CONCESSÕES OU CONTRATOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS — MULTA MORATÓRIA

— O serviço público tem um regime jurídico próprio e uma economia particular. Quando o poder públiço delega a entidades privadas a sua administração, o serviço continua a manter a sua natureza e a reger-se por normas jurídicas que lhe são próprias, normas adequadas à sua natureza, à sua finalidade, à sua função e à sua economia.

— Continuando o serviço a manter o caráter público, embora delegada a sua administração a uma corporação privada, a sua tarifa constitui uma taxa em tudo equiparável às taxas com que é remunerada a prestação dos serviços públicos quando administrados diretamente pelo Estado.

— O legislador de 1933, procurando reprimir a usura, tratou sòmente da espécie jurídico tradicional, comum ou usual do exercício da usura — os empréstimos de dinheiro.

— A função da multa moratória é de assegurar a regularidade do serviço público. Ela não é instituída em contemplação ao interêsse do concessionário, mas no interêsse exclusivo do serviço. O que se tem em vista, instituindo-a, não é acautelar o interêsse do concessionário, mas assegurar, pela oportuna arrecadação das taxas, a regularidade e a continuidade do serviço público.

— Interpretação do Dec, n.º 22.626, de 7-4-1933.

PARECER

1. O contrato entre a Companhia Fôrça e Luz do Nordeste e o Estado do Rio Grande do Norte prescreve na sua cláusula 18, n.º II, § 2.º, que "expirado o prazo de dez dias, a Companhia ficará autorizada a aplicar o depósito do consumidor, total ou parcialmente, à liquidação da conta não paga, acrescida do adicional de 10 % acima referido, exigindo neste caso a reintegração do depósito ao invés do pagamento da conta, sob pena de, não efetuando o consumidor essa reintegração dentro do prazo de trinta dias contados da apresentação da conta, serem suspensos definitivamente o serviço e o fornecimento, como se a conta não tivesse sido liquidada, sendo-lhe lícito retirar os seus aparelhos, fios e medidor".

Em 27 de novembro de 1937, a Companhia, atendendo à requisição do respectivo proprietário, iniciou o fornecimento de energia elétrica a um cinema local. Como se atrasasse no pagamento mensal da energia consumida, a Companhia, no uso de autorização que lhe confere o contrato, aplicou ao usuário em questão a multa de dez por cento sôbre as quantias em atraso.

O consumidor pagou as contas em atraso com a majoração de dez por cento, e em 1940 propôs contra a Companhia a competente ação para reaver a importância correspondente à multa que havia pago. O Tribunal do Rio Grande do Norte julgou procedente a ação, entendendo que o adicional de 10 % não podia ser aplicado aos usuários que houvessem entrado em relação com a Companhia depois de 7 de abril de 1933, pois nesta data fôra expedido o decreto-lei n.º 22.626, cujo art. 8.º assim dispõe:

> "As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogado, e não poderão ser exigidas quando não fôr intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação".

Parece-me fora de dúvida que o Tribunal do Rio Grande do Norte aplicou o dec.-lei n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, a uma espécie que o decreto não entendia regular. O objeto do diploma legislativo em questão era, com efeito, o de regular a matéria do empréstimo de dinheiro, com o fim de coibir a usura, para o que limitava a taxa de juros e vedava certas estipulações mediante as quais o credor, de modo indireto ou oblíquo, pudesse, contornando a vedação legal de juros excessivos, obter as mesmas vantagens usurárias que a lei tinha em mente proibir, Se, com efeito, limitando os juros, a lei permitisse a estipulação de pena compensatória para o simples caso de mora no adimplemento da obrigação, o credor poderia obter da mora do devedor vantagem superior à representada pelos juros. Ora, a época em que foi editado o decreto de 7 de abril de 1933 era, precisamente, a da grande crise deflagrada em 1929 e a legislação de todos os países e, particularmente a do nosso, reflete a preocupação de amparar os devedores, ora reajustando as dívidas, ora prorrogando o prazo do seu vencimento, ora eximindo o devedor de cláusulas penais que em época normal se destinavam a castigar apenas os devedores desidiosos. Sobrevinda a crise, a mora dos devedores, na maioria dos casos, não poderia ser atribuída a desídia, senão a causas de ordem geral que impediam o devedor de obter em tempo os recursos necessários à solução da dívida. Em épocas de crise é que costuma florescer e campear a usura. O dec.-lei de 7 de abril de 1933 visava, precisamente, impedir que, no apogeu da crise econômica e financeira, o capital, valendo-se das circunstâncias de apertura geral, viesse a extorquir dos devedores honestos vantagens desarrazoadas, que concorreriam para agravar a crise geral. Êste o intento do decreto; não apenas o que resulta dos seus dispositivos, todos tendentes a regular o empréstimo de dinheiro, mas o intento declarado pelo legislador nos *consideranda* de que fêz preceder o decreto.

