CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENCAMPAÇÃO — INDENIZAÇÃO

— Encampação. Serviços de energia elétrica. Estabelecido, tanto na lei quanto no decreto que outorgou a concessão, que, com a reversão do serviço, seriam os bens indenizados pelo custo histórico, menos depreciação, entende-se que as tarifas foram fixadas tendo em vista esta circunstância.

Não desnatura a encampação a circunstância de o melhor aproveitamento do potencial hídrico exigir a inundação da usina utilizada pelo concessionário para formação de reservatório maior. Trata-se do mesmo serviço público a ser prestado de modo mais eficiente.

Irrelevância de o servidor passar a outro concessionário, já que o anterior recebe o que lhe é devido, tanto por força de lei como do contrato, e o novo perceber tarifas proporcionais ao investimento feito (Constituição Federal, art. 167, II).

Correção do custo histórico. Faz-se pelos índices gerais de desvalorização da moeda, corrigindo-se o capital, e não pelos específicos dos bens em que este capital foi investido.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Apelação Cível nº 120.441
Apelante: Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
Apelada: Companhia Nacional de Energia Elétrica
Relator: Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 25 de maio de 1987. — *Carlos Velloso*, Presidente. *Eduardo Ribeiro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: A questão dos autos foi relatada pela sentença, *verbis* (fls. 818-9):

"Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), qualificada na inicial, propõe a presente ação de encampação contra a Companhia Nacional de Energia Elétrica (CNEE), alegando, em suma, que S. Exa. o Sr. Presidente da República, pelo Decreto nº 88.681, de 3 de dezembro de 1981, publicado no

Diário Oficial da União de 4.1.82, determinou a encampação dos bens e instalações que constituem a Usina Miguel Estefano, explorados pela Companhia Nacional de Energia Elétrica na produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no município de José Bonifácio, estado de São Paulo. Alega, ainda, que foi instituída uma Comissão de Tombamento para fixação da indenização legal, nos termos do Decreto nº 54.937, de 1 de novembro de 1964, cujo resultado por ela apresentado em relatório foi aprovado pela Portaria nº 37, de 23.4.82, do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE). A encampada não concordou com o referido relatório, tendo o DNAEE acatado algumas ponderações e determinado novo preço para a indenização, com base no custo histórico corrigido e depreciado dos bens e instalações vinculados aos serviços públicos de energia elétrica explorados pela CNEE, apurados no laudo de tombamento, acrescido dos valores constantes da Portaria nº 79, de 20.8.82, tudo conforme dispõe o art. 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 3.128, de 19 de março de 1941. Termina pedindo a imissão provisória na posse dos bens e instalações da ré, a expedição de guia para o depósito da oferta, no valor de ..... Cr$ 386.180.431, 44, bem como a procedência do pedido, para retomar os bens encampados à União federal e considerar a ré indenizada de todos os investimentos realizados e direitos a que se julgue detentora. Instruem a inicial os documentos de fls. 7-102.

Efetuado o depósito da oferta (fl. 105), foi a autora imitida provisoriamente na posse dos bens e instalações objeto da encampação (fl. 109), procedendo-se à citação da ré (fl. 108, v.).

Contestando a ação, alega a ré, em suma, ser irrisória a indenização ofertada, a qual deverá ser fixada segundo o processo estabelecido para as desapropriações, em consonância com o julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 20.874, mencionado na inicial, e em obediência ao princípio constitucional que admite a desapropriação mediante prévia e justa indenização, apurada através de prova pericial, devendo corresponder ao valor dos bens encampados e mais o que deixou de auferir em decorrência da encampação. Termina pedindo a condenação da autora ao pagamento do valor justo dos bens, lucros cessantes, juros moratórios e compensatórios, e junta os documentos de fls. 125-31.

Réplica da autora às fls. 133-6, aditada às fls. 138-40, com os documentos de fls. 141-90.

Pelo despacho de fl. 191, foi deferida a perícia avaliatória e nomeado o perito.

Publicados os editais para conhecimento de terceiros (fls. 212-6), foi deferido o levantamento de 80% do valor da oferta (fl. 210) e, à fl. 220, foi autorizado o levantamento dos 20% remanescentes.

