ao levantamento de elementos considerados essenciais, como a determinação dos investimentos e a avaliação do custo das operações.*

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

PARECER

A Consulente: Rio Light S.A. — Serviços de Eletricidade e Carris — que, anteriormente, usou as denominações "The Rio de Janeiro Tramway, Light

and Power Company, Limited" e "Com panhia de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, Limitada" — é concessionária do serviço de energia elétrica no perímetro do Distrito Federal por fôrça da transferência, que, em 16 de outubro de 1905, lhe fêz Alexander Mackenzie da concessão a êsse último outorgada, pela Prefeitura do Distrito Federal, mediante contrato celebrado em 20 de maio de 1905.

PARECER

O regime das concessões de serviço público, tal como se encontra consagrado no direito brasileiro, é uma transplantação do sistema vigorante no direito continental europeu, que sofreu, entretanto, uma transformação determinada em parte pela evolução da doutrina e em parte por imposição da conjuntura econômica e social.

Teve, assim, à semelhança do que ocorreu em países europeus, o sistema de adaptar-se a contingências econômicas novas, predominando, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, a submissão de algumas cláusulas contratuais ao sistema legal, ou a uma legislação delegada, emanada de órgãos quase legislativos, mas criados pela lei.

Todo o nosso regime de concessões foi largamente influenciado pela legislação específica do meado do século passado — notadamente aquela aplicada às concessões ferroviárias.

Êsse sistema tìpicamente contratual, apoiado em um regime de privilégios de zona e de garantias de juros, não tinha maior elasticidade, o que se justifica em uma época de estabilidade monetária, e no interêsse maior de entrada de investimentos estrangeiros para implantar os serviços públicos essencais do país.

Aquela época era também de grande prestígio dos contratos, também por causa da estabilidade econômica, que constituía um dos sentimentos mais profundos da sociedade do século XIX, e que encontraria no direito então vigente o maior apoio.

No direito administrativo, grande era o prestígio do contrato, e do contrato de direito privado, sem o conteúdo próprio de direito público e administrativo, que tem permitido desenvolver essa nova disciplina jurídica — contratuais eram concessões, como até contratuais eram as relações entre os funcionários públicos e o Estado.

A jurisprudência dos nossos Tribunais, grande número dos nossos melhores jurisconsultos, a própria Administração, aceitavam essa doutrina, que nos veio do Império.

As concessões administrativas, como categoria à parte nos contratos, nunca mereceram a atenção dos nossos melhores tratadistas como Uruguay, Ribas e mesmo Alcides Cruz.

O Conselho de Estado cuidou do assunto, inclusive no terreno legislativo, mas sempre em plano de direito privado, que era, mais ou menos, o direito administrativo daquela época.

Na primeira República, Carvalho de Mendonça (J. X.), (*Rev. S. T. F.*, vol. 81, pág. 341), Mendes Pimentel (*Rev. de Direito,* vol. 59, pág. 481), Astolfo Rezende (*Rev. Jurisprudência Brasileira,* I, pág. 38), Plínio Barreto (*Rev. Jurisprudência Brasileira,* I, pág. 45), e tantos outros, bem como o Supremo Tribunal Federal, sempre consideraram as concessões como contrato de diretio privado, com tôdas as suas conseqüências.

Era o figurino da época, principalmente no continente europeu, onde ain-

da não haviam prosperado as novas doutrinas consagradas pela jurisprudência americana, desde o caso Smyth *v.* Ames.

Assim mesmo, ainda iniciamos tarde o processo de renovação doutrinária que já se esboçava no Conselho de Estado da França, sob a influência de espíritos progressistas como o de Blum.

Não só o dirigismo contratual, a limitação legal da liberdade contratual, mas também as cláusulas de imprevisão e de reajustamento das bases financeiras dos contratos, constituíram, na evolução do direito, nas últimas décadas, fundamentos aceitos por todos para a alteração da estrutura dos contratos, tôdas as vêzes que uma razão de ordem econômica viesse impor essa modificação.

Mas, se, mesmo no terreno do direito privado, o impacto atingiu ainda os preços das utilidades, antes no regime de concorrência, o que não se dirá no campo do direito público, principalmente administrativo, dominado por duas idéias, a saber: a noção do serviço público no continente europeu e a da *public utility* nos Estados Unidos e na Inglaterra, e o exercício do poder de polícia, como instrumento do Estado para atender ao interêsse público.

São construções jurídicas novas, que atingem fundamente os contratos públicos, principalmente os administrativos, mas que não atingem a essência mesma dêsses contratos, isto é, naquilo que diz com o interêsse público, de um lado, e de outro, com os fundamentos mesmos da estabilidade financeira dos que executam serviços públicos.