É claro, pois, que êste tinha por fim regular os empréstimos em dinheiro e por objeto único e exclusivo coibir a usura, vedando estipulações que poderiam iludir, contornar ou frustrar o seu declarado intento de impedir a exploração do devedor pelo credor ganancioso. O Tribunal do Rio Grande do Norte, aplicando o dec. n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, a outras espécies de contrato, dilatou, evidentemente, o alcance das suas disposições, forçando a clara e inequívoca intenção do legislador, com o lhe atribuir o propósito de regular uniformemente contratos de tipos diferentes e, principalmente, de economia muito diversa da economia própria dos contratos de empréstimo de dinheiro. Não escapa, com efeito, ao mais elementar entendimento que a mora no adimplemento da obrigação resultante do empréstimo em dinheiro não tem as mesmas conseqüências que o inadimplemento das obrigações contratuais de outra natureza e que, por conseguinte, seria absurdo atribuir ao legislador, particularmente quando resulta da sua intenção declarada e dos têrmos em que está concebido o diploma legislativo, que êle tem em vista regular uma determinada espécie de contrato, o propósito de assimilar todos

os contratos, por mais típica que seja a economia de cada um, a um tipo particular de convenção, de economia singularmente diversa ou de função econômica distinta e inconfundível.

O decreto em aprêço tinha, pois, por objeto único e por exclusiva finalidade reprimir a usura nos empréstimos de dinheiro e tôdas as suas disposições convergem para sua finalidade e para aquêle objeto, ou são disposições tão sòmente relativas aos contratos de empréstimos de dinheiro. Aplicá-las a todos os contratos, seja qual fôr a sua peculiaridade, o seu caráter, a sua função ou a sua estrutura econômica, é não sòmente desvirtuar a finalidade que se propunha o legislador, como contravir à sua declarada intenção de regular apenas uma espécie de contrato e, particularmente, a espécie mediante a qual costuma ser exercida a usura, ou a forma jurídica e econômica de que os usurários tradicionalmente ou sempre se serviram para extorquir dos necessitados vantagens, lucros e proveitos superiores à remuneração normalmente devida ao capital, O que, em suma, a lei teve em vista impedir foi que sob pretexto da mora do devedor o credor se locupletasse com vantagens sem correspondência com os incômodos e prejuízos resultantes do inadimplemento da obrigação, isto é, vantagens gratuitas ou de caráter usurário.

3. Ainda, porém, que se pudesse estender a compreensão do dec. n.º 22.626, de maneira a incluir nas suas disposições tôdas as espécies de contrato, ainda assim não se justificaria a sua aplicação às relações existentes entre os usuários de serviços públicos e as entidades públicas incumbidas da prestação e da administração de tais serviços. Não vem a pêlo discutir se têm ou não caráter contratual as relações entre o Estado e o concessionário de serviço público. É uma tese puramente acadêmica. Não importa o nome que se dê à figura jurídica da concessão, desde que se a estreme e diferencie de outros tipos de relações jurídicas, com as quais ela possa ter afinidades de aparência ou de superfície. O certo é que a modalidade de administração do serviço público não modifica o caráter público do serviço. Explorado diretamente pelo Estado, ou mediante concessão do poder público, o serviço em um e outro caso mantém o seu caráter próprio e inconfundível: *é um serviço público*.

