SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

ODILON BRAGA
Ex-Ministro da Agricultura

SUMARIO: *V — Determinação do capital da concessão*: § 1.º — *Dos riscos da especulação para as garantias do custo histórico reajustado*. § 2.º — *Estudo das posições adotadas na Comissão Geral*. § 3.º — *Do custo histórico puro e simples para o custo histórico reajustado*. *VI — Propriedade pública dos bens tangíveis como garantia do custo histórico*. *VII — Orientação do direito administrativo continental europeu*. *VIII — O problema no direito internacional*. *Concessão do tipo colonial*.

V. DETERMINAÇAO DO CAPITAL DA CONCESSAO

* 18. No tocante à determinação do *capital* que deverá ser *remunerado* justa e adequadamente e *restituído* nas hipóteses de expiração de prazo da concessão ou de sua encampação, os membros da Comissão Geral de novo se redistribuíram para formação dos grupos de conflito.

Matéria alguma suscitou disputas mais renhidas. E era bem natural que tal sucedesse, porque, na realidade, o que se discutia era menos o *capital* pròpriamente dito da concessão e muito mais o *direito de especular* com a *valorização* dos seus bens tangíveis, direito ligado à *propriedade* dêstes por parte das emprêsas.

Nos países novos, como o Brasil, a própria natureza das coisas determina gigantescos esforços comuns, de caráter público e privado, do qual decorre rápida valorização da propriedade. De sorte que os incorporadores de emprêsas destinadas à exploração de serviços públicos, nos pontos ou no eixo de gran-

---

* NOTA DA REDAÇÃO: A primeira parte dêste trabalho encontra-se às págs. 33 a 51 do vol. VII desta revista.

des concentrações de população e de riqueza, desfrutam situações verdadeiramente privilegiadas, se não mesmo de irresistível império econômico, máxime porque fácil lhes será dar à defesa de seus interêsses as graves e irresistíveis aparências da defesa de interêsses públicos. Montado o "serviço" que, por ser "público", logo se investe de gratuitas e valiosíssimas regalias, e ordinàriamente as de verdadeiros monopólios, tudo para êles se resume em capitalizar excessos de lucros, que não são distribuídos aos acionistas, pelo menos direitamente, e que pelo comum provêm: *a*) das diferenças logradas entre o custo real e o custo orçado das obras; *b*) de tarifas altamente remuneratórias; *c*) de amortizações previstas e não deduzidas do capital; *d*) de tôda a sorte de isenções tributárias; *e*) das margens existentes entre os juros dos empréstimos tomados a longo prazo e os resultados de suas inversões. Isso por uma parte. Por outra, resume-se em assegurar aos seus maiores acionistas e incorporadores, através de cargos de administração, de conselho ou de assistência técnica, vencimentos e gratificações mais do que satisfatórios, sempre superiores aos dos cargos públicos de mais alta categoria.

Se, além de um tal afluxo de vantagens excepcionais, lhes fôr garantido o *direito de especular* com a *valorização* de seus bens tangíveis, pelo comum vertiginosa em nossas zonas de maior desenvolvimento, estaremos, sem dúvida alguma, proporcionando aos seus felizes incorporadores fortunas verdadeiramente fabulosas.

Nesse particular, as emprêsas estrangeiras encontram-se de pior partido, porque a *valorização real* dos bens costuma ser compensada, em certas fases, pela desvalorização da moeda que deverá ser transferida aos incorporadores e acionistas residentes no Exterior, sob a forma de honorários, gratificações, dividendos e juros. Ainda assim, para os efeitos de cálculos de tarifa ou de resgate, tal valorização seria fator de enorme pêso.

§ 1.º — *Dos riscos da especulação para as garantias do custo histórico reajustado*

19. Há, porém, os riscos da queda do valor aquisitivo da moeda e mesmo o do declínio precoce das zonas em que se localizam determinados serviços: o "Sumário de princípios" focaliza-os sob intensa luz de seus aspectos mais freqüentes.

Na abstração dos comentários êles são efetivamente impressionantes. Mas, a verdade é que quase tôdas as nossas emprêsas de serviços públicos os atalharam ou remediaram em tempo, mediante oportunas alterações contratuais. Uma das mais importantes, obtidas pelas emprêsas concessionárias, foi a da adoção do "mil réis ouro" como moeda da concessão, moeda esta que deveria manter, tanto quanto possível, o poder aquisitivo e o valor cambial das inversões.

Outra segura prova da energia com que se defendem, têmo-la precisamente na circunstância de haverem conseguido da Constituinte o dispositivo que estamos regulando, destinado a subtraí-las, e agora em caráter permanente, aos riscos apontados.

Ora, uma tal situação de garantia — garantia constitucional, não de *juro* mas de *renda* — sòmente poderá ser outorgada uma vez que se lhes retire o *direito de especular* sôbre a valorização do acervo instalado; e a maneira mais simples e direta de que dispõe a Comissão para elidir aquêle direito consiste em manter-se firme no propósito de considerar "pública" a *propriedade* do dito acervo (art. 9.º).

Sôbre essa *propriedade* tangível, levanta-se a intangível do concessionário, isto é, a do *capital* realmente invertido na sua formação. A *propriedade* que a Constituição assegura aos concessionários de serviços públicos é, então, essa: a do *capital,* històricamente reconhecido. Aliás é a essa *propriedade do capital* que expressamente alude o art. 147 (art. 16).

E ficam, dessarte, cortadas pela raiz tôdas as dificuldades, por vêzes invencíveis, da exata determinação do capital a remunerar ou a restituir, no campo dos serviços públicos.

20. Em lugar delas, dois pequenos embaraços, ambos removíveis se nos opõem: o de garantir a permanência do valor monetário de cada inversão de capital e o de tornar possível a hipoteca dos bens que representem ditas inversões.

Retirando-se aos concessionários o *direito de especular* sôbre a valorização dos bens tangíveis da concessão, por via do qual poderiam êles cobrir-se dos efeitos das desvalorizações monetárias, que no Brasil costumam ser arrasadoras, torna-se necessário e justo que se lhes assegure, em caráter permanente, o valor, senão exato, pelo menos aproximado, de cada inversão de capital (art. 17). Se o não fizéssemos, estaríamos expondo os interessados ao mais grave dos riscos, que por si

só os afugentaria do campo de exploração dos nossos serviços públicos, a saber: *o da perda de capital*. Estaríamos, além disso, em conflito aberto com o espírito do art. 147 da Constituição, porque a remuneração assim determinada sôbre um *capital meramente nominal* não poderia ser nem justa nem adequada.