Daí a proibição geral de cláusulas financeiras confiscatórias, cláusulas que protegem o particular contra os erros da Administração, cujos limites de agir em benefício do interêsse público encontram nítidas e fundadas limitações, que visam proteger os direitos subjetivos contidos na essência mesma dos contratos.

Foi primeiro a necessidade de rever as concessões, foram, em seguida, as próprias condições econômicas que levaram a uma revisão de doutrinas. Não se pode negar também a influência dos estudos de direito administrativo e, notadamente, o sentido dos trabalhos de especialistas como Anhaia Melo, em São Paulo, e Alfredo Valadão, no projeto do Código de Águas.

A necessidade de um sistema tarifário que não fôsse inflexível, não só porque a economia monetária sofria sucessivos impactos, mas também, até certo ponto, o exemplo americano, seguindo um ideal do regime pelo custo, não foram indiferentes à alteração substancial da doutrina tradicional, se mais não fôra, ao menos para legitimar uma revisão periódica de tarifas que, se não se ajustam perfeitamente à economia das emprêsas, pelo menos, autorizam a impressão de que existe um ajustamento acompanhando a curva do preço das utilidades.

Essa flexibilidade de tarifas não atinge, entretanto, os fundamentos da doutrina contratual. Pelo contrário, ela se coaduna perfeitamente com o nôvo sistema, misto por natureza, compreendendo, de um lado, uma parte estável e imutável, a não ser por uma alteração contratual, e outra flexível, que compreende particularmente o sistema de tarifas, cujos critérios de fixação devem obedecer a normas legais, dentro dos princípios básicos estipulados pela Constituição.

Se é verdade que, desde 1930, o sistema tradicional foi abalado em seus fundamentos, pela ampliação da ação discricionária do Govêrno, não é menos

certo que essa situação tomou forma legal e consagração mesmo constitucional, quando a Constituição determinou que a lei deveria estabelecer os critérios gerais para a fixação das tarifas dos serviços públicos concedidos, tarifas que deveriam conciliar os interêsses dos concessionários e usuários.

E, assim fazendo, alargou também a área da competência federal, como verdadeira complementação da Constituição, limitando, nesse particular, em certo sentido a competência dos podêres concedentes — estaduais ou municipais.

Ora, se a Constituição atribui à lei ordinária uma função tão importante na fixação das tarifas e na sua revisão, não só o contrato perde as suas características tradicionais para ajustar-se ao dirigismo contratual, mas o próprio remanescente do elemento vontade na elaboração do contrato, como na sua execução, perde muito do seu conteúdo tradicional.

Não deixa de ser contrato, em suas origens e em sua forma, não deixa de ser contrato, em seus elementos essencais, mas há de estar subordinado a normas estabelecidas pelo poder público, dentro do critério legal, quando se cogitar de fixar o preço do serviço prestado.

As cláusulas sôbre prazos, privilégios, áreas, natureza do serviço e outras serão fixas, mas o preço há de obedecer a normas traçadas pelo poder público e de acôrdo com o que fôr estipulado pelos órgãos competentes.

Nos Estados Unidos, verificou-se uma evolução, senão semelhante, pelo menos com os mesmos resultados, com o desenvolvimento da noção de *police power* e sua aplicação em relação às *public utilities*, às quais não se aplicavam certas imunidades constitucionais que cobrem os contratos privados (ver a bibliografia, notadamente M. Dimock, *Business and Government*, pág. 436).

A França seguiu o mesmo caminho, como se vê em Laubadère (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, vol. II, pág. 316):

"795. *2° Substitution d'un mécanisme administratif de variation des prix et tarifs ou mécanisme contractuel. — Allant au delà du simple blocage, la législation dirigiste des prix a substitué, à partir de 1945, au mécanisme purement administratif. De ce fait l'application des clauses contractuelles de variation automatique n'a plus été seulement limitée mais purement et simplement suspendue et remplacée par un régime de détermination des variations de prix par l'administration elle-même.*

*Cette substitution est issue de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix dont 19 dispose que "sauf autorisation expresse accordée par des arrêtés pris en application de l'article 1er., 1er. alinéa, est suspendue, nonobstant toutes stipulations contraires, l'application des clauses contractuelles qui prévoient la détermination d'un prix au moyen de formules a variation automatique.*

*Désormais, sous le régime de la législation dirigiste des prix, les index servant de base aux variations des prix peuvent donc être fixés par l'administration elle-même; ils ne sont plus déterminés purement et simplement par l'application des données paramétriques inscrittes dans les clauses contractuelles de variation. La légalité de ce système de fixation autoritaire a été reconnue par le C. E. qui a clairement constaté sa signification et sa portée en reconnaissant que les arrêtés administratifs fixant notamment les index de fixation du prix du courant électrique conforme*

*aux principes de la législation nouvelle"* (C. E. 25 juin 1948, *Journal L'Aurore;* 23 janvier 1952, *Ville de Clermont-Ferrand;* 27 juin 1952, *Societé des produits Barytiques nord-africains,* précites — (37)".

