REGIME PATRIMONIAL DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA

WALTER T. ÁLVARES *

Natureza jurídica. Cotejo entre os regimes de concessão. Análise geral da abordagem administrativa. Conclusões gerais. Arrendamento de instalações.

1. *Coordenadas jurídicas.* Os bens que integram uma concessão de serviço público têm merecido dos juristas uma tríplice abordagem, com fundamento na titularidade da propriedade:

a) constituem propriedade da concessionária;
b) constituem propriedade do concedente;
c) constituem propriedade resolutiva.

Tomamos três juristas brasileiros para vincular a cada uma dessas posições, no seu desenvolvimento.

2. *Direito real.* Iniciamos com RUI BARBOSA, a respeito do direito real que abriga o concessionário (*Obras Completas*, vol. XXXI, tomo II, p. 257 a 302), que faz sua extensa análise à luz da concessão de ferrovia, indicando, com legião de autores, a seguinte situação:

a) os concessionários são investidos do direito de propriedade na Inglaterra;
b) nos Estados Unidos, outro tanto;
c) na Alemanha, a propriedade é particular;
d) na Suíça, o mesmo comportamento;
e) na França, o estatuto fica ambíguo;
f) na Itália, acaba prevalecendo o direito real das concessionárias.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais.

E depois de uma exposição cerrada, conclui que no Brasil também o direito real abrange a relação das concessionárias quanto aos bens da concessão e fundamenta suas conclusões em duas orientações básicas:

a) o concessionário pode hipotecar os bens, e seria insensato hipotecar bens que não fôssem de sua propriedade;
b) o concedente autoriza ao concessionário a venda de bens da concessão, e seria um disparate que o concedente precisasse autorizar a venda do que lhe pertencesse.

Infelizmente, o direito positivo brasileiro por vêzes tangencia essas coordenadas e vemos o próprio poder concedente, no seu próprio Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, referir-se abertamente (art. 44, Decreto n.º 41.019/57) *à propriedade das emprêsas de energia elétrica em função do serviço de eletricidade.* Igual referência no artigo 1.º, do Decreto-lei n.º 1.989, de 1940, e relativamente mais vago no Decreto-lei n.º 3.128/41.

3. *Direito pessoal.* No campo oposto, situa-se o jurista FRANCISCO CAMPOS, que vê o direito real converter-se em direito pessoal com a incorporação dos bens da concessionária ao serviço público (Cf. ÁLVARES, Walter T. *Instituições de Direito da Eletricidade,* I, n.º 122).

É a orientação de uma plêiade de juristas brasileiros, alinhados na obra acima citada, vol. I, n.º 106. Aderimos a esta corrente por entender que os bens integrados na concessão serão afetados da funcionalidade de sua destinação, mas sem que isto importe em perda patrimonial da concessionária, porquanto, se desaparece um direito real, por outro lado fica protegida por um vínculo obrigacional, a um integral pagamento do seu investimento, na hipótese de passar o concedente ao domínio direto dos bens.

Mostramos naquele trabalho a doutrinação européia e norte-americana a respeito.

4. *Propriedade resolúvel.* Um meio-têrmo é a doutrina de CARVALHO MENDONÇA, em sua última fase, seguida por MIRANDA VALVERDE e AFRÂNIO DE CARVALHO, isto é, a propriedade dos bens integrados na concessão constitui uma propriedade resolúvel, pois durante o curso da concessão a concessionária tem efetivamente a propriedade, que se resolve com o advento do têrmo da concessão (MIRANDA VALVERDE. Sociedade por Ações, I, n.º 43; CARVALHO, Afrânio de. *Revista Forense,* 163/39, etc.).

5. *Ponto de partida.* Nesta abordagem o ponto de partida está na caracterização da concessão para uso próprio. Denominamos êste tipo *concessão impròpriamente dita,* pois decorre de simples ultrapassamento de determinada potência instalada (*Instituições de Direito da Eletricidade,* I, n.º 133).

Com efeito, se o aproveitamento hidráulico para uso próprio ultrapassar 150 kw de potência, então, o que era o campo de uma simples autorização ganha a designação de concessão.

Entretanto — e êste é o ponto básico — passa a ter esta designação, mas não se desvincula do regime de autorização, e, por via de conseqüência, a propriedade é manifestamente da concessionária, sem possibilidade das controvérsias a respeito de titularidade existentes quanto à concessionária de serviço público. Ora, as conseqüências são de importantes efeitos, como se irá demonstrar.

6. *Cotejo entre regimes de concessão.* Será muito ilustrativo o cotejo da legislação brasileira a respeito do regime de concessionária para serviço público e de concessão para uso próprio, tendo em vista as repercussões patrimoniais.

Vejamos algumas regras:

1.ª regra — O concessionário de serviço público pode promover desapropriação (Decreto-lei n.º 3.365/51), enquanto que o concessionário de uso próprio não o pode.