21. A fim de assegurar garantia hipotecária aos empréstimos contraídos pelos concessionários, ou havemos de considerar *direito real,* suscetível de hipoteca, o de *uso e gôzo* dos bens, direitos e prerrogativas englobados na concessão, tal como se fôsse na França; ou admitir a hipoteca dos imóveis, ainda mesmo sendo êles do Poder concedente, uma vez que êste aprove o levantamento do empréstimo, considerando-se implícita no ato aprobatório a autorização do proprietário.

Executada a hipoteca, no segundo caso, os bens gravados sòmente serão vendidos em hasta pública se o Poder concedente não os remir por si ou por terceiro, a quem será transferida a concessão.

No projeto, preferiu-se a segunda solução, porque em nada modifica o estatuto da hipoteca, peculiar ao nosso direito civil (art. 814, §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 9.º).

22. Assim procedendo, terá a Comissão Coordenadora conseguido harmonizar as opiniões emitidas durante os debates da Comissão Geral?

Estariam aquelas opiniões conseqüentes com as afirmações de princípios, ao lado dos quais foram sustentadas?

Poderiam elas refletir convicções que só deveriam resultar dos estudos posteriormente feitos?

E' o que vamos examinar.

§ 2.º — *Estudo das posições adotadas no Comissão Geral*

23. Comecemos pelo estudo da posição assumida pelo Sr. Miranda Carvalho.

Não obstante conhecedor seguro do nosso sistema tradicional de *serviços portuários concedidos,* no qual se encontram todos os elementos estruturais da "concessão de serviço público" do tipo europeu, o ilustre colega, no seu anteprojeto, daquele sistema conservou bem pouco, sendo que a alteração fundamental foi precisamente efetuada na conceituação jurídica da propriedade dos bens da concessão.

Tal sistema baseava-se na *propriedade pública* das obras e instalações portuárias, deixadas em poder do concessionário, para seu *uso e gôzo,* durante certo prazo, findo o qual deveriam reverter, sem indenização, à posse do Poder concedente. O *capital* invertido na construção e aparelhamento do pôrto teria de ser escriturado pela emprêsa e reconhecido pelo Govêrno Federal, que, prèviamente, revira e aprovara os respectivos projetos e orçamentos.

Ora, no anteprojeto de sua autoria, o ilustre colega substituiu aquêle princípio básico da *propriedade pública* dos bens da concessão, pelo da *propriedade privada,* peculiar aos serviços de mera utilidade pública, dessarte aderindo ao sistema da *public utility* americana. Teve de alistar-se, consequentemente, entre os partidários da *avaliação* dos bens da concessão para levantamento do *capital desta, capital* que teria de ser o representado pelo *justo valor* dos ditos bens, e de considerar por igual que não deveriam êles reverter ao Poder concedente, antes podendo ser explorados por prazo ilimitado.

A explicação da mudança operada no pensamento do experimentado e brilhante colega, êle próprio no-la oferece no capítulo "Antecedentes do anteprojeto", a págs. 9 e 10 da exposição mimeografada, distribuída à Comissão Geral. Com uma límpida sinceridade que muito abona o seu caráter, informa que, em dado momento, tomou a iniciativa de rever e completar o seu primitivo anteprojeto, submetendo a nova minuta à apreciação de diversas pessoas de autoridade e prestígio. Aconteceu, porém, que, em sua maioria, eram elas partidárias do sistema americano. Por isso, suas críticas e emendas conduziram-no à imperceptível desfiguração dos moldes iniciais.

Importa dizer: movido pelo desejo probidoso de aperfeiçoar o seu trabalho, ao lume dos reparos e sugestões que lhe iam sendo feitos, o ilustre colega passou, sem o perceber, do sistema nacional de "serviços públicos explorados por concessão" para o sistema americano de "serviços privados de utilidade pública".

E boa prova da lisura do seu procedimento e da sua probidade intelectual proporcionou-nos a firmeza com que, no seio da Comissão Coordenadora, depois de esclarecido por inúmeros debates, apoiou os princípios fundamentais do projeto agora elaborado, que são, afinal, os da nossa legislação portuária, sempre merecedora de seus encômios, tão sòmente completados por

dispositivos tendentes à correção dos efeitos das nossas desvalorizações monetárias.

24. Outra posição, igualmente digna de todos os louvores pela intensidade de seu apêgo ao interêsse público, foi, no que respeita ao *capital* da concessão, a assumida pelos Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco.

Não seria ela, porém, como a do Sr. Miranda Carvalho, resultante de uma insensível transposição de realidades?

Referindo-se aos Estados Unidos, escreveram êles na "Declaração de Princípios":

"E lá a "law of the land" é o "fair value", aqui a lei da terra é o *custo histórico,* tradição do direito brasileiro, que nos vem desde os tempos do Império, como se vê já no art. 1.º, § 9.º, do dec. n. 1.746, de 1869, e consagrado recentemente no Código de Águas (art. 180), que se pretende pura e simplesmente revogar na regulamentação projetada".

Mas por que nos Estados Unidos a "law of the land" quer que o capital do serviço seja representado pelo "fair value" de seus bens e instalações? Porque, lá, ditos serviços são *privados* e só por serem de uso geral e exigirem certas concessões do Poder público, são reconhecidos como "de utilidade pública".

Ora, no tocante aos "serviços *privados* de utilidade pública", a "lei da terra" no Brasil é a mesma dos Estados Unidos, visto que ninguém jamais negou que o seu *capital* deva ser o representado pelo "justo valor" de seus bens móveis e imóveis.

O "custo histórico" sòmente existe na lei brasileira quando esta regula um outro tipo de negócio público, desconhecido no direito positivo americano: o "serviço público explorado por via de concessão" ou "serviço público concedido". A lei referida pelos ilustres colegas não é outra senão a elaborada pelo Visconde de Itaboraí para reger as concessões dos *serviços públicos de portos,* ou melhor — para promover a construção de *obras públicas portuárias,* pelo sistema europeu de pagamento delas mediante exploração dos serviços respectivos por prazo determinado, findo o qual, por se acharem pagas, deverão reverter ao patrimônio nacional, sem qualquer indenização.

E o Código de Águas, no seu art. 180, estabelece o "custo histórico" precisamente porque, fiel ao sistema europeu, que lhe dá estrutura, partiu do reconhecimento da queda dágua

como "bem público" e da necessidade de facilitar seu aproveitamento pela montagem de usinas que deverão ser pagas, dentro de certo prazo, pelos lucros da exploração da eletricidade produzida, e que, depois de pagas, deverão reverter, sem indenização, ao Poder concedente.