Tendo as partes indicado assistentes-técnicos e formulado seus quesitos (fls. 123 e 200-1), foi realizada a perícia, cujo laudo do perito judicial está juntado às fls. 645-709.

Às fls. 723-36 o assistente-técnico da ré apresenta o seu laudo concordante. Às fls. 745-726, o assistente-técnico da autora apresenta seu laudo divergente.

Instadas as partes sobre a produção de outras provas, elas nada requereram a esse título. Concordando com o julgamento no estado, apresentam os memoriais de fls. 777-9 e 781-9.

É o relatório."

Após tecer considerações sobre diferenças entre os institutos da encampação e da desapropriação, a sentença julgou o pedido procedente, concluindo na fundamentação (fls. 823-26):

"Examine-se, agora, o caso ora sob enfoque judicial. O Decreto nº 8.81, de 3 de dezembro de 1981, que autoriza a encampação da Usina Miguel Estefano, de propriedade da ré, esclarece, em seu único considerando, que os bens então encampados passa-

riam a ser desfrutados pela Companhia Energética de São Paulo (Cesp) (fl. 8). Ora, é da essência da encampação que os bens encampados retornem ao patrimônio do poder público concedente, não se permitindo a sua transferência para outro concessionário. Essa distinção pode parecer de pequena relevância, mas, na verdade, não o é, dadas as suas conseqüências de ordem econômico-financeira. Com efeito, na encampação a indenização é feita pelo valor histórico dos bens, deduzidas a depreciação e a amortização, nos precisos termos do art. 17, parágrafo único, do citado Código de Águas, *verbis:*

"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."

Resulta, daí, que o valor da indenização, em casos de encampação, é muito inferior ao valor venal dos bens, particularmente em épocas de inflação acelerada como a que acabamos de ultrapassar, e o que justifica essa baixa indenização é o fato de, por ficção legal, pertencerem ao poder concedente os bens utilizados no serviço público concedido. Assim, reverte-se a favor de toda a sociedade o prejuízo que suporta o concessionário com a encampação.

Entretanto, nenhum sentido tem o poder público obrigar um concessionário a transferir, pelo valor histórico e com deduções, bens utilizados no serviço público concedido. Isso levou o Ministro Carlos Madeira, hoje do Supremo Tribunal Federal, mas, à época, do Tribunal Federal de Recursos, a dizer, no voto que proferiu como relator da Apelação Cível nº 41.248-RJ, citando Jèze, que "ninguém deve enriquecer às expensas de outro".

Ora, para poder bem explorar um serviço público concedido, o concessionário tem que investir soma bastante grande de recursos, que gerarão, com o correr do tempo, os lucros que o empreendimento deve gerar. Não é justo e nem jurídico que o poder concedente transfira tais bens, por valor diminuto, a favor de outro concessionário, que vai utilizar, por valor ínfimo, bens que seu antecessor adquiriu por preços bem superiores. Há, sem dúvida, enriquecimento sem causa do concessionário sucessor, o que é um atentado à consciência jurídica nacional.

Em outras palavras, somente se justifica o pagamento da indenização prevista no art. 167, parágrafo único, do Código de Águas, quando houver, em realidade, a encampação, isto é, o retorno ficto da propriedade dos bens ao poder público. Quando, entretanto, quiser a Administração transferir a outrem aludidos bens, devem eles serem indenizados pelo seu valor venal, apurado através de regular perícia."

Assim entendendo, o MM. Juiz desacolheu a pretensão de fixar-se a indenização com base no valor histórico dos bens e, adotando o laudo do perito oficial, arbitrou-a em Cz$ 1.292.081,88, "corrigida monetariamente, nos termos do art. 33 do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, a partir de maio de 1982, e acrescida de juros compensatórios de 12% a.a., contados da prévia imissão de posse, e de juros moratórios de 6% a.a., calculados do trânsito, em julgado, desta decisão, obedecida, no que couber, a Súmula nº 74 do e. Tribunal Federal de Recursos.

A autora arcará com as custas e despesas processuais, devidamente atualizadas, e pagará os honorários dos advogados da ré, arbitrados estes em 10% da diferença entre a oferta e a indenização, ambas devidamente corrigidas."