2.ª regra — O concessionário de serviço público, pela caducidade, perde os bens para o poder concedente (Código de Águas, art. 169, I), enquanto que o concessionário para uso próprio sòmente ficará obrigado a restabelecer a situação do curso d'água anterior ao aproveitamento concedido.

3.ª regra — Ao fim da concessão revertem à União todos os bens da concessão (Código de Águas, art. 165, combinado com a Constituição federal de 1967, art. 8, XV, *b*), enquanto que antes os bens revertiam à União, se o serviço era federal; para os Estados, se o serviço era estadual, em rio de jurisdição estadual; para o município, se o serviço era municipal, e em rio de jurisdição municipal. Enquanto isto, com o advento do têrmo de concessão para uso próprio, os bens que sempre foram de propriedade do concessionário não saem de seu contrôle, sob abrigo de direito real, e, se não fôr renovada a concessão, então, aplica-se a regra de autorização, isto é, abandono dos bens ao poder concedente, mediante indenização.

4.ª regra — A fiscalização técnica e contábil que o poder concedente exerce sôbre a concessionária é sòmente sôbre a concessionária de serviço público, à luz do art. 178 e seguintes do Código de Águas, e ainda Decreto-lei n.º 3.128/41, artigo 5.º.

5.ª regra — A isenção de impostos outorgada por leis federais sempre alcançaram as concessionárias de serviço público e não as concessionárias para uso próprio, princípio êsse agora defendido pela Lei n.º 5.172/66 (art. 13), que repetia o regime da Constituição de 1946, art. 31, pará-

grafo único, e agora exacerbado pelo art. 20, §§ 1.º e 2.º da Constituição de 1967.

6.ª regra — Os bens vinculados ao serviço público de energia elétrica não podem ser desvinculados, vendidos ou cedidos sem autorização do poder concedente, mas a regra alcança os bens vinculados ao serviço (Decreto-lei n.º 7.062/44), e òbviamente não existe serviço no caso de concessão para uso próprio.

7.ª regra — O contrôle sôbre contratos entre concessionárias de serviço público de energia elétrica, previstos nos arts. 184 e 185 do Código de Águas, não alcança as concessionárias para uso próprio.

7. Como se verifica, o regime é diverso entre uma concessionária de serviço público e uma concessionária para uso próprio, e disto resultam conseqüências patrimoniais profundas.

A concessionária para uso próprio na realidade tem mais afinidade com a permissionária, só abandonando êste *status* pelo ultrapassamento de potência instalada. Isto, aliás, a lei se encarrega de deixar expresso, quando impõe a transformação automática no art. 175 do Código de Águas.

Uma única vez, a rigor, a concessionária para uso próprio e a concessionária de serviço público têm obrigações idênticas, quando a lei impõe o tombamento dos bens, um inventário de suas propriedades (Decreto-lei n.º 3.128/41). E por quê? Porque, na hipótese de encampação, a União, que deverá pagar prèviamente em dinheiro a indenização respectiva, precisa conhecer e ter elementos para atingir-se o valor dos bens das concessionárias. Também outra vez, aparentemente, correria o mesmo roteiro, no caso de transferência dos bens, na forma do Decreto-lei n.º 5.764/43, e aparentemente porque o decreto disciplina as concessionárias de serviço público, e ao estender a outros casos, fá-lo no que couber, deixando margem a dúvidas quanto a concessionárias que se aproximam mais do regime de permissionária do que de concessionária de serviço público.

8. *Conclusões gerais sôbre o patrimônio.* Do exposto, resulta que a lei brasileira não considera os bens de uma concessão para uso próprio como vinculados a serviço público e, por conseguinte, legal e doutrinàriamente, a propriedade da concessionária sôbre os mesmos não padece restrições nem dúvidas. Há inequívoca relação de direito real, e não um vínculo obrigacional, pela comutação de propriedade em domínio do concedente. Ora, se a propriedade é tranqüila da concessionária para uso próprio, que nem pela propriedade resolutiva do concedente perde êsses bens (o que ocorre com o concessionário de serviço público), segue-se que o regime patrimonial desta concessionária de aproveitamento para uso próprio é o do direito comum, consubstanciado nas regras do Código Civil, e não decorre de normas publicistas

a respeito de relações de concessionárias de serviço público e seu patrimônio.

Como a permissionária, a concessionária para uso próprio tem os seus bens deslocados da área administrativa para os quadros do Direito Civil. Ali, relativamente à permissionária, o próprio Código de Águas, ao permitir a *cessão parcial* ou *cessão total* da autorização, chegava a admiti-las sem sequer ter o poder concedente conhecimento, ou isto permitido, se resultasse da venda judicial.

