CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — CORREÇÃO MONETÁRIA ATIVO IMOBILIZADO

— Aplica-se a correção monetária sôbre o ativo imobilizado das emprêsas concessionárias de serviço público.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 7.322/69

Consultoria Geral da República — E.M. n.º I-104, de 4 de fevereiro de 1971. — "Aprovo. Em 11/2/71" (Rest. ao MME, em 26/2/71).

PARECER I-104

A Companhia Nacional de Energia Elétrica, sediada em São Paulo (Av. Paulista n.º 2.202, 8.º andar), em 19 de março de 1968, requereu ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, lhe fôsse autorizado incorporar ao *Ativo Imobilizado* (com efeito retroativo a 31 de dezembro de 1951), a diferença em seu favor de Cr$ 24.704,53, encontrada pela Comissão de Tombamento, constituída pelo Ministério da Agricultura, entre o investimento tombado e o escriturado, permitindo-lhe, ainda, aplicar a correção monetária sôbre essa parcela, para completa regularização contábil e legal de sua situação.

2. Com efeito, a Portaria do Senhor Ministro da Agricultura de número 604, baixada em 9/5/52, resolveu aprovar como investimento da Companhia, louvando-se nas conclusões da referida Comissão de Tombamento, o valor em moeda atual de Cr$ 43.712,24, a partir de 1.º de janeiro de 1952. Como o investimento escriturado na contabilidade da Emprêsa era de .... Cr$ 19.007,69, verificava-se, realmente, a diferença precitada.

3. Acontece, porém, que *investimento*, para os fins desejados pela requerente, tem conceituação legal precisa e clara:

"é o capital efetivamente gasto na propriedade do concessionário, desde que em função permanente da sua indústria, concorrendo, direta ou indiretamente, para a produção, transmissão, transformação e distribuição de energia" (Decreto-lei n.º 3.128, de 1941, art. 2.º).

4. A diferença de que se trata, no entanto, decorreu de acréscimos contados, ano a ano, como complementação aos *lucros* que estaria a concessionária fazendo jus, no entender da Comissão de Tombamento.

É evidente que tais acréscimos só poderiam considerar-se *investimento*, se gastos sob a forma prevista na conceituação legal dêste, o que, òbviamente, não ocorreu.

Assim sendo, a Portaria ministerial em aprêço, *data venia*, é nula porque, ao considerar *lucros não auferidos* como *investimento*, contrariou a lei, não podendo, pois, gerar nenhum direito.

5. É ponto pacífico que a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, já constituindo, o assunto, até matéria de súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"*Súmula* 346 — A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

6. Em conseqüência, pelo vício de que padece, a Portaria n.º 604-52 não poderá servir de fundamento à postulação sob exame.

7. Por outro lado, é discutível a legitimidade da diferença encontrada pela Comissão de Tombamento, *in casu*. Tal diferença resulta — como visto — de acréscimos contados ano a ano, como complementação de lucros. A que lucros faria jus a Companhia concessionária, na espécie?

O Decreto-lei n.º 3.128, de 1941, em seu art. 9.º, prescreveu:

"Art. 9.º Será de 10% o lucro a ser permitido ao investimento, e a ser computado no cálculo das tarifas das emprêsas que explorem a indústria e comércio da energia elétrica e termo-elétrica."

De tal sorte, o lucro permitido dependeria do investimento e computar-se-ia no cálculo da tarifa. Mas, que *investimento* serviria de base para o lucro? Aquêle determinado pela fiscalização contábil e econômico-financeira da emprêsa, pela Divisão de Águas (Decreto-lei citado, art. 5.º), o qual servirá, também, de base à determinação das tarifas e da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação (§ 1.º). Ora, como *investimento* é o capital efetivamente gasto na propriedade da concessionária, afeto à indústria, não poderia, *data venia*, a Comissão de Tombamento acrescê-lo de parcelas de lucros (a que teria direito a Companhia) não aplicadas com aquela finalidade.

8. De outra parte, como bem salientou o Dr. Rodrigo Alberto Neves Tovar, a Companhia em referência, "vivia, até a ocasião do primeiro tombamento nela procedido, sob o regime de tarifas contratuais, isto é, fora do regime do serviço pelo custo". Nessas condições, inexistia a obrigatoriedade de o Poder Concedente complementar os lucros não recebidos com base na percentagem de 10% sôbre o investimento.

9. A decisão da Comissão de Tombamento possibilitando à Concessionária recuperar a diferença de lucros — movida pelo tratamento tarifário conferido às congêneres a partir da vigência do Decreto-lei n.º 3.128-41 — representa, tão-só, oportunidade para ensejar auferição dos mesmos dentro do limite máximo permitido legalmente. A legislação reguladora da matéria ao permitir o lucro de 10%, fê-lo incidir sôbre o *investimento* determinado pela fiscalização do órgão público competente (Decreto-lei n.º 3.128, arts. 5.º e 9.º). O efeito retroativo, na espécie, é fruto de interpretação liberal, facultada ao Poder Concedente, consideradas as peculiaridades da hipótese.

10. Assim, pode ser atendida a postulação da concessionária no sentido de que lhe seja reconhecido o direito de haver a parcela de lucros não auferidos, através do respectivo adicional tarifário, com o que, aliás, já concordou o Sr. Ministro.

11. No que tange, entretanto, à pretendida correção monetária a ser aplicada na parcela de que se trata, peço permissão para, discordando das opiniões em contrário, opinar pela negativa.

Com efeito, a Lei n.º 3.470-58 e, posteriormente, a 4.357-64, ao estabelecerem a correção monetária apilicaram-na sôbre o valor original do *Ativo Imobilização* das emprêsas. *Ativo Imobilizado* correspondente *a investimento.*

Como visto, tal parcela *investimento* não é.

Disse-o, com muita propriedade, o Dr. Alfredo de Almeida Paiva, opinando no parecer:

"A correção monetária é de direito restrito, dependente, portanto, de lei que expressamente a autorize."

Realmente, na hipótese, inexiste disposição legal que autorize a *correção* almejada, daí porque deve ser a mesma recusada, além de que, apesar de reconhecida a diferença em aprêço em 1952, sòmente em 1968 veio a Emprêsa requerê-la, assumindo, assim, o ônus pelo atraso.

Sub censura.

Brasília, 4 de fevereiro de 1971. — *Romeo de Almeida Ramos*, Consultor-Geral da República.