CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENCAMPAÇÃO — CUSTO HISTÓRICO

— A indenização decorrente da encampação de serviço concedido corresponde ao valor do investimento calculado na base do custo histórico monetariamente corrigido.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Centrais Elétricas Brasileiras S.A.-Eletrobrás e Prefeitura Municipal de Lagarto
versus os mesmos
Apelação Cível nº 50 715 — Relator: Sr. Ministro
LAURO LEITÃO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a 3.ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento parcial ao recurso da Autora, para fixar o valor da indenização em Cr$ 1 987 552,81 (hum milhão, novecentos e oitenta e sete mil, quinhentos e cinqüenta e dois cruzeiros e oitenta e um centavos) com acréscimo de Cr$ 7 000,00 (sete mil cruzeiros) relativo ao material de almoxarifado e do valor do investimento feito após o laudo da Comissão de Tombamento, a ser apurado em execução, com acréscimo ainda de juros compensatórios de 6% ao ano, calculados na forma exposta na sentença, e julgar prejudicada a apelação da Prefeitura Municipal, de acordo com o relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de dezembro de 1978 (data do julgamento). *Ministro Aldir Guimarães Passarinho,* Presidente. *Ministro Lauro Leitão,* Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás, sociedade de economia mista, constituída na forma da Lei nº 3 890-A, de 25 de abril de 1961, com sede em Brasília, Distrito Federal, e escritório central na cidade do Rio de Janeiro, na Avenida Presidente Vargas nº 642, 10º andar, em decorrência da atribuição de competência que lhe foi conferida pelo art. 2º do Decreto nº 72 033, de 26 de julho de 1973, propôs ação de encampação, perante o MM. Dr. Juiz Federal no Estado, contra a Prefeitura Municipal de Lagarto, alegando, em síntese, o seguinte:

a) que a Suplicada é delegatária da União Federal — Poder Concedente — na exploração dos serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica do Município de Lagarto, Sergipe, consoante o Decreto nº 54 415, de 12 de outubro de 1964;

b) que, com fundamento no art. 167, do Código de Águas ainda vigente, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, através do Decreto nº 72 533, de 26 de julho de 1973, determinou a encampação dos bens e instalações vinculadas aos serviços de energia elétrica existentes no Município de Lagarto — Sergipe, explorados pela Prefeitura Municipal de Lagarto, incumbida a Suplicante de promover os atos necessários à sua efetivação;

c) que, para a fixação da indenização legal, nos termos do parágrafo único do art. 167, do Código de Águas e que servirá de base ao processo de encampação, foi instituída uma comissão de tombamento dos bens e instalação a encampar;

d) que o resultado da referida Comissão, após corrigidos monetariamente os valores, foi de Cr$ 1 916 379,02 (hum milhão, novecentos e dezesseis mil, trezentos e setenta e nove cruzeiros e dois centavos), montante a indenizar à Suplicada;

e) que, em face da urgência do trabalho, é de ser deferida a imissão de posse imediata, oferecendo a importância supra mencionada para depósito prévio."

O MM. Juiz Federal aceitou o preço oferecido e deferiu o pedido de imissão provisória de posse. Foi efetuado o depósito da quantia, conforme Guia de Depósito de fls. 68, na Caixa Econômica Federal.

Mandado de Imissão de Posse às fls. 69 e Auto de Imissão, às fls. 71.

A Suplicada, citada às fls. 80 e 81, indicou assistente técnico. Formulou quesitos e, às fls. 84-94, apresentou resposta à ação, alegando, na oportunidade, que o preço justo é o que deveria predominar, refutando o preço oferecido, por considerá-lo irrisório.

Alegou ainda:

a) que o parágrafo único do art. 167, do Decreto nº 26 643/34, não tem mais aplicação, porque desde a Constituição federal de 1946 que a expropriação tem de ser em dinheiro, tomando-se por base o valor real dos bens desapropriados;

b) e, ainda, em resumo, que é a *Lex Mater* a disciplinadora nos casos de indenização, quando há desapropriação, devendo ser esta prévia e justa.

Finalmente, requereu que, após recebida a presente refutação, fosse fixado o preço indenizatório justo e atual, acrescido de lucros cessantes, juros compensatórios, correção monetária, honorários advocatícios e custas processuais.

Com a contestação, anexou os documentos de fls. 95 *usque* 98.

Prestaram compromisso respectivamente, às fls. 102, 103 e 110, o perito e assistentes técnicos.

Por determinação do então MM. Dr. Juiz que presidia o feito, às fls. 108 foram depositados os honorários do perito.