No fundo, "o serviço" é concedido para que uma determinada finalidade seja atingida. E essa finalidade, no caso previsto pelo Código de Águas, consiste na construção de usinas hidro-elétricas: *a*) que, como "obras públicas", são consideradas de interêsse geral e urgente; *b*) que, por darem lugar a exploração lucrativa, poderão ser pagas, a longo prazo, pelos próprios consumidores de sua produção de energia; *c*) que, por conseguinte, depois de pagas, terão de reverter ao patrimônio público (arts. 165 e 166).

Para maior segurança dêsse resultado, "os serviços de eletricidade", a partir de um certo limite de produção, foram retirados *do campo da livre exploração privada* e, por bem dizer, reconhecidos como "serviços públicos", a saber, privativos do campo de ação do Poder público, pelo qual são minuciosamente regulados e regulamentados (Cód. de Águas, arts. 140/168).

Deixaram de ser, dessarte, "serviços privados de utilidade pública" ou seja — "public utilities".

Infelizmente, os autores e imediatos intérpretes do Código não perceberam que o estavam erigindo sôbre um sistema diverso daquele adotado nos Estados Unidos e por isso não atentaram para a *índole jurídica da propriedade* envolvida pela concessão — lá *privada,* e aqui *pública,* pelo que cometeram alguns equívocos na formulação legislativa dos corolários dos enunciados básicos.

25. Um dêsses equívocos transparece nas seguintes palavras da "Declaração de Princípios": "Todos os que estudam os problemas ligados à regulamentação dos serviços de utilidade pública sabem perfeitamente que nos Estados Unidos a prática de quase 40 anos tem demonstrado que o ação do Judiciário tem sido perturbadora e as comissões obrigadas ao esfôrço de concretizar os critérios econômicos da Suprema Côrte, com a sua regra do "fair value", desarrazoada e impraticável".

A crítica seria fundada se em lugar de *serviço privado de utilidade pública,* nos Estados Unidos houvesse, como aqui, *serviço público explorado por via de concessão*. Os ilustres co-

legas condenaram a atitude da Suprema Côrte americana porque não se colocaram em face das realidades a que ela teve de atender.

Considerando que a Constituição daquele país garante, em toda a sua plenitude, o *direito de propriedade* e o de *contrato,* e que as "public utilities" são ali por todos havidas como *négócios privados,* que apenas diferem dos *negócios privados ordinários* por dependerem de outorga de certos privilégios do Poder público e *ipso facto* estarem sujeitos a uma intervenção administrativa que vai além do "poder de polícia", nada mais explicável do que ser por aquela Suprema Côrte exigido que o capital da emprêsa seja o representado pelo "fair value" dos bens que o representam.

E frise-se: a determinação do capital tem ali por objeto sòmente o *cálculo das tarifas,* e jamais o da indenização a pagar-se nos casos de *resgate* ou *reversão*. Os autores americanos, pelo comum, não aludem ao *resgate* e nem sequer concebem a idéia da *reversão*.

E quando Bauer, "not only *from* but *for* the firing line of regulation", combate o critério do "fair value", firmado pela Suprema Côrte, e pleiteia a admissão do "valor de custo", puro e simples "(*net cost of the properties*)", *por ser o único que se não modifica* e sôbre o qual se poderá exercer exato contrôle (*the sole "value" which does not alter and is subject to exact accounting control*), êle sòmente o faz considerando o *capital* como elemento fundamental para o cálculo de *fixação de tarifas*. E assim procede porque nos Estados Unidos dito custo apresenta *valor relativamente constante*. Essencial parece-lhe que, aos que suprem de capital as emprêsas, se assegure uma renda de 7% calculada sôbre as quantias realmente empregadas: *"The rate base and the rate of return should alike rest upon cost"*.

Se alguém lhe fôsse dizer que no Brasil a sua opinião tem servido de argumento em favor do "custo histórico", como base de determinação de tarifas, êle por certo se mostraria surprêso, porque, aqui, *tal custo não reproduz a condição em que se funda o seu parecer,* isto é, a de ser *"the sole "value" which does not alter",* mas muito pelo contrário é de *valor* extremamente variável e variável sempre... para baixo.

Mas, se a mesma pessoa lhe informasse que no Brasil o seu critério do *"net cost of properties"* era ainda admitido como base de cálculo de amortização para os efeitos da *rever-*

são, bem assim para os de *indenização de encampação* ou *resgate* dos bens tangíveis da concessão, o seu espanto não teria limites. Por que? Porque nos Estados Unidos, dado o caráter privado das *"public utilities",* tais figuras do direito administrativo europeu não chegam nem a ser conhecidas, salvo por parte de alguns raros estudiosos do direito comparado. São habituais nas concessões do nosso direito porque se referem a *serviços públicos caracterizados embora nem sempre de modo claro, pela propriedade pública dos seus bens e instalações,* os quais, satisfeitas certas condições, retornam ou revertem do uso e gôzo dos concessionários para a plenitude do domínio do Poder concedente.

De sorte que, não obstante divergindo de algumas expressões usadas pelos ilustres colegas, o projeto, na realidade, ajusta-se de modo perfeito aos intuitos e motivos que as inspiraram, bem como às premissas fundamentais de sua incisiva "Declaração de Princípios".

§ 3.º — *Do custo histórico puro e simples para o custo histórico reajustado*

26. No atinente à determinação do capital, o anteprojeto do Conselho Nacional de Energia Elétrica, apresentado pelo major Hélio Macedo Soares, considerou dois tipos de concessão, os quais, na realidade, equivalem: o primeiro, ao "serviço público concedido"; e o segundo, ao "serviço de utilidade pública". Com efeito, os serviços de uso público *explorados em regime de livre concorrência* (art. 11, II) são equivalentes aos que neste relatório se denominam "serviços de utilidade pública". E nos serviços de uso público *não sujeitos a concorrência,* por efeito de privilégios de área ou de zona, temos algumas das características fundamentais dos "serviços públicos explorados por concessão" (art. 11, I). Ora, no tocante aos primeiros, o ante-projeto determinava que o capital fôsse o "do custo histórico" corrigido pelo "custo de reprodução" da propriedade no momento de cada revisão periódica de tarifas, deduzida a depreciação e a amortização, quando houvesse. Mas, ao referir-se ao "capital" dos serviços do outro tipo, isto é, dos "serviços públicos explorados por via de concessão", estabeleceu êle — o "capital histórico" puro, ou melhor, "o capital efetivamente gasto pelo concessionário para cons-

tituir sua propriedade, desde que em função permanente do serviço".