Como se sabe, nos Estados Unidos o serviço público executado por um particular é um "privilégio" (*franchise*), mas que toma a forma contratual, com tôdas as suas conseqüências.

Muito forte é a doutrina que considera mesmo a parte de tarifas como de natureza contratual.

São de Thompson and Smith (*Public utility economics*) as seguintes observações:

*"The most significant problem of franchise contractes concerns rates. It was a common practice at one time to prescribe in the franchise a schedule of rates, usually intended to prevail during the life of that instrument. During the years of the first World War, precipitous rise in prices created severe financial distress to many franchise holders, causing them to attempt to increase their prices in excess of the contract rate. From these efforts came a series of cases, which clearly established the principles under which a utility franchise rate was a contract and thus unalterable. For a franchise provision to be construed as a contract, the following conditions must existe:*

*If either of these elements is missing the presumption (the doctrine of strict construction) will be that the police power of rate regulation has not been vacated. Likewise, silence in a franchise relative to rates implies the continuance of that power or regulation. In short, any ambiguity or omission is resolved in favour of the public.*

*If it is established that a franchise rate is a contract rate, no charge of confiscation or extortion can be raised before the courts. "The contract being valid we are not concerned with the question whether the stipulated rates are confiscatory". From such a situation in periods of rising costs, there is only escape — appeal for relief to the generosity of the other contracting party, the public"* (*Public Utility Economics,* Thompson & Smith, pág. 160).

Não obstante a resistência com que sustentam o princípio, reconhecem entretanto o ajustamento do sistema para outro mais flexível como a escala de tarifas, e o serviço pelo custo cuja aplicação se deve a existência das *Commissions* em todos os níveis de administração.

Por outro lado a variação dos preços das utilidades e a instabilidade monetária influem no cálculo das tarifas, entre limites extremos de preços muito altos ou muito baixos que atingem a economia das emprêsas ou dos consumidores, implicando até na análise constitucional do processo (ver Bauer and Gold, *Public utilities valuations,* pág. 456).

O exemplo da França ainda é mais elucidativo da transformação dos sistemas de tarifas.

Já vimos acima Laubadère.

O mesmo nos ensina G. Péquignot (*Théorie Générale du Contrat Administratif,* pág. 371):

*"Plus près de nous, l'introduction du principe de la mutabilité dans le contrat de concession fournit une leçon particulièrement intéressante. Au début de ce siècle encore, le principe de l'immutabilité du contrat de concession était, non seulement appliqué par le*

*Conseil d'Etat* (22), *mais encore affirmé par des Commissaires du Gouvernement* (23), *des professeurs* (24), *des hommes politiques* (25), *et les représentants des grands services concédés* (26). *Il est unanimement* (27) *admis aujourd'hui que la concession "pourra être modifiée à tout instant suivant les besoins sociaux ou économiques du moment"* (28).

*Ce nouveau principe a pris naissance dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de transports par chemins de fer ou tramways. Le Conseil d'Etat jugeait encore en* 1903 *et en* 1905 *que si le contrat de concession avait fixé un nombre "minimum" de voyages, ce chiffre constituait "un "minimum" contractuel qui ne pouvait être modifié que par l'accord réciproque des parties"* (29). *Aucune modification n'y pouvait être apportée sous "la forme impérative de prescriptions de police"* (30). *En* 1907 *et* 1910, *sourtout sous l'influence du Commissaire du Gouvernement Léon Blum, un revirement complet de la jurisprudence se produisit. On reconnut à l'Administration le droit de "prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service..."* (31). *Ainsi, la circonstance qu'une autorité administrative aurait imposé au concessionaire un service différent de celui prévu par les parties contractantes, ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'acte de l'autorité administrative. Il appartiendrait, seulement, au concessionaire de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'il établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée charges de l'exploitation".*

É preciso, entretanto, não levar muito longe a eficácia dessas mudanças, pois que existem sempre cláusulas imutáveis. O próprio Péquignot, tão vinculado à idéia do serviço público e do interêsse público, é o primeiro a admitir cláusulas imutáveis (ob. cit., pág. 433), como, por exemplo, as que limitam o objeto mesmo do contrato, a área do serviço concedido e o equilíbrio financeiro, na base, entre nós do que dispõe o art. 151 da Constituição.