Ora, isto não seria possível no caso de concessão de serviço público, pois, mesmo no caso de falência, precisaria que o poder concedente fizesse a transferência da concessão e para o adquirente do acervo da concessionária falida, na forma da fase de liquidação em juízo falimentar (Cf. ÁLVARES, Walter T. *Direito Falimentar*, II, 767, 1968, 2.ª ed.).

9. *O arrendamento no contexto.* Mas, na seqüência da exposição, e para argumentar, admita-se que o regime da concessionária para uso próprio fôsse o mesmo para a concessionária de serviço público. Aplicar-se-ia, na espécie, os Decretos-leis n.ºs 7.062/44 e 5.764/43, que dispõem:

a) os bens estão vinculados ao serviço e não poderão ser:

— desmembrados,
— vendidos,
— cedidos,

sem autorização do poder concedente (Decreto-lei n.º 7.062);

b) a propriedade das emprêsas só pode ser transferida com aprovação prévia do poder concedente (Decreto-lei n.º 5.764).

E, com caráter regulamentar, dizem os arts. 63 e 64 do Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, com a nova redação dada pelo Decreto n.º 56.227/65:

c) os bens vinculados aos serviços não podem ser retirados sem prévia autorização;
d) a venda, cessão, dação em garantia hipotecária de bens imóveis ou partes usuais das instalações dependem de autorização prévia.

Que se verifica dêsses textos? Que nêles não está previsto o caso de arrendamento, que, como é óbvio, não é venda, nem cessão, nem retirada, nem hipoteca, nem desmembramento.

A rigor, portanto, o arrendamento não precisa, na forma do direito positivo, ser objeto de autorização prévia do poder concedente sequer para a concessionária de serviço público, quanto mais para o concessionário para uso próprio. É esta uma lacuna da legislação que deve ser quanto antes eliminada, para compor o sistema legal vigente.

10. *O arrendamento e a vedação do dircito positivo brasileiro.* Com efeito, vejamos as regras jurídicas contempladas na lei:

a) cessão, que é de direito e não de coisas, pois o credor pode ceder crédito (Código Civil, art. 1.065), direitos (art. 1.021), é muito distinta de arrendamento, que é locação (Código Civil, art. 1.188) de bens imóveis (CLÓVIS BEVILÁQUA, Dir. Obrigações, art. 5.134). A regra do Decreto-lei n.º 7.062, sôbre cessão de bens não é, portanto, pertinente; [1]
b) venda, ou civil (Código Civil, art. 1.122) ou comercial (Código Comercial, arts. 191/192), implica em transferência de domínio, que está longe da idéia de arrendamento;
c) hipoteca (Código Civil, art. 809) nada tem a ver com arrendamento;
d) retirada de serviço não é figura jurídica civil ou comercial, mas de Direito da Eletricidade, e não tem a menor afinidade com arrendamento;
e) desmembramento, que é desarticulação, desmontagem, é conceito que passa longe do arrendamento.

Ora, para êsses cinco casos é que se exige a autorização prévia do poder concedente, segundo as leis em vigor.

11. *Direito comparado.* Nos Estados Unidos, também, à luz do *Federal Power Act,* arrendamento de valor superior a US$ 50.000,00 precisa de autorização prévia. É lei (F.P.A., sec. 203 *a*), porém não aqui. Mesmo assim, de certo valor para cima. Na Alemanha, o aviso às autoridades, no caso de arrendamento, só é necessário se do arrendamento resultar alterações na destinação das instalações (EISER. *Energiewirtschaftsrecht,* I, 124, Berlim, 1961). Fora disto, o negócio entre as partes prevalece.

Na Inglaterra, as dúvidas anteriores foram afastadas pelo *Electric Supply Act* de 1922, e podiam as concessionárias arrendar:

a) tôdas suas instalações,
b) parte das instalações,

com autorização da autoridade competente (WILL. *Electricity Supply,* 299, 6.ª ed.).

Em Portugal, há o instituto da subconcessão, que consente em transferir parte dos encargos da concessionária a um subconcessionário, mas com autorização do concedente (CAETANO, Marcelo. *Direito Administrativo,* n.º 290).

12. *Conclusões gerais.* Do exame em conjunto do tema à luz do Direito da Eletricidade e da legislação brasileira pertinente, resulta evidentemente o seguinte:

[1] É verdade que o direito antigo era expresso sôbre cessão de bens, ao lado da cessão de direitos (*Ordenações,* liv. 4.º, título 74), mas o direito positivo atual só contempla cessão de créditos, de direitos, e, mesmo no direito antigo, CAIRU interpretava a cessão de coisas como a *cessio bonorum* ligada ao procedimento falimentar (Cfr. CAIRU, *Direito Mercantil,* 546).

a) têm regimes distintos a concessionária de serviço público e a concessionária para uso próprio;
b) a concessionária para uso próprio tangencia com a permissionária;
c) os bens da permissionária e da concessionária para uso próprio são, sem controvérsia, objeto da proteção do direito real com relação aos seus titulares;
d) não há vedação legal à utilização dêsses bens dentro dos limites do uso normal da propriedade;
e) não se aplicam as limitações da lei quanto ao regime patrimonial das concessionárias de serviço público, quanto a arrendamento entre concessionárias;
f) contratos entre concessionárias para uso próprio não se submetem à fiscalização do poder concedente.