Nesse particular, os representantes do Conselho Nacional de Energia Elétrica achavam-se unidos aos Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa e Plínio Branco, mantendo, com o rigor da legislação francesa, apoiada sôbre uma moeda pràticamente invariável, o princípio do "custo histórico".

Reportamo-nos à legislação francesa, porque o "custo histórico" sòmente é defendido nos Estados Unidos, país também de moeda de valor pouco oscilante, e isso mesmo por um reduzidíssimo número de publicistas, como critério de *cálculo de tarifas* e jamais como base de *restituição* de capital, para os casos de *resgate ou reversão,* conforme acontece na França.

Seria possível manter, em país de moeda provadamente insegura, como é o Brasil, o critério do "custo histórico" puro e simples, não só para determinação de tarifas, mas, igualmente, para indenização do concessionário nos casos de *resgate ou reversão?*

No seu primeiro trabalho apresentado à Comissão Geral, o Sr. Eugênio Gudin, cujos conhecimentos relativos à matéria são, realmente, dignos da maior confiança e que, por bem saber, escreve com simplicidade e clareza, demonstrou de maneira cabal que "ninguém poderia recomendar o critério do "custo histórico" *"tendo sob suas vistas o diagrama da variação do poder de compra da moeda no Brasil"*. E, por isso mesmo, aconselhava:

"Guardemos um mínimo de lógica. Se não queremos o "custo de reprodução" e se não queremos adotar os elevados padrões de sabedoria da Suprema Côrte Americana, *façamos ao menos como os franceses* (e como sugeriu o nosso ilustre colega Dr. Eugênio de Lucena), *adotando o "custo histórico" corrigido pelo poder de compra da moeda*. A lógica dêsses coeficientes é irrecusável, mas na prática a dificuldade de seu estabelecimento pode dar lugar a erros maiores do que os que daria o critério único do "custo de reprodução".[7]

Os próprios autores do ante-projeto do Conselho reconheceram que não seria possível, no Brasil, fixar o "custo histórico" puro e simples, para todos os efeitos que a Comissão deveria ter em vista, pelo que colaboraram na busca da fór-

7. *Conceito do custo histórico e a variação de valor da moeda,* § 8.º, p. 8.

mula que, sem quebra de princípio, deveria assegurar a eficácia e a justiça de sua aplicação.

Assim procedendo, a Sub-Comissão punha em prática a sugestão do Sr. Eugênio Gudin, que, na espécie, expressava a opinião dos demais subscritores do "Sumário dos Princípios Cardeais", que eram os Srs. Oscar Weinschenck, Alcides Lins, Artur Pereira de Castilho, F. V. Miranda Carvalho e Frederico Burlamaqui, bem como caminhava nas direções seguidas pelos Srs. Lemos Neto, Saturnino de Brito, Ubaldo Lôbo e pelo próprio autor destas linhas.

27. Da transcrição feita já se viu que para o Sr. Lemos Neto o capital deveria ser "o prudentemente investido nas instalações e serviços". Nos parágrafos 14, 15, 16 e 17 do seu trabalho, dá maior amplitude a êsse pensamento, que se define no sentido de que não se poderá deixar de levar em conta "a depreciação interna e externa da moeda nacional", a necessidade de expurgo "dos valores especulativos ou indiretos, como valorizações artificiais de ações e obrigações ou valorizações territoriais devidas a desenvolvimento urbano" ao levantar-se do capital da concessão, que, segundo opina, deve ser "o valor resultante dos elementos do "custo histórico", retificado com o "custo real da produção" e reajustado com "o custo atual de reprodução", de modo que traduza a "importância do investimento prudente, *reajustada por coeficiente que, em cada caso, restabeleça, tanto quanto possível, a equação do poder aquisitivo inicial*" (§ 16, p. 3).

O Sr. Saturnino de Brito, que, à vista da "divergência dos técnicos, dos economistas e dos juristas", justifica os critérios firmados pela Suprema Côrte americana para a determinação do capital da concessão, sugeriu que, para êsse fim, se fixasse "o custo histórico progressivo" e que, para correção das suas variações de valor, se lançasse mão "de acréscimo, positivo ou negativo, de um *coeficiente de reajustamento* às condições econômicas no país, em determinado período de tempo", coeficiente calculado por forma que indiça.

O Sr. Ubaldo Lôbo dividiu o capital do concessionário em "capital fixo" e "capital de movimento". O primeiro seria desde logo considerado "revertido ao Poder concedente", o que importa dizer que seria de propriedade pública, "pertencendo ao concessionário, apenas o *direito creditório negociavel,* na importância dêsse capital, contra o Poder concedente". Mesmo

esse "direito creditório" poderia ser amortizado por meio da cota anual incluída na tarifa. Estabelecido que os bens tangíveis da concessão são, desde o início, de propriedade do Poder concedente, torna-se forçado admitir que o capital nêles invertido seja o do "custo histórico" reajustado.

De seu turno, o autor dêste relatório, por mais de uma vez, teve ocasião de dizer que, no Brasil, uma coisa era o "capital histórico" e outra o "valor histórico do capital", apoiando os que julgavam indispensável garantir-se o *valor monetário* das inversões, ou melhor, os índices de seu poder aquisitivo.

Bem se vê, depois disso, que a Comissão Coordenadora deu satisfatório desempenho à missão que lhe foi confiada, no atinente ao escaldante problema da determinação do capital da concessão.

28. Poderia ela chegar ao mesmo resultado, considerando *privada* a propriedade dos bens tangíveis do serviço? E ao considerá-la *pública* estará ela em conflito com o direito, em geral, e em particular com o direito aplicado entre nós? Perderá com isso a concessão o seu caráter específico? Estabelecido o princípio do "custo histórico", haverá para as emprêsas maior interêsse em manter como privada a propriedade de bens reversíveis?

Eis algumas das questões que ainda nos cumpre esclarecer.

VI. PROPRIEDADE PÚBLICA DOS BENS TANGIVEIS COMO GARANTIA DO CUSTO HISTÓRICO

29. Firmado que o "capital" da concesão seja, para todos os efeitos, o "histórico" e que, amortizado êste, os bens e instalações do serviço "revertem", sem indenização, ao patrimônio de Poder concedente, parece-nos ilógico e inoperante assegurar-se o domínio do concessionário sôbre a *propriedade* tangível por êle explorada.

Mas tal não nos parece apenas ilógico e inoperante, e sim por igual inconveniente, por isso que de futuro poderia dar lugar a malentendidos de proveitosa utilização por parte das emprêsas neles interessadas. Fácil lhes seria argumentar contra a constitucionalidade do texto relativo ao "capital histórico", sob a alegação de que êle colide com o natural desenvolvimento da garantia pela Constituição dada ao "direito de propriedade" (art. 122, n. 14).