Mesmo os autores mais insistentemente aferrados ao sistema contratual reconhecem a legitimidade da regulamentação do contrato e da flexibilidade de algumas de suas cláusulas.

É o caso de A. Blondeau (*La Concession de Service Public*, pág. 180).

O nosso Decreto-lei nº 5.764, de 1943, teve especiais cautelas a respeito dos limites dessa revisão, estipulando no seu art. 5º o que poderia ser objeto de revisão — e aquilo que deveria ser considerado intangível.

As modificações afetariam:

*a*) os prazos;

*b*) as zonas de fornecimento;

*c*) a fiscalização das emprêsas;

*d*) condições futuras de exploração.

As cláusulas intocáveis seriam:

*a*) as relativas à integridade do capital investido;

*b*) a remuneração do capital, em face do art. 147 da Carta de 1937.

As cláusulas financeiras, isto é, as que asseguram a estabilidade econômica das emprêsas, são imutáveis, em seus elementos básicos, embora variáveis em sua expressão numérica.

O direito está, aliás, assegurado pelo art. 151 da Constituição federal, em

seus princípios fundamentais, que a lei ordinária deve regulamentar, estabelecendo também os processos de fiscalização e execução.

Uma coisa é contrato, em seus elementos estáveis, modificáveis sòmente por uma revisão contratual, outra coisa serão as tarifas que deverão obedecer a uma curva que se ajuste aos critérios legais para a sua determinação.

Essa evolução não é imposta pelo Estado, discricionàriamente, mas por uma conjuntura econômica e financeira inelutável, que não deve atingir, senão para manter o equilíbrio moral e financeiro da relação entre o Estado e o Concessionário.

A adoção do nôvo sistema não é sem riscos e dificuldades. A fixação do custo de um serviço, que obedece a investimento muito vultoso, a variação constante do valor dêsse investimento, a consideração pelas novas inversões em dinheiro e em bens, são outros tantos fatôres que influem sôbre a fixação de preços. A contabilidade de custo ainda constitui uma seara só acessível a contadores especializados.

Por outro lado, a fixação permanente das tarifas e a sua fiscalização exigem aparelho contábil extremamente custoso e de difícil manutenção.

Não basta que esteja na lei, é preciso que seja, para usar de uma expressão consagrada, efetiva não só a fixação segura da tarifa, mas ainda a sua fiscalização.

A implantação do serviço pelo custo é, assim da maior complexidade, para ser eficaz.

Além do mais, a base dêsse preço tem um fundamento legal que é o custo histórico, apenas ajustado às exigências de uma correção monetária, ainda por ser determinada.

A expressão "serviço pelo custo" foi primeiro usada entre nós pelo Código de Águas em seu art. 180, quando, ao pretender definir o que se entende por "tarifas razoáveis", estipulou os seguintes pressupostos:

Serviço pelo custo significa levar-se em conta:

*a*) as despesas de operações, impostos, taxas, de qualquer natureza, lançadas sôbre a emprêsa;

*b*) reservas para a depreciação;

*c*) remuneração do capital da emprêsa.

Já o Decreto-lei nº 5.764, de 19 de agôsto de 1943, foi menos preciso na definição das tarifas, dando nova orientação na sua fixação, não, evidentemente, como solução definitiva, mas para enfrentar uma contingência que dificultava a aplicação dos preceitos do Código de Águas.

Daí o seu art. 5º, *verbis*:

"Até a assinatura de novos contratos, as emprêsas de que trata o presente decreto-lei poderão ter, a *título precário*, os seus preços de fornecimento modificados, *a critério exclusivo do Govêrno* e mediante requerimento, devidamente fundamentado e por elas dirigido ao Ministro da Agricultura".

E mais o seu § 2º:

"Os novos preços de fornecimento serão fixados pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura, pelo critério de semelhança, atendidas a razoabilidade de seus valores e as novas classes de consumidores".

Nenhuma referência ao critério de fixação de tarifas, submetida apenas àquilo que determinava o art. 147 da Carta de 1937, de eficácia discutível diante da natureza discricionária do regime.

Foi êsse próprio decreto-lei que afirmou *a precariedade* do sistema adotado, mas, sem dúvida, eliminou os últimos resquícios da natureza contratual das tarifas, tornando a sua fixação ato unilateral do poder público.

O nôvo sistema foi, entretanto notòriamente *transitório,* bem do estilo da época, e essa natureza transitória e precária está afirmada no próprio texto, reiteradamente, *verbis*:

1) "até a assinatura dos novos contratos";

2) "poderão ter, a *título precário,* os seus preços de fornecimento... etc."