Apelou a Eletrobrás citando o art. 167 do Código de Águas e alegando que o entendimento da sentença, "compelindo a autora-recorrente ao pagamento do *quantum*, utilizando critério outro não disciplinado para os processos encampatórios, ou seja, a indenização com base em valores obtidos que não o custo histórico, corrigido e depreciado, calcando a decisão no fato de terem sido os

bens encampados desfrutados pela Companhia Energética de São Paulo (Cesp), bem como entendo ser indispensável para a adoção deste critério que os bens encampados retornassem ao patrimônio do poder concedente, e não de terceiros, é olvidar de todo a realidade de que a encampação se deu, exclusiva e primordialmente, pelo interesse público relevante, como acima mencionado, valendo lembrar que a encampação foi em virtude da imperiosa necessidade do aumento do potencial elétrico que a região estava a requerer, pena de colapso total" (fls. 829-33).

Contra-razões às fls. 836-848.

É o relatório, ao revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: A decisão da causa prende-se à eleição de critérios para a avaliação dos bens. Situam-se aí as divergências fundamentais, impondo-se, para justificar a escolha, algumas colocações teóricas que brevemente permito-me fazer.

A concessão de serviço público, como de pacífico entendimento, implica a transferência a terceiro, que não o Poder Público, da execução daquele serviço, não envolvendo a titularidade do mesmo, que o concedente conserva. Esta titularidade poderá ser outorgada por lei, como ocorre na descentralização administrativa, mas é menos adequado falar-se aí em concessão. Insita na concessão a revogabilidade, podendo o titular do serviço, a qualquer tempo, tendo em vista o interesse público, chamar novamente a si sua execução. Tanto isso pode ocorrer findo o prazo da concessão, como no seu curso. O concessionário não poderá impedir que isso se faça, malgrado eventualmente tenha direito a indenização.

A reassunção do serviço pelo poder concedente poderá ainda ser no todo ou em parte. Figure-se a concessão de serviços de transportes urbanos. Eventualmente poder-se-á entender que consulta ao interesse público que determinadas linhas sejam exploradas diretamente pelo Estado, enquanto outras permaneçam em regime de concessão. Nada impede que assim se faça, ressalvado ao concessionário sustentar que a mutilação torna inviável a persistência do contrato e pleitear as indenizações eventualmente cabíveis.

Por outro lado, o princípio da continuidade do serviço faz necessário que os bens utilizados em sua execução passem ao concedente. A ser de modo diverso, fatalmente haveria interrupção, o que é inadmissível. Respeitável corrente entende mesmo que os bens do concessionário pertencem sempre ao concedente. Não adiro a esse entendimento mas abstenho-me de examiná-lo em maior profundidade posto que, como se verá, não importa a distinção no caso concreto. A meu ver, reverte o serviço, seja pelo término do prazo da concessão, seja pela encampação. Os bens transferem-se ao concedente.

Tendo em vista o que acima se expôs, ou seja, o caráter temporário das concessões, com a necessária passagem dos bens para o concedente, a fixação das tarifas para remunerar o serviço, considera-se a necessidade de amortizar o capital investido de tal modo que, decorrido o prazo, os bens passem ao poder concedente sem que haja o que indenizar. Como observa Marco Aurélio Greco, "à falta de estipulação a respeito, entende-se que as tarifas estão, durante o prazo da concessão, remunerando o patrimônio investido pelo concessionário". E é o mesmo autor que cita Oswaldo Aranha Bandeira de Melo a dizer que "em falta de disposição expressa em contrário, é de admitir-se como estipulada a reversão, pois se pressupõe, com a integral decorrência do prazo da concessão, durante o qual o concessionário auferiu as tarifas competentes, recebeu não só o pagamento da contraprestação do serviço como houve a completa amortização do capital investido na empresa" (Greco, M. A. Aspectos da concessão de serviço público. *RDP*, v. 21, p. 86-7). No mesmo sentido, faz notar Hely Meirelles que "a reversão gratuita é a regra

por se presumir que, durante a exploração do serviço concedido, o concessionário retira, não só a renda do capital, como também o próprio capital investido no empreendimento" (*Direito administrativo brasileiro*, 12. ed. p. 333).