A expropriante se manifestou sobre a contestação, às fls. 112, *usque* 116.

A douta Procuradoria da República manifestou-se acorde com a expropriante, às fls. 116.

Instalada a perícia, às fls. 123.

Alvará de levantamento de 80% do depósito às fls. 153, no valor de Cr$ .... 1 533 103,21 (hum milhão, quinhentos e trinta e três mil, cento e três cruzeiros e vinte e hum centavos).

Entrega do laudo, às fls. 158. O assistente técnico da encampante, às fls. 161-166, apresentou seu laudo, fazendo o mesmo o assistente técnico da encampada, às fls. 171-174.

Saneador, às fls. 175.

Conforme se depreende do traslado (audiência de instrução e julgamento a fls. 180), tendo em vista haver divergência de laudos com referência à extensão da rede elétrica, determinou o MM. Juiz *a quo* novo levantamento. O laudo de complementação foi anexado às fls. 196, o qual o perito assinou e foi ratificado pelos assistentes.

Realizada nova audiência, as partes em litígio ratificaram a inicial e contestação, de fls, reafirmando suas teses, assim como, por sua vez, a douta Procuradoria da República ratificou as alegações proferidas pela empresa encampante.

O MM. Dr. Juiz Federal, da Seção Judiciária de Sergipe, em sentença de 28 de fevereiro de 1977, julgou procedente a ação.

Inconformados apelaram, em parte, Centrais Elétricas (Eletrobrás), fls. 228-236, e Prefeitura Municipal de Lagarto (fls. 237-241).

Acostou a Prefeitura Municipal de Lagarto, aos presentes autos, novos documentos.

Contra-razões da Apelada, às fls. 57, e parecer da Procuradoria da República no estado de Sergipe (fls. 263).

Vindo os autos, neles oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República "no sentido de que seja provida a apelação, para reformar a sentença e considerar a oferta, cujo valor foi apurado sob rigor do critério legal como a indenização devida".

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença apelada, em sua parte decisória, assentou:

"A presente encampação dos bens e instalações vinculados aos serviços públicos de energia elétrica no Município de Lagarto, Estado de Sergipe, foi autorizada pelo Decreto Federal nº 72 533/73.

Em outras oportunidades, já decidimos sobre a matéria ora *sub judice,* quando julgamos os processos de encampação movidos contra a Empresa Elétrica de Itabaiana, Prefeitura Municipal de São Cristóvão, e Prefeitura Municipal de Campo do Brito e que se encontram em grau de recurso no egrégio Tribunal Federal de Recursos. O caso presente é idêntico, inclusive a inicial e as razões finais apresentadas pela empresa encampante.

A Prefeitura-Ré, que teve seus bens e instalações encampadas, não se insurge contra a legalidade do ato administrativo emanado do referido Decreto, reclamando apenas contra o valor do montante da indenização oferecida e depositada e como foi calculada.

Depreende-se, de conseguinte, que o cerne da questão, ou o "pomo de discórdia", no processo, ora em exame, reside no suporte legal que deve reger a maneira de cálculo para a encampação de concessionária de energia elétrica.

Entende e pleiteia a ré que o referido valor seja obtido aplicando-se os critérios do Decreto-lei nº 3 365/41, ao passo que a Autora sustenta a vigência do Código de Águas (Decreto nº 24 643/34).

No nosso entender o parágrafo único do art. 167, do Decreto nº 24 643/34, está em pleno vigor, pois ele não foi revogado e terá de ser aplicado, quando as condições de encampação permitirem, sendo aplicado subsidiariamente as disposições do Decreto-lei nº 3 365/41.

Como já afirmamos em outros julgamentos idênticos, não devemos confundir desapropriação com encampação. A desapropriação é uma "transação forçada de propriedade de um particular para a administração ou para algum concessionário do serviço público" (Carvalho Santos). A encampação "é o ato de o Estado se apoderar do serviço público objeto de concessão, antes de terminado o prazo do respectivo contrato, que fica assim resolvido, mediante o pagamento de um resgate" (Temistocles Cavalcanti).

A primeira decorre de ato que se sobrepõe ao contrato de concessão; a segunda tem uma origem contratual e decorre de aplicação do contrato de concessão, podendo o poder concedente encampar a concessão em qualquer tempo ou em épocas que ficarem determinadas no contrato.

O parágrafo único do art. 167, do Decreto nº 24 643/34, reza: "no caso de reversão com indenização, será esta calculada pelo custo histórico menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada, quando houver".

Examinando a peça vestibular, vê-se que foi instituída uma comissão de tombamento dos bens e instalações a encampar e es-

ta, em seu relatório de fls. 41, afirma textualmente, "que não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo exame de sua contabilidade e dos documentos de débitos daquele custo".