O fundamento da impugnação seria o seguinte: — A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à propriedade, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. Ora, se a propriedade dos bens da concessão é *privada,* e do concessionário, a sua encampação ou reversão deverá efetuar-se, não pelo valor declarado das inversões de capital, mas pelo seu valor real, levantado de acôrdo com o valor real que as propriedades privadas tiverem por ocasião da encampação ou reversão. Retirar do patrimônio privado bens que o compõem por preço diverso da média geral dos preços em vigor em certa época equivale à prática de um ato de confisco, fulminado pelo n.º 14 do art. 122 da Constituição. Tal seria o efeito da aplicação do texto, que estatui, como valor da propriedade privada do concessionário, o do capital histórico. Logo, êsse texto é inconstitucional.

E a demonstração da tese seria facílima, uma vez que, nos Estados Unidos, há copiosa literatura, e jurisprudência mais copiosa ainda, talhadas sob medida para seu amplo desenvolvimento.

Porque, precisamente por tratar-se de *propriedade privada,* embora "affected whith a public interest", está a Suprema Côrte dos Estados Unidos obrigada a exigir que a "public utility" não sofra qualquer lesão por parte dos Poderes públicos, salvo de acôrdo com o *processo devido* (due process of law), que, no caso, há de ser o da desapropriação, mediante pagamento prévio da indenização correspondente.

De onde se vê que a tese sustentada por Bauer, no seu livro "Effective Regulation of Public Utilities", carece de fundamento, pelo que, se convertida em lei, esta não sobreviveria ao "toque" fulminante da constitucionalidade. As críticas que formula contra a Suprema Côrte provêm do desconhecimento dos deveres que a ela são impostos pela lei das leis.

Se assim é, ao invés de censuras, as Côrtes americanas merecem louvores pelos esforços de "construção" constitucional que têm empenhado no sentido de atender os efeitos do reconhecimento da *propriedade privada* na esfera de expansão dos serviços e dos interêsses públicos. Pela variação de sua jurisprudência, podemos inferir que se valem de tôdas as circunstâncias para acautelar os interêsses públicos.

Em suma: para que se torne uma realidade, e realidade permanente, o princípio do "capital histórico", parece-nos es-

sencial que os bens tangíveis do "serviço concedido" sejam considerados de "propriedade pública". Considerá-los de "propriedade do concessionário" e querer que conservem o valor histórico, puramente nominal, do tempo de sua aquisição ou instalação, não só como base de cálculo de tarifas mas até mesmo de cálculo de indenizações de resgate ou encampação, afigura-se-nos ilogismo de tamanha iniquidade, nas condições peculiares à vida do Brasil, que não acreditamos na viabilidade do sistema.

30. Talvez seja êsse o equívoco central que se observa na aplicação do Código de Águas. O Código de Águas, ainda uma vez repetimos, depois de declarar de "domínio público" a queda dágua (art. 147) e "reversível" ao patrimônio do Poder concedente a usina montada para aproveitá-la e seus acessórios (arts. 157 e 165), estabelece, com rigorosa lógica, o princípio do "custo histórico" (arts. 166, 167 e 180, II); mas em alguns textos usa de expressões que dizem respeito a um sistema radicalmente diverso, baseado na "propriedade privada" das usinas e instalações, que por isso mesmo não deveriam ser reversíveis, nem mesmo suscetíveis de resgate, naturalíssimo sendo, por conseguinte, que os seus proprietários se beneficiem, inclusive por via tarifária, com a "valorização" direta das obras e instalações por êles executadas e com a indireta, decorrente das valorizações gerais, de caráter regional ou nacional. Eis porque oferecem tão enérgica resistência à sua aplicação.

O estrepitoso alarido levantado entre os partidários do "custo histórico" e do "justo valor atual" provém dêsse mesmo vício de sistema. Os primeiros baseiam-se no Código de Águas e nas leis relativas a concessões de portos e de estradas de ferro, leis que, na realidade, não transferem ao concessionário o domínio dos bens e obras concernentes ao serviço, mas, apenas, o direito de *usá-los* e *gozá-los,* isto é, de retirar de sua exploração um lucro, que reproduza e remunere satisfatòriamente o capital empregado; mas, não obstante assim apoiados, discutem lançando mão de argumentos que só teriam razão de ser se os concessionários estivessem garantidos com aquêle *domínio*. Os segundos sabem que, em sua maioria, as nossas concessões de "serviços públicos" são do tipo tradicional por-

tuário; mas, porque sempre mantiveram obscurecida a natureza da propriedade dos bens da concessão e porque os serviços de eletricidade e de telefones em sua maior parte ficaram no regime da *propriedade privada,* valem-se do ensejo para se furtarem aos efeitos do reconhecimento da *propriedade pública*. Por isso, com habilidade e argúcia, procuram tirar partido da confusão, que lhes será sempre vantajosa. A uns e outros devemos o hibridismo das interpretações que esterilizam o Código de Águas, bem como já devíamos a infeliz enxertia do direito americano, relativo às "public utilities", no tronco em que frutificava o nosso direito peculiar aos "serviços públicos explorados por concessão".

Ora, se está ao nosso alcance, pelo menos em relação às concessões de portos, estradas de ferro e a tôdas as concessões de serviços urbanos reversíveis, tornar líquido e certo que *pública* é a *propriedade* de seus bens e instalações, e que daqui por diante igualmente *pública* será a propriedade de serviço público concedido de qualquer natureza, porque havemos de perder a ocasião de fazê-lo, dessarte atalhando tôdas as polêmicas que, a propósito, teriam de travar-se agora e sempre?

Uma simples leitura, seguida e atenta, das nossas leis e decretos concernentes a concessões de estradas de ferro basta para nos convencer de que sòmente à falta de uma declaração categórica sôbre a propriedade dos bens de serviço concedido devem ser atribuídas às inúmeras dúvidas levantadas sôbre a verdadeira natureza dos direitos reclamados, muitas vêzes infrutíferamente, pela Administração concedente. Bem o demonstrou, na Comissão Geral, o culto e probo Dr. Eugênio Lucena, ainda como Consultor Jurídico do Ministério de Viação.

Mantido, como regra fundamental, que o contrato assegura ao concessionário os direitos que expressamente lhe outorga e que, fora das limitações contratualmente admitidas pelo Poder concedente, êste conserva tôda faculdade ou direito não concedidos ou limitados, claríssimo se faz que a *propriedade do concessionário sôbre os bens da concessão sòmente existirá quando inequívocamente reconhecida*. Em materia de concessão de obras e serviços públicos os casos duvidosos se resolvem a favor do Poder que resguarda o interêsse público, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal.