13. *A cessão parcial da autorização e o caráter* intuitu personnae *da concessão.* À luz desta abordagem, seria possível o arrendamento, mas restaria a resistência de que, sendo a concessão outorgada *intuitu personnae,* o arrendamento a terceiros alteraria êste esquema. Mas isto não ocorrerá no caso em que as partes contratantes tiverem o mesmo *status,* isto é, concessionárias de aproveitamento hidráulico para uso próprio. Donde a regra: o arrendamento entre concessionárias, satisfeito o princípio *intuitu personnae,* dispensa a aprovação prévia do poder concedente, indispensável se a relação integrar terceiro não concessionário.

Para esta última parte, isto é, terceiro não concessionário, para o desenvolvimento jurídico dessa relação, deve-se atentar que a concessão para uso próprio aproxima-se, tangencia mesmo com a figura da autorização, e também se sabe que, pelo Código de Águas, a autorização comporta cessão total ou parcial, que deve ser comunicada ao poder concedente para que êste dê ou recuse o assentimento (art. 173).

É certamente óbvio, pela regra supletiva do art. 173 do Código de Águas, que o assentimento poderá ser dado ou não. Mas aí o tema deixa de ser jurídico, passando para outra área, como econômica, e se insere no exercício do poder funcional vinculado e discricionário da autoridade administrativa, na terminologia de MARCELO CAETANO (*Op. cit.*, n.º 100).

14. As autoridades administrativas têm inúmeras vêzes conhecido contratos de arrendamento de instalações e autorizado a sua consumação. Desde 1939, no Decreto-lei n.º 1.202, há referência expressa a arrendamento. Por decreto, o Presidente da República tem deixado claro que as partes poderão pactuar as condições do seu acôrdo, que vêm a se consubstanciar em arrendamento aprovado pelo órgão então competente.

Vejamos alguns casos que selecionamos por sua clareza, em um só repertório de atos administrativos, para constatar que arrendamento de instalações, entre concessionárias, é tema que não constitui

novidade para as autoridades que, pelo poder concedente, disciplinam as atividades de serviços de energia elétrica no Brasil.

15. Vejamos, por exemplo, a Resolução n.º 1.411, do CNAEE, de 28 de janeiro de 1958, reconhecer a conveniência da Companhia Brasileira de Energia Elétrica prorrogar o arrendamento da usina termoelétrica de Piraquê, operada pela Light, tudo de conformidade com as cláusulas do contrato de arrendamento de 7 de junho de 1957 (Águas e Energia Elétrica, 36-37/46), têrmos e condições ajustadas entre as partes e reconhecidos pelo Decreto n.º 41.376, de 24 de abril de 1957 (*Diário Oficial*, 2-5-57, p. 11.138).

Pela Resolução n.º 1.442-A, de 15 de abril de 1958, o CNAEE autorizava a Companhia Brasileira de Eletricidade a instalar na cidade de Caçador, em Santa Catarina, um motor Diesel de propriedade das Centrais Elétricas de Santa Catarina (AEE 36-37/53).

Ainda pela Resolução n.º 1.458, de 6 de maio de 1958, o CNAEE homologava o arrendamento, por 30 anos, que a Prefeitura de Barbacena (que deixara de ser concessionária de serviço público) fazia à CEMIG da Usina de Ilhéus, no rio das Mortes (AEE 36-37/56).

É escusado continuar buscando ainda maior número de exemplos. Bastam os que estão compreendidos em um só número de revista oficial do CNAEE.

O último caso, então, é muito ilustrativo. Vejamos:

a) a Prefeitura de Barbacena deixava de ser concessionária de serviço público;
b) passando a operar uma usina para uso próprio, portanto;
c) a qual usina arrendou a uma concessionária.

No mesmo sentido a decisão do poder concedente, pelo DNAE, em processo publicado no *Diário Oficial*, de 2 de agôsto de 1968.

Por conseguinte, o exame aqui procedido revela bàsicamente:

a) o contrato de arrendamento não está sujeito, entre concessionários para uso próprio, à aprovação prévia e é instrumento próprio para locação de coisas;
b) mas, se fôr rejeitada a abordagem supra, o contrato de arrendamento igualmente constitui instrumento válido perante a administração federal para sua aprovação prévia, no sentido de ser procedida a locação de instalações, como se demonstrou a conduta do poder concedente neste particular.