Ora, se a própria Comissão de Tombamento afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações e ainda mais, que, no próprio contrato não estão estipuladas as condições de reversão, evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação.

É necessário frisar que o tombamento administrativo e perícia tem por finalidade instruir o feito, pois, se assim não fosse, não haveria necessidade de, em Juízo, o bem ser avaliado judicialmente.

"Encampação. Fixação do valor dos bens da concessionária. Impossibilidade, por falta de elementos, de apurar-se o valor nos termos do art. 167, parágrafo único do Código de Águas. Legitimidade da aplicação das normas de desapropriação para fixar-se a indenização, justa, pela falta de previsão, ou de acordo entre concessionária e autoridade.

Correção monetária. Fixada a indenização devida a concessionária, nos termos do Decreto-lei nº 4 686/65, não nega vigência a direito federal e não justifica o recurso extraordinário. (Súmula 400) — STF — 1.ª Turma — RE nº 75 930-GO — Relator Ministro Rodrigues Alkimin)."

Assim, no caso presente, não podendo ser aplicado o parágrafo único do art. 167, do Código de Águas, por falta de elementos, deve-se aplicar a lei geral das desapropriações, pois, à encampação se regem, subsidiariamente, as disposições do Decreto-lei nº 3 365/41.

Aliomar Baleeiro, em brilhante Parecer, ensina: "que no direito positivo do Brasil, garante-se a todos, indenização justa em caso de desapropriação e, aos concessionários, não só o equilíbrio da empresa com justa remuneração do capital, mas também a integridade desta. Se o contribuinte não estabeleceu regras especiais para fixação do valor dos investimentos realizados pelos concessionários de serviços públicos para efeito de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações, evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação" (*Revista Forense*, v. 197, p. 511).

Assim, repito, pode o Poder Concedente, em qualquer tempo, encampar a concessão, mas se não possui os elementos que estabelece o art. 167, parágrafo único do Código de Águas, aplica-se a lei geral das desapropriações, pela qual a indenização deve ser justa e prévia, como determina a nossa *Lex Mater*, em seu art. 153, parágrafo 22:

"É assegurado o direito de propriedade salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (Emenda Constitucional nº 1/69).

Houve de início duas divergências nos laudos técnicos apresentados: a extensão da rede e de números de postes, e o valor atribuído quanto a indenizar. Em novo laudo (fls. 196) o perito e os assistentes técnicos concluíram que o número de postes era de 1 123 e a extensão da rede é e 102,61 km.

O assistente técnico do Perito, indicado pela Autora, atribuiu o valor a ser indeni-

zado, igual ao depósito oferecido na inicial, enquanto o assistente indicado pela Expropriada, em face dos laudos de fls. 173 e complementação de fls. 206, atribuiu o valor de Cr$ 9 172 350,00 (nove milhões, cento e setenta e dois mil, trezentos e cinqüenta cruzeiros).

O laudo técnico do Perito deste Juízo conclui que o valor real da indenização monta a importância de Cr$ 3 676 990,00 (três milhões, seiscentos e setenta e seis mil, novecentos e noventa cruzeiros), consoante se vê às fls. 160 e 216, diferindo, portanto, do preço oferecido e dos laudos dos assistentes técnicos.

No nosso entender, o laudo do perito está perfeitamente elaborado e fundamentado, e as razões apresentadas pelas partes em litígio não convenceram este Juízo de que o referido laudo estivesse falho, pois o mesmo foi feito levando em consideração que a indenização tem que ser real e justa, como se fosse uma transação normal de compra e venda.

Conforme acentuou o Perito deste Juízo, para se chegar a este valor, foi realizada consulta em diversas casas comerciais do Estado e também, levando em consideração o estado em que se encontram as redes, examinando *in loco* as mesmas, por diversas vezes.

Ante o exposto, e o que mais consta dos autos, julgo procedente a presente ação e fixo em Cr$ 3 676 990,00 (três milhões, seiscentos e setenta e seis mil, novecentos e noventa cruzeiros), a indenização devida pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás, contra a Prefeitura Municipal de Lagarto, devendo ser acrescidos a esta quantia os juros compensatórios a partir da emissão de posse e calculados sobre a diferença entre a importância depositada e o ora fixado como preço de indenização.

Nessa quantia não estão incluídos os honorários de advogado, que são devidos e que arbitro em 10% sobre a diferença entre o preço oferecido e ora fixado.