A título precário significa uma *limitação no tempo,* sujeição a outras revisões etc.; é conceito de instabilidade. O *precário,* segundo a tradição romana, é precisamente aquela situação que não consolida direito, porque pode ser alterada quando convier.

Aplicando-se o conceito às tarifas, a sua precariedade se define em têrmos de mutabilidade, respeitado apenas o que está explícito no art. 3º, que remete, aliás, ao art. 147 da Carta então em vigor.

Sistema semelhante foi consagrado, por exemplo, na Lei nº 3.421, de 10 de julho de 1958, que criou o Fundo Portuário Nacional e deu outras providências.

Ali também determinou que a tarifa deveria obedecer ao regime do "custo de serviço" (art. 17), compreendendo:

*a*) as despesas de exploração;

*b*) as diferenças a que se refere o § 7º, isto é, diferenças sôbre taxas cambiais e outras conseqüentes a empréstimos que revertam para o aumento do patrimônio;

*c*) os encargos financeiros do investimento, definidos no § 1º e no art. 19.

Essas tarifas são alteráveis de cinco em cinco anos, quando aprovadas pelo poder público (art. 20).

Como se vê, o regime já se vai consolidando entre nós através de diversos setores do serviço público.

Mas, vejamos o que ocorre com a legislação sôbre energia elétrica.

Teria o Decreto-lei de 1943 revogado, por qualquer forma, o Código, ou expressa ou tàcitamente?

Não nos parece, de momento que não estabeleceu, em caráter permanente, critérios novos para a fixação de tarifas.

Mesmo o § 3º do seu art. 5º não estabelece critério diferente, mas apenas uma correção que não atinge a essência mesma do sistema arquitetado pelo Código de Águas.

Não existe entre as duas leis a incompatibilidade a que se refere o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil, nem modificação substancial de sistema.

Não se referiu ao *serviço pelo custo* nem o precisaria, porque o que se depreende do próprio texto de 1943 é a incapacidade do poder público para atender com rigor a um cálculo de tarifas rigorosamente dentro do padrão do Código de Águas.

Estabeleceu, portanto, em caráter transitório, um sistema de *tarifas precárias,* a critério do poder federal.

Finalmente, o Decreto nº 41.019, de 1957, regulamentando o Código de Águas, procurou reviver, em todos os seus têrmos, o referido Código.

Seria de todo desejável que se organizasse um órgão permanente e adequado para atender a uma fixação de tarifas pelo custo e a uma fiscalização efetiva.

Temos, portanto, rigorosamente, depois do Código de Águas, um sistema que vai de 1934 a 1943, sistema não totalmente aplicado, mas que teve a virtude de estabelecer alguns critérios legais para a avaliação dos bens e serviços concedidos e as bases gerais para a fixação de tarifas.

Depois de 1943, um regime transitório, que procurou ajustar o Código de Águas à realidade, mas, de acôrdo com o estilo da época, prestigiando a tese unilateral.

Finalmente, o próprio regime constitucional de 1946, estipulando critérios gerais ao legislador, no seu art. 151, e a regulamentação do Código de Águas, revelam a tendência para uma aplicação mais rigorosa dêsse regime, mas dentro de um sistema de *tarifas precárias*, modificáveis de acôrdo com as exigências da conjuntura.

As relações entre concessionários e o Estado deveriam ter obedecido necessàriamente às leis vigentes ao tempo em que se verificaram. Se conforme, portanto, àquelas leis, consolidaram-se os direitos respectivos, tornando-se perfeitos e acabados os atos praticados.

Se os contratos forem afetados, selo-ão sòmente depois da vigência das leis que os atingirem, mas nunca poderão modificar, no tempo, os atos praticados anteriormente.

O mesmo poder-se-á dizer daqueles atos que não obedeceram aos contratos, mas regulados pelas normas impostas pelo poder público ou pelas leis que vieram regular as relações entre o poder público e os concessionários, como é o caso do Decreto-lei nº 5.764, de 1943.

Assim, ocorre não sòmente com os atos praticados por fôrça de lei, mas também aquêles que emanaram do poder público, se consolidaram, sob o regime da lei vigente ao tempo em que foram praticados, e se incorporaram ao patrimônio de ambas as partes e dos usuários.

O regime é mutável por determinação legal, mas os atos praticados em cada uma das etapas da vida legislativa vão-se consolidando, desde que, conforme aos preceitos legais em vigor, aplicáveis não sòmente às tarifas, mas a todos os atos modificativos ou extintivos das relações entre o poder público e os concessionários.