Vê-se, em suma, que se os serviços sujeitam-se à reversão e não podem sofrer solução de continuidade, os bens neles utilizados haverão de igualmente passar ao concedente. E para que isso ocorra, calculam-se tarifas que ensejem o pagamento do capital investido pelo concessionário. Este o ponto que mais nos importa enfatizar. Não ocorre qualquer espoliação. Inexiste uma transmissão gratuita dos bens. O que em verdade sucede é que já foram pagos no curso da concessão. Haveria enriquecimento ilícito se efetuado outro pagamento.

Como foi dito, entretanto, o regime dos bens será o que se expôs se outra norma, contratual ou legal, não dispuser de modo diverso. É o que sucede no caso em julgamento. Tratando-se de concessão para aproveitamento de energia hidráulica, quando outorgada já se regulava pelo Código de Águas de julho de 1934, que, embora no art. 157, parágrafo único, cogitasse da amortização do capital em 30 anos, estabeleceu, no art. 166, que a reversão dar-se-ia com ou sem indenização, conforme se estipulasse em contrato. E o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que, no caso de reversão com indenização, esta será calculada pelo custo histórico, menos a depreciação, deduzindo-se a amortização, se for o caso.

Na hipótese em exame, encontra-se mencionado, à fls. 187, sem impugnação, que a reversão dar-se-ia pelo custo histórico menos a depreciação. Como já decorrido prazo superior a 30 anos, realizou-se o pressuposto de fato necessário à incidência dessa disposição.

Há que se admitir, por conseguinte, que a reversão não se haveria de fazer sem indenização, posto que existente cláusula em contrário. Esta haveria de fazer-se, entretanto, com as limitações estabelecidas. À semelhança do que ocorre na reversão sem indenização, há de se entender que a fixação de tarifas teve em vista as restrições a que esta se submete. Os 30 anos de concessão terão sido suficientes para compensar a eventual diferença entre o valor histórico e o custo de reposição. Inexiste no caso — não se cogita aqui de caducidade — qualquer punição ao concessionário. Não se tem em conta qualquer falha sua na execução do contrato. Releva simplesmente o decurso do tempo, durante o qual terá explorado proveitosamente os serviços, auferindo tarifas compensatórias. Se assim é, receber o concessionário mais do que o que resulta do estabelecido no próprio ato de outorga da concessão implicará mais do que lhe seria com justiça devido.

Dentro desse contexto, diminui de importância a distinção feita no brilhante parecer do eminente Prof. José Ignácio Botelho de Mesquita. Ainda se se tratasse de desapropriação, se esta ocorresse após o prazo estabelecido para a concessão e se referisse apenas aos bens necessários ao serviço, a indenização não poderá ser maior que a correspondente a esse último, pena de ter-se induvidoso enriquecimento sem causa.

Acresce, por outro lado, que não se me afigura deva ser acolhida a assertiva de que teria havido desvio de finalidade, utilizando-se a encampação quando se trataria de desapropriação. É certo que a ocupação da área tornou-se necessária apenas para que seja inundada, com a conseqüente formação de reservatório. Entretanto, a encampação não significa que o serviço deva continuar a ser prestado da mesma forma. Assim, por exemplo, se o Poder Público pretender instalar serviço de ônibus elétricos, nada o impedirá de proceder à encampação dos serviços de transporte urbano de outro tipo para desativá-lo e substituí-lo por outro. No caso, o melhor aproveitamento do potencial

hídrico, visando a produção de energia elétrica, tornou-se necessária a construção de reservatório, abrangente da usina menor, com sua conseqüente desativação. Trata-se de utilizar-se o curso da água de maneira mais eficiente, mantida a mesma finalidade: a produção de energia hidrelétrica. A r. sentença, aliás, transcreve trecho de Celso Antônio Bandeira de Melo, em que se acentua a possibilidade de modificar-se a forma de prestação do serviço.

O eminente magistrado que sentenciou em primeiro grau considerou que não haveria como estabelecer limitações à indenização, pois estas só se justificariam quando o serviço voltasse ao poder concedente. No caso, a exploração será feita pela Cesp, a quem serão transferidos os bens. Estaria ela se enriquecendo, em detrimento da anterior concessionária, o que não poderia merecer beneplácito jurídico.