O serviço público tem um regime jurídico próprio e uma economia particular. Quando o poder público delega a entidades privadas a sua administração, o serviço continua a manter sua natureza e a reger-se por normas jurídicas que lhe são próprias, normas adequadas à sua natureza, à sua finalidade, à sua função e à sua economia. Pode-se dar ao diploma, que rege as relações entre o concessionário e o Estado o nome de *contrato*, se se tem em vista que a denominação não tem por fim definir a natureza daquelas relações mas apenas a função prática ou de comodidade, mediante a qual em uma classificação geral se incluem na mesma chave espécies mais ou menos parecidas, mas realmente distintas e inconfundíveis.

O fato importante, em suma, é que, embora o instrumento da concessão participe de certa maneira da natureza do contrato, não pode, entretanto, ser assimilado a esta categoria usual do comércio jurídico, Assim, ainda que se atribua ao dec. n.º 22.626, contra a evidência literal dos seus têrmos e a intenção declarada do seu objeto ou da sua finalidade, a vasta compreensão que lhe emprestou o Tribunal do Rio Grande do Norte, generalizando a tôdas as espécies de contrato, o que êle claramente dispõe em relação a um tipo definido de contrato, não se poderiam abranger na generalização as concessões de serviço público, e isso por vários motivos capitais.

Em primeiro lugar, porque as concessões de serviço público constituem uma categoria à parte, que, embora, por comodidade de linguagem, denominada por alguns autores de *contrato,* não constitui um contrato em sentido próprio ou contrato pròpriamente dito. O instrumento em que se consubstancia a concessão constitui um regulamento de serviço, estabelecendo as suas condições, as suas tarifas, o estatuto da sua administração, os direitos do público em relação ao serviço e as vantagens atribuídas ao concessionário em contemplação do capital invertido e dos serviços de natureza técnica e administrativa prestados ao ente público que lhe delegou encargos e funções que lhe são próprios e exclusivos. Continuando o serviço a manter o caráter público, embora delegada a sua administração a uma corporação privada, a sua tarifa constitui uma taxa em tudo equiparável às taxas com que é remunerada a prestação dos serviços públicos quando administrados diretamente pelo Estado.

Em segundo lugar, dado o caráter especial da concessão de serviço público, a natureza peculiar da sua economia ou a função específica a que se destina na economia das comodidades públicas, não seria curial, antes atentaria contra o mais elementar bom senso, o presumir-se que o legislador, na ausência de qualquer referência, direta ou inequívoca àquela figura econômica e jurídica, a tivesse em mente, nivelando-a às demais figuras econômicas e jurídicas por intermédio das quais se exerce o comércio e se armam as especulações no mercado dos negócios. A demasia atingiria, evidentemente, as raias da insensatez, se o intérprete, valendo-se dos têrmos gerais de uma lei declaradamente destinada a reprimir a usura, atribuísse às concessões de serviços públicos, sòmente porque a elas, por comodidade de linguagem, costumam alguns autores denominar de *contratos,* a função, de todo em todo repugnante ao seu destino e incompatível com a sua natureza, de constituir uma das modalidades usuais ou normais de exercer a usura. Procurando reprimir a usura, o legislador de 1933 tratou tão sòmente da espécie jurídica tradicional, comum ou usual do exercício da usura; ainda, porém, que, em um dos dispositivos da lei, a linguagem do legislador, pela generalidade dos seus têrmos, se preste a admitir uma interpretação mais ampla, compreendendo outras figuras contratuais, nunca se poderia em boa mente presumir que entre elas fôsse intenção do legislador incluir a figura jurídica da concessão de serviço público. A prestação do serviço público nunca constituiu, nem poderia constituir, um instrumento de especulação ou de extorsão gananciosa de vantagens. Presumir do Estado que êle exerça, diretamente ou por delegação, a usura nas suas relações com o público constituiria, certamente, um monstruoso critério de interpretação dos textos legislativos destinados a reprimir o locupletamento imoral dos credores usurários.