VII. ORIENTAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTINENTAL EUROPEU

31. Se o fizermos, estaremos em conflito com a prática jurídica e administrativa dos países cujos exemplos de ordinário seguimos?

Quanto à referida prática, responderão por nós alguns autores americanos, dado o crédito em que são tidos pelos nossos mais ardentes polemistas das frentes do "custo histórico" e do "justo valor atual".

Com efeito, nos Estados Unidos, os "serviços" que nós aqui no Brasil denominamos "públicos concedidos" são também considerados de "propriedade pública", mas, por serem de numero muito escasso no território americano, são de preferência estudados na Europa, onde, pelo contrário, preponderam.

E' o que fàcilmente se deduz do artigo sôbre "Public Utilities", de autoria de Carl Brinkmann, publicado na "Enciclopédia de Ciências Sociais", vol. 6.º, pág. 674 e seguintes.

Segundo Brinkmann, o que, em matéria de serviços ao público, distingue o "método americano" do "método europeu" é precisamente o caráter jurídico da *propriedade* em que se baseiam, *propriedade* que é *privada* nos Estados Unidos e *pública* na Europa. A diferença explica-a êle por motivos ligados à história e à mentalidade dos respectivos povos.

Os motivos esclarecedores da predominância da "public ownership" na Europa, expõe-nos Binkmann a partir da pág. 683 do mesmo tomo da "Enciclopédia".

32. Referindo-se à França, em cuja moderna legislação sôbre aproveitamento industrial de quedas dágua assenta o nosso Código de Águas, diz o autor que as velhas tradições estatais ou, talvez melhor, autoritárias da Monarquia e da Revolução, recobertas pela idade da construção e financiamento de estradas de ferro privadas, estão sendo reavivadas pela nova era da eletricidade. Eis as suas próprias palavras:

"Thus in France the old statistic traditions of the Monarchy and the Revolution, thrust into the back ground by the age of private railway building and banking, have revived by the new age of electricity".[8]

---

8. Ob. cit., p. 684.

Advirta-se, porém, que no relativo a estradas de ferro, elas, na França, jamais foram consideradas de "propriedade privada", segundo informa Hauriou com o apoio de todos os mestres, modernos e antigos, do direito administrativo francês: "Il faut savoir que les systèmes les plus divers ont été pratiqués dans différents pays, depuis la construction par des entreprises privées *qui sont propriétaires de la voie* (Angleterre, Etats-Unis) jusqu'à *la construction et à l'exploitation directe par l'État* (Belgique, Prusse, etc). Le système français se présente comme un *type intermédiaire,* réalisant la combinaison de l'initiative privée et de l'intervention de l'État, *grâce au principe de la concession de travaux publics* et des conventions financières; mais les conditions de cette combinaison ne sont précisées que très lentement".[9]

Historiando, de maneira sucinta, o desenvolvimento do sistema, demonstra Hauriou que, de 1832 a 1859, "il fut décidé que les chemins de fer ne seraient pas abandonnés à l'initiative privée, qu'ils ne seraient pas non plus construits et exploités par l'État; *qu'on adopterait le système intermédiaire de la concession des travaux publics;* que l'État donnerait son concours financier et aurait la police de l'exploitation". Tal era o disposto nas leis de 11 de junho de 1842 e de 15 de julho de 1845, que inspiraram a nossa legislação básica de portos e estradas de ferro, o que, igualmente, sucedeu com a lei francesa de 11 de junho de 1859, destinada a estimular a construção da "rede secundária" de estradas de ferro, mediante garantia de juros, e com a lei de 20 de novembro de 1883, que admitiu a participação do Govêrno na própria construção da estrada e a outorga de uma *garantia de renda mínima,* providências essas que deveriam acelerar a construção da chamada "terceira rede". O estudo comparativo das leis francesas citadas e das nossas leis de portos e estradas de ferro que lhes foram contemporâneas comprova, à saciedade, que os nossos Governos, seguindo o exemplo da França, se limitaram a adaptá-lo ao que nos era peculiar, se bem que o fazendo com lamentável imprecisão de linguagem.

Vejamos, porém, como Hauriou conclui o seu histórico: "Vers 1950, les 30.000 kilomètres exploités que représentent les cinq réseaux et les ceintures *feront retour à l'état completement amortis,* car, détail qu'il ne faut pas oublier, les com-

9. *Préc. de Dr. Ad.*, 1927, ps. 802-803.

pagnies amortissent tout le capital employé à la construction, *même celui qui répresentent la contribution de l'État aux travaux neufs*: cet amortissement sera terminé vers 1950. Si l'État veut exploiter lui-même il n'aura qu'à racheter le matériel roulant.[10]

A *reversão* não mais se efetuará na data indicada por Hauriou, porque de 1921 a 1937 o Govêrno tomou várias providências sôbre as suas concessões de estradas de ferro, culminadas pela criação de uma grande sociedade de economia mista, sob forma anônima, da qual se constituiu maior acionista, e de cuja administração participa: a "Société Nationale des Chemins de Fer Français". O presidente de seu Conselho Administrativo é de nomeação do Govêrno. O diretor geral e o diretor adjunto do serviço ferro-viário são de nomeação do Presidente do Conselho Administrativo, em acôrdo com o Ministro. As ações são inalienáveis e incessíveis. *O ativo da sociedade reverterá ao Govêrno, findo o prazo da concessão*.[11]

Bem se vê que Brinkmann, à semelhança dos demais autores americanos, não percebeu os traços característicos da "concessão" do tipo francês, *entre os quais o fundamental reside na propriedade pública dos bens e instalações de serviço e na sua exploração privada.* Claro é que o material rodante exige renovação contínua; e se os contratos relativos à concessão previrem o seu custeio pelo próprio público, como está estabelecido no projeto por êste justificado, nem mesmo essa espécie de propriedade terá de ser readquirida pelo Govêrno.

33. Mas Brinkmann acertou quando disse que as velhas tradições autoritárias estavam sendo reavivadas na França "by the new age of electricity". Efetivamente, segundo se vê do comentário de Paul Garnier, confirmado por Paul Belluteau, o Conselho de Estado, da França, depois de um período de hesitações, acabou afirmando que as "concessões de aproveitatamento de quedas dágua", criadas pela lei de outubro de 1919, "ont le caractère de travaux publics", pelo que *"les ouvrages sont édifiés pour le compte de l'État à qui ils doivent faire retour gratuit en fin de concession"*.[12]

---

10. Ob. cit., p. 804.
11. Louis Rolland, *Précis de Dr. Ad.*, 1938, p. 567 e segs.
12. Paul Garnier, *Le Cahier des charges de concess. de chute d'eau*. 1931, p. 13: Paul Belluteau, *La Nature Juridique des Travaux d'Aménegement des chutes d'eau*, 1930, p. 92.