Com a devida vênia, considero que não tem razão. Em primeiro lugar, não estará sofrendo o concessionário injustificado prejuízo. Como já se salientou, decorrido o prazo da concessão, entende-se que as tarifas recebidas durante todo o tempo destinam-se também a ressarcir diferenças de valor entre custo histórico e de reposição. Em segundo, não se enriquecerá indebitamente a nova concessionária. Se paga indenização menor, será obviamente menor o capital investido, que propiciará também a fixação de tarifas menores para remunerá-lo (Constituição Federal, art. 167, II). E, em caso de eventual encampação, menor será a indenização, calculada em vista do custo histórico.

Assinalo que não restou suficientemente esclarecida a afirmação de que teria sido renovada a concessão, o que impede seja a circunstância levada em conta. De qualquer sorte, isto só poderia ter relevo para novos investimentos realizados após a possível renovação.

Por fim, a alegação de que a concessão subsistiria em parte não modifica a questão, eis que já se acentuou possível a encampação parcial.

Considero, de tudo que ficou dito, deva a indenização ser fixada de acordo com o custo histórico que será corrigido e sofrerá a depreciação decorrente do decurso do tempo.

Divergiram os laudos em dois pontos: o índice de correção a ser utilizado e a taxa de depreciação. Examinam-se essas questões.

O perito do Juízo, assim como o assistente técnico da ré, sustentam que os índices de atualização hão de ser específicos para cada bem a ser avaliado. Assim, haveria índices próprios para equipamentos industriais e construção civil. O assistente técnico da autora prestigia o trabalho da Comissão de Tombamento, sustentando deva-se adotar um índice genérico que seria apto a medir a desvalorização da moeda de um modo geral.

Tenho como certo que razão assiste a esse último. Se se tomar como base o custo de aquisição e se proceder a correção, tendo em vista o aumento de preços sofrido pelo bem especificamente, será alcançado o valor de reposição, incorporando-se ao resultado final toda a valorização real que o haja beneficiado. Não haverá razão para distinguir entre custo histórico corrigido e custo de reposição. Ora, o que se pretende é manter-se o poder aquisitivo da moeda, atualizando-se sua expressão monetária, mas não garantir ao antigo concessionário indenização apta a propiciar-lhe a montagem de usina hidrelétrica idêntica. Corrige-se a expressão monetária do valor para que a indenização corresponda ao que foi investido, abatida a depreciação, em vista do mercado de modo geral. Se determinado equipamento teve seu preço aumentado em proporção maior que a média, ele em verdade valorizou-se e esta valorização não será atendida, tratando-se de indenização pelo custo histórico. Adiro, pois, quanto ao ponto, aos critérios da Comissão de Tombamento acolhidos pelo assistente da autora.

Resta a questão relativa à depreciação do ativo. O perito divergiu, também aí, da Comissão de Tombamento que, uma vez mais, foi apoiada pelo assistente da autora. Esta arbitrou a depreciação em quantitativo superior a 50%, o que foi considerado excessivo pelo vistor oficial.

Relativamente aos equipamentos, assinalou o perito que seu estado de conservação era impecável como pôde ser diretamente verificado do que se encontrava na regional da Cesp de Bauru. Impressiona, com efeito, a circunstância de que se teve como adequado seu aproveitamento por outra empresa, a Cemat, de Mato Grosso. Salienta-se, ainda, o que foi consignado à fl. 659, ou seja, que embora a usina seja bastante antiga, sua principal ampliação ocorreu em 1955.

O assistente da autora salienta, de início, que na fixação de tarifas já se prevê parcela destinada à recuperação do capital investido, havendo antecipação parcelada da indenização, circunstância desconsiderada pelo perito. Este fato, entretanto, nada tem a ver com depreciação do ativo. Restringe-se sua importância aos casos em que a reversão faz-se sem indenização, ou, como na hipótese em exame, como compensação para que o cálculo daquela se faça pelo valor histórico.

A discordância do experto indicado pela autora foi fundamentada, em relação a obras civis, com o argumento de que a taxa adotada pelo perito não era a geralmente adotada, encontrando-se mesmo significativamente abaixo do usual.