Em terceiro lugar, as dívidas de impostos e taxas continuam a ser acrescidas de multa no caso de mora dos contribuintes. Se fôsse intenção do legislador vedar as multas de mora nos débitos dos usuários de serviços públicos concedidos, não se conceberia continuasse o Estado a haver dos contribuintes em falta a percentagem correspondente à multa. Ora, o serviço público, embora administrado sob a modalidade de concessão, continua a ser um serviço público e a sua tarifa tem a mesma natureza da tarifa cobrada pelo Estado quando diretamente presta, fornece ou distribui as utilidades públicas, O que o Estado pode fazer diretamente ou no caso de administração direta

do serviço público, poderá fazer indiretamente, delegando com o serviço os meios de que êle dispõe para garantir a regular ou oportuna arrecadação das taxas devidas pelos consumidores das utilidades públicas.

4. E aqui surge a razão principal ou fundamental que desautoriza de modo peremptório a construção jurídica ideada pelo Tribunal do Rio Grande do Norte. Examinemos o fundamento da multa moratória nos serviços públicos concedidos. A sua função não consiste em assegurar ao concessionário ou ao Estado uma vantagem superior à representada pela tarifa, como é o caso para os contratos de usura fulminados pelo dec. n.º 22.626. *A função da multa moratória é de assegurar a regularidade do serviço público. Ela não é instituída em contemplação ao interêsse do concessionário, mas no interêsse exclusivo do serviço. O que se tem em vista, instituindo-a, não é acautelar o interêsse do concessionário. mas assegurar, pela oportuna arrecadação das taxas, a regularidade e a continuidade do serviço público.*

O serviço de fornecimento e distribuição de utilidades públicas tem numerosos destinatários e o consumo dessas utilidades é um consumo de massa, embora fragmentado em prestações individuais. Considerando cada prestação individualmente, a mora de um usuário não afetaria a regularidade e a continuidade do serviço. Imagine-se, porém, que, na ausência de uma medida intimidativa, se generalize a mora dos usuários, assumindo a figura ou as dimensões de um fenômeno de massa. Como em tais circunstâncias assegurar a regularidade e a continuidade do serviço, cuja economia não teria nenhuma garantia de estabilidade, desorganizada pelo inadimplemento simultâneo ou em massa das obrigações da totalidade ou da grande maioria dos consumidores? A hipótese não é gratuita. Nenhuma instituição pública, por mais perfeita, pode repousar exclusivamente na espontaneidade da compreensão da adesão ou da fidelidade pública. É o que ensina a experiência e o que resulta do conhecimento da natureza humana. Por isso, os impostos e as taxas, se não são pagos dentro das dilações regulamentares, ficam sujeitos ao acréscimo da multa. O serviço público não pode ser interrompido e, se se interrompe o fluxo dos recursos destinados a mantê-lo, nenhum outro meio existe de garantir a regularidade e a continuidade do seu funcionamento.

Eis explicada a função da multa moratória no caso dos impostos e das taxas, assim como nos das tarifas dos serviços públicos concedidos. *A sua função não é de beneficiar o Estado ou o concessionário, mas de assegurar a regularidade e a continuidade do serviço público.*

Se assim é, e ainda a inteligência mais desprevenida não pode deixar de admitir que o seja, como atribuir ao legislador o dislate de equiparar à multa no caso de retardamento na solução das dívidas de impostos e de taxas à mora no cumprimento das obrigações entre particulares?

Não está a entrar pelos olhos a dentro que diversas são as situações, incomparáveis as conseqüências e inconfundíveis as figuras jurídicas e econômicas que o intérprete pretende nivelar, igualar e confundir?