O que caracteriza o regime vigente é apenas a mutabilidade de um certo número de relações, extracontratuais, mas a produzir efeito sòmente depois da sua vigência, com as limitações impostas pelo art. 151 da Constituição.

Em relação ao efeito retroativo da lei nova e à possibilidade de revisão de contas já aprovadas, não seria lícito omitir o que ocorreu na França, com a modificação legal dos preços e a revisão das contas definitivas em matéria de trabalhos públicos e de fornecimento.

A lei francesa de 13 de janeiro de 1941 que suprimiu os direitos especiais de patentes, aplicáveis aos fornecedores e empreiteiros de obras públicas, depois de 1 de janeiro de 1940, permitiu a sua revisão para atender à supressão dêsses direitos e taxas especiais sôbre patentes.

O caso merece ser mencionado porque se refere a uma revisão retroativa de contas já aprovadas. Essa revisão, porém, se justifica pela supressão de um dos elementos que compõem a formação dos preços, o que atribui sentido específico à finalidade dessa revisão de valores.

Comentando o efeito retroativo dessa revisão, Laubadère (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, vol. II, págs. 688 e segs., 708 e segs.) considera que a lei de 13 de janeiro de de 1941 acresceu aos casos de revisão por êrro, omissão, falsidade e fraude em geral, uma outra causa de revisão, aquela mencionada pela lei, atingindo os contratos concluídos antes daquela lei, de acôrdo, aliás, com a decisão do Conselho de Estado, em 30 de janeiro de 1952, no caso Ville de Lyon.

Reconhece, entretanto, o mesmo Laubadère que as contas definitivas são irrevogáveis. Isso quer dizer que a dívida da Administração não pode ser modificada, uma vez fixada, embora reconheça a aplicação da lei de 1941, nos seus devidos limites.

Como se vê, temos nessa lei francesa e na jurisprudência do Conselho de Estado, na sua aplicação, um elemento importante para determinar as condições da revisão de uma situação concluída sob o regime de uma lei, por outra lei que atinge, em sua essência, atos perfeitos e acabados.

Mas, se a própria doutrina dá um grande vigor à elasticidade do sistema contratual, permitindo a sua revisão, ao mesmo tempo limita a eficácia dessas revisões, àqueles atos, por alguma forma maculados perante a sua legitimidade ou que tenham de sofrer modificações em virtude de supressões de taxas ou contribuições que oneravam o preço dos serviços ou das obras.

Existe, em suma, uma dificuldade técnica em definir o ato jurídico, ou mesmo os atos geradores de direitos, mas, como observa Benoit Jeanneau (*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, pág. 101), essas situações são sempre individuais, dificilmente removíveis por ato da Administração.

E isso porque a situação jurídica só se modifica quando não está perfeita e acabada.

Quando, portanto, uma situação jurídica é definitiva?

Depende muito dos casos individuais, mas parece que o critério da conformidade do ato com a lei, importa na legitimidade dêsse ato, que não pode ser revogado; não podem as normas posteriores modificar o regime jurídico dos atos que forem praticados anteriormente à sua vigência.

As mais qualificadas instâncias administrativas e os autores mais autorizados não conseguiram estabelecer um critério, preferindo remeter à análise dos casos individuais.

As modificações, por fôrça de preceitos novos e de normas novas, não podem afetar a validade de atos perfeitos e acabados. É um problema que nada tem que ver com o sistema criado pela legislação posterior ao Código de Águas.

A legitimidade da interferência legislativa, em matéria de contrato de serviço público concedido, se encontra nas próprias Constituições desde 1934, com referência expressa, inclusive aos contratos já concluídos que se deveriam amoldar à lei federal, a ser elaborada dentro dos direitos fixados na Constituição, na parte relativa às tarifas e preços do serviço.

É um caso singular entre as Constituições, mas aplicado apenas parcialmente, através uma legislação desordenada e, por vêzes, contraditória, que não identifica nem sequer o órgão que deve, por delegação, exercer as funções técnicas, e contábeis de fixação de tarifas.

Isto não impede, entretanto, que essa legislação tenha afirmado desde 1943, de modo expresso, que a fixação de tarifas seria feita por ato unilateral do poder público.

Afirmou, ainda mais, que essas tarifas seriam precárias, o que significa a possibilidade de suas modificações no tempo, a qualquer tempo, desde que o poder público viesse a julgar necessária a fixação de novas tarifas.

O problema da retroatividade, embora deslocado, no direito moderno para um terreno mais flexível, a fim de permitir a evolução das instituições jurídicas e a sua conformidade com o fato, não perdeu, entretanto, a sua expressão própria, qual a de assegurar um mínimo de estabilidade aos elementos de base das relações humanas.