Os honorários do perito já foram fixados às fls. 106, e depositados às fls. 107 pela empresa encampante, responsável pelo seu pagamento, devendo a importância ser levantada pelo Perito. Os assistentes técnicos deverão ser pagos pelas partes, nos termos do art. 33 do Código de Processo Civil, subsidiário do Decreto-lei nº 3 365/41.

Custas, *ex legis*.

P.R.I."

O MM. Dr. Juiz *a quo*, como se viu, julgou procedente a ação, para fixar em Cr$ 3 676 990,00 (três milhões, seiscentos e setenta e seis mil, novecentos e noventa cruzeiros) a indenização devida pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás, com acréscimo de juros compensatórios, a partir da emissão na posse, calculados sobre a diferença entre a importância depositada e aquela fixada como justa indenização.

Os honorários de advogado foram arbitrados em 10% sobre a aludida diferença e os do perito do juízo em Cr$ 12 000,00, devendo as partes pagar os assistentes técnicos, de acordo com o art. 33 do CPC, subsidiário do Decreto-lei nº 3 365/41.

A r. sentença apelada, *data venia*, merece ser parcialmente reformada.

É que à Autora ora Apelante, assiste razão, em parte, quando afirma e pede, às fls. 229 a 236, o seguinte:

"1. A respeitável sentença *sub censura*, sem nenhum deslustre ao seu insigne prolator, merece, *data venia*, e em parte corrigenda, pois laborada em equívoco, não aplicou com justeza a lei específica à *res in iudictio deducta*.

2. Realmente, o douto Juiz *a quo* apreciou e distinguiu, com bastante propriedade, os institutos da desapropriação e encampação. A rigor, após explicitar a diferenciação entre os institutos análogos, afirmou e elegeu a legislação específica das encampações de concessionárias de energia elétrica para dirimir a controvérsia.

3. Sem dúvida é incontestável a assertiva do digno Magistrado e que reproduzimos, *in litteris.*

"Em outras oportunidades, já decidimos sobre a matéria ora *sub judice,* quando julgamos os processos de encampação movidos contra a Empresa Elétrica de Itabaiana, Prefeitura Municipal de São Cristóvão, e Prefeitura Municipal de Campo do Brito e que se encontram em grau de recurso no egrégio Tribunal Federal de Recursos. O caso presente é idêntico, inclusive a inicial e as razões finais apresentadas pela empresa encampante."

Adiante, ainda, as razões de decidir do preclaro Dr. Juiz *a quo.*

"No nosso entender o parágrafo único do art. 167, do Decreto nº 24 643/34, está em pleno vigor, pois ele não foi revogado e terá de ser aplicado, quando as condições de encampação permitirem, sendo aplicado subsidiariamente as disposições do Decreto-lei nº 3 365/41."

4. Todavia, estando em vigor o Código de Águas e sua legislação suplementar, como aliás constata S. Exa., o diploma expropriatório é aplicável e tão-somente na sua parte procedimental (adjetiva) e naquilo em que a legislação específica (Código de Águas) não disponha em contrário. Justamente e é princípio basilar, consubstanciado na norma jurídica vigente e destarte reproduzido no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que *litteris:*

"A Lei nova, que estabeleça disposições legais ou especiais das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior" (grifamos).

5. Partindo desse princípio, resulta a aplicação integral da legislação própria de energia elétrica que estatui e disciplina, entre outras, as condições da concessão, sua regulamentação, exercício, cassação e encampação.

6. Assim, *venia data,* sem razão o Dr. Juiz *a quo* que elaborou dois erros ao apreciar a matéria *sub judice* a saber:

6.1. O primeiro erro do Juízo recorrido se reflete na sua afirmativa de ter a Encampante instituído uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar.

6.2. O segundo lapso, ao interpretar que esta comissão em seu relatório teria afirmado:

"Não ser possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da Empresa *pelo exame da sua contabilidade* e dos componentes dos débitos daquele custo" (grifamos).

7. Partindo desses pressupostos falhos, S Exa. entendeu que:

"Se a própria Empresa Encampante afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações e ainda mais, que no próprio contrato não estão estipuladas as condições de reversão *"evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação"* (assinalado, em itálico, no original).

8. Todavia, a realidade é outra:

8.1. Na verdade a Comissão de Tombamento não foi instituída pela Encampante. A Comissão foi designada pela Portaria nº 95, de 9 de maio de 1973, do Diretor Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE, publicado no Diário Oficial da União de 14 de julho de 1973, à p. 5 782 (Doc. nº 4 dos autos) em cumprimento ao Decreto nº 71 576, de 18 de dezembro de 1972, exarado pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

8.2. O outro equívoco em que se estribou o douto julgador para adotar a regra geral, refere-se *à impossibilidade de verificação e determinação do custo histórico da propriedade da Empresa pelo exame da*

sua contabilidade e dos componentes daquele custo; concluindo, assim, pela aplicação da regra geral do DL nº 3 365/41.(!)