5. Demos, porém, de barato, que tôdas as poderosas razões até aqui invocadas contra a decisão do colendo Tribunal do Rio Grande do Norte não tivessem procedência. Ainda assim, não poderia subsistir o acórdão recorrido. Os tribunais têm entendido, com efeito, que não se aplicam com fôrça retroativa os arts. 8.º e 9.º do decreto n.º 22.626. O Tribunal do Rio Grande do Norte aceita no próprio acórdão recorrido que, assim, efetivamente, deve ser. Entende, todavia, que não deu efeito retroativo ao art. 8.º, pois, de acôrdo com a sua inteligência, o que êle fulmina não é a cláusula da concessão relativa à multa, mas a suposta estipulação que teria sido feita, posteriormente ao decreto, num suposto contrato entre a companhia e o usuário

autor da demanda. Que contrato é êste e onde nêle a estipulação relativa a cláusula penal? Entre o usuário e a Companhia, embora se haja estabelecido um vínculo obrigacional, não interveio nenhum contrato. A Companhia tinha a obrigação de fazer as ligações solicitadas, nos têrmos do instrumento de concessão, e a qualquer habitante da zona em que o Estado outorgou à companhia o privilégio da distribuição de energia elétrica assistia o direito de entrar no gôzo da utilidade que era obrigação da companhia proporcionar ao público em geral. Para a companhia cumprir a obrigação e para o habitante da zona privilegiada gozar da vantagem do serviço, não era necessária nenhuma estipulação ou convenção; antes, nenhuma estipulação poderia ser feita entre ambos, pois as estipulações relativas ao serviço já estavam feitas no instrumento da concessão. O Estado já havia estipulado em nome dos usuários presentes e futuros tôdas as condições do serviço. O instrumento da concessão era a lei do serviço, obrigatória em relação à companhia, assim como em relação a todos os destinatários de serviço, embora incertos e futuros. Nem a companhia poderia estipular qualquer condição com cada um dos usuários dos serviços da sua especialidade. As condições já se acham estipuladas uma vez por tôdas e para todos os usuários no instrumento em que se consubstanciou a concessão.

Nada havia, pois, que estipular, nem efetivamente nada se estipulou entre a companhia e o consumidor relapso. Figurar, portanto, que existe entre a companhia e cada um dos usurários um contrato em que ambos hajam estipulado cláusulas, condições ou têrmos, é, evidentemente, obra da imaginação incompatível com a realidade e mais do que com a natureza e a economia do serviço. Para se dar a ilusão de que, aplicando o art. 8.º ao caso, não o estava aplicando retroativamente, é que o Tribunal criou a ficção de que existe entre cada usuário e a companhia contrato, convenção ou estipulação especial e autônoma. Trata-se, porém, de mera ficção. Aplicando, da maneira por que o fêz, o art. 8.º do dec. nº. 22.626, o que o Tribunal, em última análise, fulminou de ilegal, não foi uma estipulação entre o usuário e a companhia, mas a estipulação, anterior ao decreto, constante do instrumento de concessão. Tal estipulação foi feita pelo Estado, no ato da concessão, em nome do público ou de todos os destinatários do serviço, tanto para os então certos e conhecidos, como para os incertos e futuros. Se a estipulação não vale em relação aos usuários que entraram a fruir a utilidade pública posteriormente ao dec. n.º 22.626, então o que se atinge, condena e fulmina é uma condição essencial do serviço, condição sem a qual se torna impossível assegurar a sua regularidade e a sua continuidade. Uma vantagem instituída em favor da companhia, não em contemplação do seu interêsse, mas em benefício do serviço, pois sem ela não poderia subsistir para a companhia a obrigação, inerente à responsabilidade que assumiu, de garantir a regularidade e a continuidade do serviço público cuja administração lhe foi delegada pelo Estado, desapareceria por fôrça do acórdão, com a agravante de que, à medida do desenvolvimento do serviço pelas solicitações de futuros usuários, a economia do serviço ofereceria cada vez menores garantias para arcar com os atributos indispensáveis de regularidade e continuidade. É, pois, fora de dúvida que o Tribunal, embora reconhecendo que o art. 8.º não tem efeito retroativo, como efetivamente não deve ter, aplicou-o retroativamente.

6. Assim, em conclusão, o recurso extraordinário intentado pela companhia contra o acórdão do Tribunal do Rio Grande do Norte tem manifesta procedência, não só porque a decisão recorrida viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, como porque anteriormente e posteriormente a ela vários tribunais estaduais decidiram de modo diferente idêntica questão.

D.F., 1943 — *Francisco Campos*, Prof. na Universidade do Brasil.