Todo o artigo de Brinkmann, na parte relativa à Europa, gira em tôrno da índole "públic" da "propriedade" do serviço e de seus bens, por isso que, para o americano, a *propriedade privada* não admite restrições incompatíveis com a sua substância.

A concessão do tipo francês, também adotado em nossas leis básicas de portos e estradas de ferro, não lhe merece exame especial. Estende-se, porém, sôbre diferentes formas de "mixed ownership", tentadas na Alemanha, na fase das experiências de socialização, decorrentes da vigência da Constituição de Weimar, e sôbre as "public corporations" do sistema inglês.

34. Do que escreve sôbre a "public corporation" britânica se infere que, sem embargo de tratar-se de um negócio público instituído sob forma diversa da "concessão de serviço público", tem idêntico objetivo e resulta nos mesmos efeitos. Visa a associação do *capital privado* ao *capital do Estado* e ao representado *pelo valor econômico de suas prerrogativas de império* e conduz à *propriedade pública indireta* dos bens tangíveis dos serviços respectivos . Diz êle que, como alternativa da *propriedade pública,* na Inglaterra o regime favorito, para os serviços de utilização geral, é o da "public corporation". Nesta, esclarece, conquanto a *propriedade do capital* seja pelo comum *privada,* a sua renda é limitada pelos juros do Tesouro, e a sua administração confiada a funcionários especialistas, *nomeados pelo Govêrno*. Eis o texto em sua forma original:

"Aproximately the same stage of development has been reached in England from another direction. As an alternative to public ownership, the favorite device of utility is the public corporation; here, although *ownership of capital is largely private,* the return is limited to a fiscal interest charge is thus assimilated to bond ownership, *while management is placed in the hands of expert government,* apointees for the especific purpose of evading democratic party influence".

O sistema afigura-se-lhe teòricamente superior ao preferido pela Alemanha, "of merging both as private shareholders under an elective management"...

A julgar pelo que assevera, há na Grã-Bretanha enormes interêsses submetidos ao sistema indicado, inclusive os referentes aos portos de Londres e Liverpool e à British Broadcasting Corporation. Patenteia-se, dêste modo, que nêle os bens do serviço sòmente na aparência são de *propriedade privada,* uma

vez que não dão lugar a livre exploração de lucros, nem sob a *forma de valorização,* nem mesmo *de dividendo,* apenas proporcionando aos portadores de *títulos de capital* uma renda equivalente aos da dívida pública, sendo, além disso, livremente administrados por agentes do Poder Público.

O mesmo Brinkmann informa que, na Alemanha do após guerra, os serviços de utilização pública que ainda se conservavam sob o regime de propriedade privada foram quase todos transformados em serviços de *propriedade pública,* quer por via de encampação quer por meio *de sua transformação obrigatória em emprêsas de economia mista.* E tal se deu com o assentimento imediato dos interessados, porque só assim poderiam ser favorecidos com a imunidade fiscal inerente aos serviços públicos...

35. Mas, o que se torna de palpitante interêsse para nós é observar que o próprio John Bauer, desiludido já das possibilidades de eficiência do denominado "effective regulation system", afirma, na parte que lhe coube do exame do problema da "public utility", na "Enciclopédia de Ciências Sociais",[13] que a única solução que lhe parece recomendável é a "public corporation organized and managed with respect to public objectives, without divergence between public and private purposes", acrescentando: "If this is not brought about, there is the alternative *of direct public owner ship and management. It many follow the Ontario patern".* [14]

Ora, ao lado da "public corporation" e da "public ownership and management", há o sistema francês de concessão, que sempre foi seguido no Brasil, no qual há "public ownership" e "private management", de sorte que harmônicamente se compõem os interêsses públicos ligados à organização e ao funcionamento do serviço e os interêsses privados inerentes à aplicação lucrativa de capitais.

36. Do ponto de vista da propriedade dos bens e instalações dos serviços, que diferença haverá entre o sistema francês e o da "public corporation"? Tão sòmente esta: no primeiro, a propriedade pode ser considerada pública a partir da outorga da concessão, mas a emprêsa, que é particular, exerce sôbre ela, por longo prazo, um "direito de uso e gôzo", ou

13. Vol. 6.º, ps. 678-683.
14. Idem, p. 683, II.

melhor, de *exploração contratada;* no segundo, a propriedade transfere-se à emprêsa, mas esta é que é "publica", pelo que o Govêrno: ou participa do seu capital e controla a sua administração, ou explora, êle próprio, o capital privado, reduzindo-o a simples condição de financiamento, uma vez que também nomeia os encarregados de sua aplicação.

Se, como sucede nos países de cultura latina, o perigo a evitar, no atinente aos serviços industriais do Estado, reside na carência de capacidade administrativa do Poder Público, a solução mais aconselhável consiste em conservar-se como "pública" a "propriedade" dos bens do serviço e confiar a sua "administração" a emprêsas privadas que se organizem para "explorá-lo", tal como se fêz no projeto. Êste, contudo, não impede, antes sugere, a adoção, em determinados casos, do sistema representado pelas sociedades de economia mista, sistema já experimentado entre nós, conforme se vê da organização do Banco do Brasil, da Companhia Siderúrgica Brasileira e da Vale de Rio Doce, S. A.

37. O "Ontario system", e quem o diz é ainda Bauer, compõe-se de uma "public corporation" — a "Hydro-Electric Commission of Ontario", que tem a "propriedade" e a "administração" de tôdas as usinas geradoras e linhas de transmissão da província. O custo de tal propriedade era em 1930 de cinco milhões e duzentos mil contos de réis. As Municipalidades e distritos especiais de consumo recebem a energia *pelo custo,* no qual se incluem cotas correspondentes aos juros e amortizações dos empréstimos levantados para a montagem do serviço, à depreciação e ao custeio desta, e outras despesas locais. As tarifas cobradas do público são calculadas sôbre a *conta de custo,* fornecida pela Comissão; conta que compreende não só o *seu custo de entrega* de energia, mas ainda o *custo local de distribuição,* no qual se incluem juros, amortizações e despesas relativas à última fase do processo: a da entrega da energia ao consumidor. Em suma: a "Hydro-Electric Commission of Ontario" é um *órgão oficial* de economia privada, que levanta fundos de subscrição pública para construção de usinas e redes de eletricidade, e vende energia pelo custo às cidades, vilas e centros rurais de Ontário, cujas tarifas de distribuição local também controla.[15]

15. Ob. cit., p. 678.

O sistema parece inaplicável a serviços de portos, estradas de ferro, carris urbanos, águas e saneamento, embora seja recomendável para os de gás, energia elétrica e telefones, sem embargo dos inconvenientes que lhe são apontados. Êstes resumem-se no favoritismo, praga difícilmente irradicável dos serviços públicos industriais e que se manifesta pela desnecessária ampliação dos quadros de pessoal, pelos atos de movimentação e promoção dêste, bem como pela distribuição de vantagens e exceções a certos elementos do público servido.