9. Deve-se ter em mente que a Empresa Encampada quando recebeu a concessão, sujeitou-se às leis, regulamentos e demais normas vigentes da legislação eletricitária. Isto foi estabelecido e explicitado no próprio decreto que lhe outorgou a concessão. Embora formalmente não houvesse sido assinado um contrato regulamentar da concessão, operou-se, entretanto, "um contrato de adesão" pela aceitação tácita às referidas normas vigentes.

10. Portanto, convém frisar as normas legais vigentes:

O art. 167 do Código de Águas, parágrafo único no qual se lastreou o Dr. Juiz *a quo* para julgar procedente a ação, preceitua que a indenização, quando da encampação, deve ser fixada sobre a base do capital que efetivamente *se gastou*, isto é, *custo histórico*, reprisando:

Parágrafo único. A indenização será fixada sobre a base do capital *que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com a dedução da amortização* já efetuada, quando houver".

11. Destarte, a Comissão de Tombamento *não afirmou não ter sido possível determinar o custo histórico*. O custo histórico é determinado, normalmente, segundo os ditames do Decreto nº 28 545, de 25 de agosto de 1945 remetido ao Decreto-lei nº 3 188, de 19 de março de 1941, que estabelece duas formas de determinação do custo histórico a saber:

11.1. A primeira forma: quando a empresa cumpre a lei, não é inadimplemento nem desidiosa, conforme o Art. 6º, *in litteris:*

"Art. 6º O custo histórico da propriedade inventariada será *verificado mediante exame da contabilidade da empresa* e dos comprovantes dos débitos daquele custo e verificação da existência, nos lugares indicados pelo inventário, das diversas partes componentes daquela propriedade, cujos característicos e demais indicações serão comparados com os registrados por dito inventário."

11.2. Para a situação anômala, para a Empresa desidiosa, inadimplente, o remédio legal está estabelecido e preceituado no § 1º do supramencionado art. 6º, que estatui, *verbis:*

§ 1º O custo histórico da parte ou do todo, conforme o caso, será determinado *por perícia*, quando aqueles exames e verificações não produzirem, no todo ou em parte, resultados satisfatórios, em virtude:

a) *da falta de método e clareza dos assentamentos;*

b) *omissões verificadas nos livros;*

c) *excessos encontrados nos mesmos;*

d) *insuficiência ou discordância entre os comprovantes e os débitos respectivos;*

e) *não conformidade do inventário com as propriedades encontradas no que respeita a qualidade e quantidade;*

f) *da existência de justas razões para recusar fé e validade às declarações, assentamento, registros ou comprovantes apresentados.*

Adiante o § 2º, *litteris:*

§ 2º A perícia baseará o custo da propriedade ou da parte que ofereça dúvidas, quanto ao seu montante, *na média dos preços correntes na data da construção ou da instalação* dos materiais e aparelhos encontrados e, bem assim, da mão-de-obra provável, basta em uma ou em outra, ou nas duas quando coexistirem (grifamos).

12. Foi esse o procedimento adotado corretamente pela Comissão designada pelo DNAEE que, efetivando a perícia nos termos supramencionados, *com a devida assistência da encampada*, encontrou, *pelos critérios fixados, o custo histórico*, elaborando, afinal, *o laudo de tombamento que nada mais é que a perícia do custo histórico dos bens e serviços.*

É de ressaltar que a empresa encampada tinha o prazo legal de 90 (noventa) dias

para impugnar o laudo de tombamento. Não o fazendo deixou precluir o seu direito.

Este é o cerne da questão, o *punctus dolens!*

Entendeu, *data venia,* erroneamente a douta sentença recorrida afirmando que:

"Assim no caso *sub judice,* não pode ser aplicado o Código de Águas, *por falta de elementos,* devendo-se aplicar a lei geral das desapropriações, pois, à encampação se regem, subsidiariamente, as disposições do Decreto-lei nº 3 365/41.

13. Lamentável equívoco em que incorreu S. Exa. *Os elementos existem* e foram fielmente observados pela Comissão de Tombamento, com a assistência da encampada, nos precisos termos do § 2º, do art. 6º, do Decreto-lei nº 3 188 de 19 de março de 1941, supra referenciado.