No que diz com o aspecto em exame, prefiro adotar as conclusões do perito. Em verdade, o que se observa das fotografias anexadas aos autos é que, de modo geral, as construções têm aparência de bom estado de conservação. Indicaram-se, é certo, algumas que já se apresentam mais deterioradas. Na média, entretanto, o contrário é o que se verifica. Não se dispondo de maiores elementos, salvo a vistoria feita pelo engenheiro José Carlos Pellegrino, já que a perícia foi realizada após inundação da área, recomenda-se a aceitação das conclusões do perito nomeado pelo juiz.

De todo o exposto, conclui-se que a indenização deverá ser calculada tendo por base o custo histórico, corrigido de acordo com os critérios adotados pela Comissão de Tombamento e estimando-se a depreciação consoante percentual indicado pelo perito oficial.

O investimento corrigido para agosto de 1982 (fl. 2) foi de Cz$ 782.312,35. Calculando-se a depreciação nos termos propostos pelo perito oficial (30,4179% — fl. 661), a importância a ser subtraída daquele valor será de Cz$ 237.962,98, resultando daí que o principal da indenização será igual a Cz$ 544.349,37, a ser devidamente corrigido.

Dou provimento parcial ao recurso para fixar a indenização nos termos expostos, mantidas as demais cominações da sentença.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso (Revisor): Quando do julgamento da AC nº 50.083-SE, de que fui relator, decidiu a egrégia Quarta Turma:

"Administração. Encampação. Concessionária de serviço de eletricidade. Empresa de energia elétrica.

I — Encampação e desapropriação, inobstante com efeitos semelhantes, não se confundem. O critério de fixação da indenização, naquela, difere do adotado nesta. Na desapropriação, porque se faz a retirada da propriedade do particular, passando-a para o domínio público, o valor da indenização é o corrente no mercado (Constituição Federal, art. 153, § 22). Na encampação, onde apenas existe retorno ao controle direto do poder público de bens que lhe pertencem, em razão da concessão, o critério de fixação da indenização está regulado na lei (Código de Águas, art. 167, parágrafo único; De-

creto-lei nº 3.128, de 19 de março de 1941 e seu regulamento, Decreto nº 54.937, de 4 de novembro de 1964).

II — Adoção do laudo da comissão de tombamento, que se comportou conforme a lei, com acréscimo do valor do material encontrado no almoxarifado, segundo avaliação do perito oficial.

III — Recurso da autora provido em parte.

IV — Prejudicado o recurso da ré" (*DJ*, 26.8.82).

Proferi, então, o seguinte voto:

"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, *Instituzioni 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. Alvarez, '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. Alvarez, '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 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. Alvarez, 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 de julho de 1934). Tal como acontece com a desapropriação, também a encampação exige indenização prévia (Código 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.'

II

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 desapropriação, Decreto-lei 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 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. Alvarez, 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).

III

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

'(...) Examinando a peça vestibular, vê-se que, nos termos previstos no Código de Águas, foi instituída uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar e esta, em seu relatório de fl. 31, afirma 'que não foi possível, em grande parte, a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da empresa, pelo exame da sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo' (fl. 199).

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

A Comissão de Tombamento, na verdade, esclareceu 'que não foi possível, em grande parte, a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da concessionária pelo exame da sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo' (fl. 31).

Acrescentou, entretanto:

'(...) Com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 6º do Decreto-lei nº 3.128, de 14 de março de 1941, a Comissão decidiu proceder à determinação do custo histórico de parte da propriedade da empresa pelo processo de perícia, seguindo os critérios indicados' (fl. 31).

Esclarece, a seguir, os custos que foram determinados por perícia (fl. 31). 'Instalações em geral', por outro lado, 'foram tomados pelos seus valores contábeis' (fl. 31).

Procedeu a dita Comissão, portanto, com base na lei (art. 6º, § 1º e alíneas, e § 2º, do Decreto-lei nº 3.128/41).

E tanto assim procedeu que o perito (fl. 161) e os assistentes técnicos indicados pelas partes (fl. 169, assistente da autora; fls. 174-5, assistente técnico da ré) isto atestam, sem discrepância.

Cumpria à ré, é bem de ver, provar que a autora, na parte em que levantou os custos por perícia, assim não poderia proceder, por possuir contabilidade na forma exigida pela lei.

Dita prova, todavia, não está nos autos.

IV

Fundamentalmente, pretendeu a ré, apenas, a aplicação do critério de indenização justa, vigente na desapropriação, deslembrando-se, entretanto, *data venia*, que se cuida, no caso, de encampação, que não se confunde com desapropriação, como já vimos.