Essa característica tradicional, que se definia, na mutabilidade da forma, foi, em parte, mantida, mas por uma fórmula, bem definida, entre outros, por Roubier, da eficácia imediata da lei nova, sem atingir situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei antiga.

Desta forma, se novos critérios podem ser estabelecidos, se formas novas podem ser criadas, as situações nascidas e estabelecidas sob o regime da lei antiga não podem ser atingidas pela lei nova, a menos que não se trate de atos nulos ou anuláveis, atingidos pelas sanções jurídicas conhecidas.

Nesses casos, não se pode evidentemente enquadrar êsses fatos entre aquêles constitutivos de direitos, e, portanto, invioláveis.

Por isso é que o próprio regulamento do Código de Águas (Decreto nº 41.019, de 20 de fevereiro de 1957), sujeita o reajustamento de tarifas a um contrôle do poder público (art. 176) e medidas de correção, em caso de fraude ou êrro, com a conseqüente devolução daquilo que foi cobrado em excesso (§ 6º).

Mas essa correção poderia ocorrer mesmo no regime contratual.

No caso em aprêço, a substituição da causa da obrigação ou do ato jurídico, do contrato pelo ato unilateral do poder público, altera o problema sob o ponto-de-vista puramente formal, porque não se podem considerar os atos unilaterais, atos discricionários, mas decisões que obedecem a um sistema de normas estabelecido pela própria Administração.

O que se altera é a origem da obrigação, que passa do contrato para um sistema de normas fixadas pelo poder público, e porque constituem, afinal, fonte de obrigações, origem e causa de relações jurídicas que obrigam tanto quanto os próprios contratos.

O sistema acarreta maior mobilidade no conjunto de normas, mas os atos praticados de acôrdo com essas normas terão o mesmo vigor, a mesma eficácia, a mesma estabilidade jurídica, que teriam se a causa da obrigação fôsse o contrato.

O que permite o sistema do ato unilateral é apenas a mudança das normas que regulam as relações jurídicas; mas a nova norma não pode atingir a situações reguladas pela norma em vigor ao tempo em que os fatos se realizaram.

A conformidade e coincidência do ato ou fato com a norma é que regula as relações jurídicas e a sua validade (Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal,* pág. 363).

É um princípio pacìficamente aplicado, quando se trata, mesmo, de normas regulamentares, e não de lei, o que significa a eficácia também dos preceitos regulamentares sôbre a constituição de direitos (ver O. Dupeyraux, *La Règle de la non retroativité des actes administratifs,* pág. 177.)

Francesco Bianchi (*Principii generale sulle leggi,* pág. 77) já advertia da eficácia das disposições regulamentares sôbre a criação de direitos, embora com reservas próprias à natureza das normas.

Reconhece, entretanto, a sua eficácia quando emanadas de autoridade competente e de conformidade com a lei.

Conferindo a lei competência para o exercício de atividade administrativa delegada, as normas expedidas por essa autoridade serão legítimas e regulam as relações do poder público com as particulares.

Nos Estados Unidos êsses podêres são exercidos por comissões que têm competência quase legislativa e quase judicial, o que facilita de muito o mecanismo do sistema.

Respondendo às perguntas.

Reza a primeira:

"É legítima a conclusão de que o regime de tarifas em vigor nos serviços de energia elétrica foi, até 1943, o regime contratual puro e, partir da vigência do Decreto-lei nº 5.764, daquele ano, o regime de tarifas máximas contratuais passou a ficar sujeito, transitòriamente, a modificações unilaterais. levadas a efeito a título precário, por ato do poder público?"

*Resposta*: Sim, quanto à modificação do regime contratual que vigorava anteriormente ao Código de Águas e à Constituição de 1934, que estabeleceu critérios para a fixação de tarifas.

A própria exposição que precede à consulta reconhece a revogação do regime contratual, se não em virtude de preceitos legais modificando aquêle sistema, pelo menos através de situações jurídicas novas, criadas por atos do poder público.

Foi, na realidade, o Código de Águas, de 1934, que modificou o sistema, ao transferir para a lei ordinária matéria que se situava no campo contratual.

Por outro lado, o art. 137 da Constituição de 1934 mandava aplicar a lei aos contratos vigentes.

Mais explícito, o Decreto-lei nº 5.764, de 1943, estabeleceu um sistema unilateral, embora a título precário, com aplicação aos contratos em vigor, de acôrdo com o art. 147 da Carta de 1937.

Embora entenda que êsse regime já vigorava antes de 1943, não há dúvida, entretanto, que êle se consolidou na data do Decreto-lei nº 5.764, que o institucionalizou.