Partindo dessa premissa, falsa, o douto Juiz *a quo,* premiou o inadimplemento da encampada, assegurando-lhe um preço indenizatório fixado por *perícia suscinta,* conforme admite S. Exa. em que o preço foi arbitrado *aos custos atuais (custo de hoje),* ferindo assim o preceituado na legislação específica supra referida.

Brevitatis Causa e reprisando, o preço indenizatório é aquele determinado pelo *custo histórico.* Sendo certo que esse custo histórico foi corretamente aferido pela Comissão de Tombamento com a devida anuência da encampada.

14. Em face do equívoco cometido — *venia data* — pelo Dr. Juiz *a quo,* inaplicando integralmente as disposições da legislação que rege a matéria e remetendo-a às disposições do Diploma Expropriatório, condenou a Autora ao pagamento dos honorários advocatícios da Ré, invertendo, assim, o princípio da sucumbência.

15. *Ex Positis,* com o que mais consta dos Autos, suplementado pelos doutos suprimentos desta Colenda Turma, espera a Apelante a reforma parcial da sentença recorrida para confirmando a procedência do pedido, fixar o preço indenizatório em Cr$ 1 916 379,02 (um milhão, novecentos e dezesseis mil, trezentos e setenta e nove cruzeiros e dois centavos) objeto da perícia do assistente técnico da Encampante que, aliás, confirmou integralmente o laudo de Tombamento da Comissão; excluindo, como consectório lógico a condenação da verba honorária da Autora, transferindo-a para a Ré, com o que este Colendo Tribunal fará a costumeira JUSTIÇA".

A r. sentença de 1º grau decidiu, com acerto, ao assentar que, *in casu,* não se trata propriamente de desapropriação, mas, sim, de encampação de bens pelo poder concedente.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em seu *Curso de Direito Administrativo,* p. 348, a propósito da Encampação, preleciona:

"C. ENCAMPAÇÃO — Trata-se da modalidade de desfazimento contratual, por denúncia da Administração, que, em tema de concessões, toma a denominação de encampação ou resgate. Mediante ato administrativo discricionário, ainda no decurso do prazo da concessão, o Poder Concedente põe fim à delegação e retoma o serviço, por considerações de interesse público. Conforme já expusemos ao conceituar a denúncia de contrato administrativo, deve-se observar que se trata de ato de *imperium,* contra o qual não se pode opor o concessionário que, não obstante, terá assegurado seu direito de natureza patrimonial, recebendo plena indenização.

A encampação, realizada por ato administrativo discricionário, fica, claramente, dentro dos limites da lei, que assegura ao Poder Concedente plena disposição dos serviços públicos; as considerações de oportunidade e conveniência, relativamente ao interesse público, são as únicas a considerar. Todavia, a encampação, não obstante ser um ato principal e suficiente em si mesmo, para operar a retomada do serviço, muitas vezes vem acompanhada

de medidas expropriatórias; o emprego acessório do instituto da desapropriação só vem ao caso quando a Administração não se quiser limitar à mera retomada do serviço e desejar a plena disposição de outros bens e direitos a ele vinculados, como, por exemplo, faz quando desapropria as ações da empresa concessionária".

A Autora, ora Apelante, como demonstrado, é delegatária da União Federal — Poder Concedente — na exploração dos serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no Município de Lagarto, Estado de Sergipe, *ex-vi* do Decreto nº 54 415, de 12 de outubro de 1964.

Todavia, o Sr. Presidente da República, com fundamento no art. 167 do Código de Águas, expediu o Decreto nº 72 533 de 26 de julho de 1973, determinando a encampação dos bens e instalações vinculados àqueles serviços públicos de energia elétrica.

A União Federal, assim, como Poder Concedente, estabeleceu critérios a serem observados pelo concessionário dos referidos serviços, critérios que foram aceitos por ele, em documento escrito.

O levantamento feito pela Comissão de Tombamento serviu de base para o laudo apresentado pelo assistente técnico da Autora. Este laudo, a meu ver, obedeceu rigorosamente aos critérios legais, concluindo, assim, pela fixação do justo valor da indenização.

A Autora, como consta destes autos, para ser emitida na posse, depositou, previamente, o valor da oferta da indenização.

A Prefeitura Municipal de Lagarto levantou, com autorização do MM. Dr. Juiz, 80% do valor depositado.

Assim, devem incidir juros compensatórios de 6% ao ano sobre a diferença entre a importância depositada e a ora fixada, e a partir da emissão na posse.