De ser adotado, portanto, aqui, o laudo do assistente técnico da autora, às fls. 165-9, que ratificou o laudo da comissão de tombamento, conforme ofício à fl. 12.

Dita adoção, todavia, deve ser feita com acréscimo: deve ser computada indenização pelo material de almoxarifado, no importe de Cr$7.000,00, segundo o laudo do perito oficial (fl. 15). Dito material de almoxarifado, ou a existência desse material não foi negada pelo assistente da autora. Este apenas não o avaliou (fl. 167), ao argumento de que não concorre ele 'para a distribuição e transformação de energia'. Se existente, todavia, deve ser indenizado; o contrário seria confisco.

V

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso da autora, para fixar a indenização em Cr$961.032,24, mais Cr$7.000,00 (material de almoxarifado). Quanto ao mais, mantenho a sentença.

É caso de aplicação, a esta altura, de correção monetária, que deverá ser contada a partir do laudo da comissão de tombamento. Apenas a importância de Cr$7.000,00 será corrigida a partir do laudo do perito oficial, 26.5.76 (fls. 157).

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

Voto idêntico, aliás, proferi, como revisor, na AC nº 50.715-SE, na antiga Terceira Turma (*Rev. TFR*, 73/122).

No caso, o Dr. Juiz deixou de aplicar, para o fim de fixar a indenização, o critério indicado no voto acima transcrito, por isso que, segundo S. Excia., o critério que deve ser aplicado, aqui, é o da desapropriação, porque "somente se justifica o pagamento da indenização prevista no art. 167, parágrafo único, isto é, o retorno ficto da propriedade dos bens ao poder público", já que "é da substância do instituto da encampação que os bens do concessionário revertam-se para o poder concedente."

Com a vênia devida, divirjo da douta sentença.

O que precisa ficar esclarecido é que, na desapropriação, porque se faz a retirada da propriedade do particular, passando-a para o domínio público, o valor da indenização é o corrente no mercado (Constituição Federal, art. 153, § 22). Na encampação, todavia, isto não ocorre. Na encampação, apenas existe o retorno ao controle direto do poder público de bens que lhe pertencem, em razão da concessão. Por isso, o critério de fixação da indenização é diferente (Código de Águas, art. 167, parágrafo único; Decreto nº 3.128/41 e seu regulamento; Decreto nº 54.937/64).

Destarte, o fato de uma nova concessão surgir em seguida à encampação parece-me irrelevante.

Do exposto, dou provimento ao apelo. No mais, acompanho, também, o douto voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso (Revisor): O Sr. Ministro Relator, com a proficiência que lhe é própria, lembrou que a tarifa tem esta finalidade: amortizar os investimentos feitos pelo concessionário.

Imaginemos que, daqui a alguns anos, os ônibus de Brasília revertam ao poder concedente e que tivesse o poder concedente de pagar por esses ônibus preço corrente de mercado, quando eles, girando anos e anos, proporcionaram lucros ao concessionário. Seria um contrasenso.

Num ponto, Sr. Ministro, meu voto ficou omisso: no que toca à indenização, porque, em princípio, acho que deveríamos retornar os autos ao Dr. Juiz para que S. Excia. decidisse. V. Excia., entretanto, Sr. Ministro Relator, fixa a indenização, desde logo.

Vou, nesta parte, aderir ao voto de V. Excia. Examinara, também, esta questão; fiquei em dúvida e concluí o meu voto, somente na primeira parte, mandando que o Dr. Juiz procedesse à fixação da indenização; mas vou acompanhar o douto entendimento de V. Excia., também nesta parte.

Dou provimento ao apelo. Acompanho em todos os seus termos o voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

AC nº 120.441-SP (4842057) — Rel. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rev.: Sr. Ministro Carlos Velloso. Apte.: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. Apda.: Companhia Nacional de Energia Elétrica (CNEE). Advs.:

Drs. Cid Vianna Montebello e outros, João Manuel Silva Carvalho Neto, Manoel P. Gonçalves Colletes e outros.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente, pela apelante, o Dr. Carvalho Neto. (Sexta Turma, em 25.5.87.)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.