O regime contratual subsiste apenas em as relações do concessionário com o poder público, que não afetam o terreno das tarifas, sujeitas estas à fixação unilateral pelo poder público, através dos seus órgãos próprios.

O que subsiste, entretanto, como definitivo e fixo na relação, é o respeito aos preceitos do art. 151 da Constituição que limitam a ação discricionária dêsses órgãos incumbidos da fixação de tarifas.

A segunda pergunta é a seguinte:

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

*Resposta*: A execução do regime de tarifas flexíveis é inexeqüível sem uma organização capaz de proceder ao levantamento dos elementos considerados essenciais como a determinação dos investimentos e a avaliação do custo das operações.

O processo de fixação de tarifas e, portanto, de avaliação do custo, deve ser permanente e retificado periòdicamente, para manter as tarifas ao nível do custo do serviço.

Os arts. 179 e 180 do Código de Águas, o Decreto-lei nº 3.128, de 19 de março de 1941 (sôbre tombamento dos bens das emprêsas de eletricidade), o Decreto-lei nº 5.764, de 1943, e o Decreto nº 41.019, de 1957, que regulamenta o Código de Águas (arts. 163 e segs.), todos se referem a êsses dois elementos, sem os quais a determinação do custo é impossível.

O Decreto nº 41.019, de 1957, que é o ato mais recente sôbre a matéria, dispõe expressamente em seu art. 174 que o custo do serviço será apurado na base dos seguintes elementos:

I — despesas de operação;

II — impostos e taxas;

III — quotas de depreciação e reversão;

IV — remuneração do investimento.

O Decreto-lei nº 3.128, de 1941, já obrigava o inventário das propriedades das emprêsas de eletricidade, "para determinação inicial do investimento", não sòmente para a fixação do custo do serviço (tarifa), mas também para a "eventual reversão ou encampação".

Há, portanto, unanimidade, sob o ponto-de-vista legislativo quanto à necessidade de determinação pelo menos dêsses dois elementos de base, investimento e custo de operação, para execução de um regime de tarifas flexíveis, cujo tipo mais comum é o custo do serviço, isto é, da operação.

As dificuldades, entretanto, dessa execução são grandes, quer sob o ponto-de-vista humano (isto é, da existência de uma equipe consciente do problema de contabilidade de custo e de boa compreensão dos problemas jurídicos), quer sob o ponto-de-vista de aparelhamento material.

É um processo oneroso e tècnicamente delicado.

Constitui, entretanto, exigência legal e mesmo constitucional (art. 151) se dermos ao texto a sua boa compreensão.

A terceira pergunta é a seguinte:

"Em relação às concessões anteriores ao Código de 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?"

*Resposta*: O princípio geral de direito é de que as situações jurídicas se consolidam, de acôrdo com a lei vigente ao tempo em que se realizaram as relações jurídicas que as criaram.

A extinção do regime contratual não modificou, antes consolidou êsse conceito, de momento que as concessionárias, pelo revigoramento do contrôle do poder concedente sôbre a concessão, ficaram sujeitas ao regime do ato unilateral.

Aplicam-se aqui os princípios fundamentais relativos à validade dos atos jurídicos, considerados êstes como os atos lícitos capazes de produzir conseqüências jurídicas.

Ora, os múltiplos atos que regulam a vida interna das emprêsas concessionárias e as suas relações com o poder concedente e com os usuários produzem necessàriamente conseqüências jurídicas de natureza pessoal ou patrimonial.

Concluídos êsses atos, êles se incorporam ao patrimônio jurídico a quem beneficia.

Os motivos de nulidade dos atos jurídicos são conhecidos — êrro, fraude, simulação, violação da lei.

No caso em aprêço, sob um regime transitório e precário, segundo as expressões do Decreto-lei nº 5.764, o critério para a determinação do sistema de concessões afastou-se do sistema contratual para acompanhar um sistema legal de orientação ditada pelo poder concedente.

Esta circunstância torna difícil não só a verificação de legalidade, mas também a impugnação de atos concluídos sob êsse regime e aceitos pelo poder concedente.

Sem entrar na análise específica dêste ou daquele ato, parece-me que, em sua generalidade, as situações concluídas e esgotadas sob aquêle regime e, portanto, as rendas auferidas, debaixo do contrôle do poder público, devem ser consideradas perfeitas e acabadas.

Para efeitos jurídicos, não há diferença substancial entre o regime contratual e o instituído, quanto à eficácia e validade dos atos praticados sob a vigência de cada uma das normas aplicáveis em cada momento das relações jurídicas.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1960. — *Temístocles Brandão Cavalcânti.*