Em face do exposto, dou provimento parcial à apelação da Autora, para, modificando a r. sentença apelada, fixar o valor da indenização em Cr$ 1 987 552,81 (laudo de fls. ..), com acréscimo de Cr$ 7 000,00 relativo ao material depositado no almoxarifado, e do valor do investimento feito após o laudo da Comissão, a ser apurado em execução, com acréscimo ainda de juros compensatórios de 6% ao ano, calculados na forma exposta na sentença.

Em conseqüência, julgo prejudicada a apelação interposta pela Prefeitura Municipal de Lagarto.

É o meu voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Revisor): A *encampação*, no direito brasileiro, que corresponde ao *"rachat"*, dos franceses (H. Capitant. *Vocabulaire Juridique*, 936, verbete "Rachat"), ou ao *"riscato"*, dos italianos (F. D'Alessio. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 1934, II/27-28), ou, ainda, ao *"rescate"*, do direito espanhol (J. Garcia Labelia. *Derecho Político*, p. 458), é, segundo Walter T. Álvarez, "o instituto de Direito da Eletricidade pelo qual o poder concedente passa a exercer o domínio direto sobre os bens utilizados na concessão" (*Direito da Energia*, Belo Horizonte, 1974, p. 724). Para Whitaker, citado por Walter T. Álvarez, "encampação ou resgate é o direito para a administração de se substituir ao concessionário antes do termo normal da concessão, mediante o pagamento de prejuízos" (op. cit., p. 725).

Com efeitos semelhantes ao instituto da desapropriação, com este, todavia, não se confunde. Ensina o tratadista mineiro:

"Na desapropriação, o poder concedente retira a propriedade do seu legítimo titular, transformando-a em bem público, ...; enquanto que na encampação, faz voltar ao seu controle direto bens, direitos, instalações, que pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder

concedente, ainda que tenham sido construídas e estejam sendo operadas pelo concessionário" (Walter T. Álvarez, op. cit., p. 726).

O instituto da encampação está delineado no art. 167 e seu parágrafo único do Código de Águas (Decreto nº 24 643, de 10.7.1934). Tal como acontece com a desapropriação, também a encampação exige indenização prévia (Cód. de Águas, art. 167), estabelecendo o parágrafo único do art. 167 o modo de ser fixada a indenização:

"Parágrafo único. A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver."

O Decreto nº 41 019, de 26 de fevereiro de 1957, art. 93, reitera, disciplinando, as linhas da encampação e fornece critérios novos a serem observados na fixação da indenização.

De regra, procede-se na forma da lei de desapropriações, DL nº 3 365, de 1941. Mediante o depósito prévio da indenização, é requerida a imissão provisória na posse. Citada a ré, não concordando esta com o preço oferecido, segue-se a avaliação, com obediência, todavia, aos critérios legais de fixação da indenização, tendo-se em vista que o instituto, no seu aspecto fundamental, difere da desapropriação: nesta, a propriedade particular passa para o domínio público; naquela, como lembra Walter T. Álvarez, passa para o domínio público não a propriedade alheia, mas "a propriedade usada pelo concessionário, sendo titular da mesma o poder concedente" (op. cit., p. 726).

É deste autor a lição:

"Na encampação procede-se ao tombamento dos bens, para que o seu valor, com as deduções legais, constitua o *quantum* da indenização do concessionário."

Mais:

"Na realidade, o Decreto-lei nº 3 128, de 1941, que dispõe sobre o tombamento dos bens da concessão, impõe a realização de inventário minucioso através do qual será conhecido o investimento do concessionário, investimento este que servirá de base ao cálculo da indenização no caso de eventual reversão ou encampação (art. 5º, § 1º).

Assim, a fiscalização federal pode, a qualquer tempo, se os concessionários não realizarem o inventário pormenorizado, proceder este tombamento" (op. cit., p. 737).

In casu, o Dr. Juiz admitiu como certo que tem vigência o art. 167 e seu parágrafo único, do Cód. de Águas. Reconheceu a existência, nos autos, do relatório da comissão de tombamento. Acrescentou, porém, o Dr. Juiz:

. . . . . .

"Examinando a peça vestibular, vê-se que foi instituída uma comissão de tombamento dos bens e instalações a encampar e esta, em seu relatório de fls. 41, afirma textualmente, "que não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo exame de sua contabilidade e dos documentos de débitos daquele custo."

Ora, se a própria Comissão de Tombamento afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações e ainda mais, que, no próprio contrato não estão estipuladas as condições de reversão, evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação.

É necessário frisar que o tombamento administrativo e perícia têm por finalidade instruir o feito, pois se assim não fosse, não haveria necessidade de, em Juízo, o bem ser avaliado judicialmente".

. . . . . .

Todavia, não é bem isto o que ocorre, *data venia.*

A Comissão de Tombamento, na verdade, esclareceu que "não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da empresa pelo exame de sua contabilidade e dos documentos de débitos daquele custo" (fls. 41).

Isto porque, acrescentou a Comissão:

"... a Concessionária não possui contabilidade específica para seu setor de energia. Todos os custos relativos a investimentos e de operação foram registrados em única conta nos livros da contabilidade da Prefeitura.

Com fundamento nos parágrafos 1º e 2º, do art. nº 6 do Decreto-lei nº 3 128/41, a Comissão teve de proceder à determinação do custo histórico da propriedade da Concessionária pelo processo de perícia, seguindo os critérios indicados para os trabalhos dessa natureza" (fls. 41).

Procedeu, portanto, a dita Comissão, com base na lei (art. 6º e seus parágrafos do DL nº 3 128/41).

E tanto assim procedeu que o perito e os assistentes isto atestam (fls. 160, perito do Juízo; fls. 166, assistente técnico da autora; assistente técnico da ré, fls. 174).

Cumpria à Ré, é bem de ver, provar que a Comissão não poderia agir da forma como agiu, por não ser verdade a afirmativa de que ela, ré, não possuía "contabilidade específica para seu setor de energia", e que "todos os custos relativos a investimentos e de operações foram registrados em única conta nos livros da contabilidade da Prefeitura".

Dita prova não está nos autos.

A Ré, ao que pretendeu, de fundamental, foi a aplicação do critério de indenização justa vigente na desapropriação, deslembrando-se, entretanto, que se cuida, no caso, de encampação, que não se confunde com desapropriação, como já vimos de ver.

De ser adotado, portanto, aqui, o laudo do assistente técnico da Encampante, que ratificou o laudo da Comissão de Tombamento.

Dita adoção, todavia, deve ser feita com acréscimo; indenização pelo material de almoxarifado, *Cr$ 7 000,00,* que o perito encontrou, e mais o valor do investimento feito após o laudo da comissão de tombamento, que deverá ser calculado na forma do § 2º do art. 6º do DL nº 3 128, de 19.3.41, o que será apurado em execução de sentença.

Esse último acréscimo foi reconhecido pelo próprio assistente técnico da autora (fls. 205), que, entretanto, não ofereceu a sua avaliação, como lhe cumpria.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso da autora, para fixar a indenização em Cr$ 1 987 552,81 (laudo da comissão de tombamento, fls. 16), mais Cr$ 7 000,00 (material de almoxarifado) e mais o valor do investimento feito após o laudo da comissão, a ser apurado em execução e na forma do § 2º do art. 6º do DL nº 3 128, de 1941. Sobre o total, serão acrescidos juros compensatórios de 6% ao ano, calculados na forma exposta na sentença. Quanto ao mais, mantenho a sentença.

É caso de aplicação da correção monetária, que será contada a partir do laudo da comissão de tombamento, 30.10.1975.

Tenho, em conseqüência, como prejudicado o apelo da ré.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, trata-se da encampação de um serviço que vinha sendo explorado por uma Prefeitura Municipal do Nordeste. Não vejo nenhuma razão para que a Eletrobrás esteja a impor a redução do preço da encampação em prejuízo de um município pobre.

Deste modo, Sr. Presidente, *data venia* dos eminentes Ministros Relator e Revisor, discordo do preço oferecido, para adotar o do perito oficial, considerando que não acho justo, nem razoável, a quantia que se quer atribuir à encampação.

Nego provimento à apelação, para manter a sentença.

EXTRATO DA ATA

AC nº 50 715 — SE — Rel., Sr. Min. Lauro Leitão. Rev., Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Aptes., Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás e Prefeitura Municipal de Lagarto. Apdos., os mesmos. Advs., Drs. Joaquim Luiz Figueira Cavalcanti e Gilton Garcia.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Min. José Candido de Carvalho Filho, deu provimento parcial ao recurso da autora, nos termos do voto do Sr. Min. Rel. para fixar o valor da indenização em Cr$ 1 987 552,81 com acréscimo de Cr$ 7 000,00 relativo ao material de almoxarifado e do valor do investimento feito após o laudo da Comissão a ser apurada na execução, com acréscimo de juros compensatórios de 6% calculados na forma exposta na sentença e julgou prejudicada à apelação da Prefeitura, o Sr. Min. José Candido de Carvalho Filho ficou vencido em parte, porque mantinha integralmente a sentença. Em 15.12.78 — 3.ª Turma.

O Sr. Min. Carlos Mário Velloso votou *in totum* com o relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Aldir G. Passarinho.