38. Dos autores convidados a colaborar na *Encyclopedia* o que especialmente estuda a "government ownership" é Stacy May.[16]

Depois de acentuar que *"there are indeed few lines of economic activity which have not been undertaken, by some branch of government in some part of the world"*, demonstra que, exclusão feita dos Estados Unidos, *"considerably over one half of the remaining railroad mileage of the world is under public ownership"*.[17] Repare-se que o autor não diz *"under public ownership and management"* e sim, apenas, *"under public ownership"*, dessarte incluindo o sistema francês e outros equivalentes. Idênticamente refere-se à propriedade dos serviços locais de abastecimento dágua, carris urbanos e produção e distribuição de energia elétrica, para declarar que a *"municipal ownership" "is very common in all lands and either rivals or surpasses in magnitude private ownership in the field"*, sem mesmo esclarecer que em muitos países se exercita sob administração privada ou indireta.

Demora-se a expor o que se tem passado na Alemanha com os serviços correspondentes às *"public utilities"* americanas, ali submetidos ao regime de "economia mista", atestando que *"railroads and telephone and telegraph systems are the more important of the enterprises conducted by the larger units of government"*. No campo da energia elétrica, são as municipalidades que constituem os órgãos públicos mais numerosos: *"Althogether about 70 percent of the electrical output of public supply undertakings in Germany is either wholly or partially owned by units of governments*.[18]

---

16. Vol. IV, ps. 111 e segs.
17. Op. cit., p. 112.
18. Op. cit., p. 114.

Infelizmente, os autores americanos pelo comum não compreendem o sistema francês, de "propriedade pública" e "exploração privada", por isso, referindo-se à França, Stacy May se mostra vago e incerto. Entretanto, ao aludir ao serviço de gás de Paris escreve:

"Even in the case of municipal undertakings *the leasing of government owned plants*, wuch as the gas works of *Paris, to private concessionarie companies has been more common than direct operation by government departments or agencies*".[19]

E, há, para isso, uma razão poderosa. Nos Estados Unidos sòmente agora o direito administrativo começa a existir como disciplina jurídica de esfera própria e definida.

Ao publicar, nos derradeiros anos do século passado, o compêndio *Comparative Administrative Law,* F. J. Goodnow julgava-o indispensável porque havia "completa falta de obras em inglês sôbre *direito administrativo,* considerado *em seu conjunto*" ao passo que era riquíssima a literatura européia sôbre a matéria. E Harvey Walker, no *prefácio* do seu ótimo livro *Public Administration in the United States,* publicado em 1937, adverte que, depois de haver o ensino de *ciência política,* nos colégios e universidades americanas, obedecido, por longos anos, a um padrão fixo, sòmente nos derradeiros tempos tem havido entre os professôres daquela matéria a preocupação de distinguir das funções de govêrno, pròpriamente ditas, as de caráter administrativo. Essa distinção atinge neste momento, por fôrça da política renovadora do Presidente Roosevelt, a sua fase aguda, tal como demonstra J. Roland Pennock, em páginas vigorosas (*Administration and the Rule of Law,* 1941), através das quais se observa que, sòmente na hora atual, os Estados Unidos começam a alcançar, com a extensão do seu "administrative power", aquêle alto grau de evolução jurídica a que chegáramos a partir do 2.º Império e do qual regredimos por efeito do pertinaz esfôrço desenvolvido precisamente por algumas das nossas grandes emprêsas de serviços públicos concedidos.

---

19. Op. cit., p. 116.

VIII. O PROBLEMA NO DIREITO INTERNACIONAL. CONCESSÃO DO TIPO COLONIAL

39. Os autores americanos quase não escrevem a palavra *"concession"*. Usam de preferência os vocábulos — "franchise", "license", "patent", "charter", "monopoly", "grant" "approbation" e "admission". Os que se dedicam aos estudos de direito internacional, sim, costumam reunir aquêles diferentes atos administrativos sob o têrmo comum "concession". No seu espírito, tal palavra corresponde, de ordinário, a idéia da *concessão do tipo colonial*. Torna-se, por isso, interessante a leitura do artigo "Concessions", da já referida *Encyclopedia de Ciências Sociais,* escrito por Ernest H. Feilchenfeld.[20]

Depois de separar as concessões cuja base "is a unilateral public act", daquelas cuja base "is a public law contract", adverte: "The strongest type of legal protection exists where the concession is created *through a private law contract* and where therefore the *two parties are treated more nearly as legal equals*".[21]

E aí se descobre a razão do interêsse vital entre nós ligado pelas emprêsas estrangeiras aos seus contratos, que sempre timbraram em considerar de exclusiva índole civil...

Referindo-se aos direitos do concessionário, o autor evidencia a distinção fundamental entre os de aquisição de *bens materiais* e os de aquisição de *direitos de exercício de certas atividades lucrativas,* para dizer que os da segunda espécie são os principais, *verbis*: "In law a fundamental distinction exists between rights concerning the having or the acquiring of tangible things or other objects (*jura habendi*) and rights which consist in the permission to engage in a certain kind of activity such as patents (*jura faciendi*). The principal rights of a concession hold are always of the latter type".[22]

Mas êsse direito específico freqüentemente se faz amparar por inúmeros outros direitos subsidiários, que são os de *ocupação do domínio público, desapropriação, imposição de servidões, isenções tributárias* e outros que temos visto em nossos atos e contratos relativos a concessões. Entretanto, não devem êles ser considerados incluídos na concessão, que sò-

---

20. Vol. II, ps. 154 e segs.
21. Ob. e vol. cits, p. 155.
22. Obs. e vol. cits., 155, II.

mente abrangerá os que forem realmente essenciais à existência do direito que se fêz seu objeto.[23]

Um ponto do artigo que resumimos merece especial realce: aquêle em que o autor reconhece que o concessionário pode ser obrigado a *pagar ao Poder concedente* o exercício do direito concedido, sobretudo nos casos de concessões monopolísticas, *verbis*: *"In addition the garantee may be obligated to make payments to the granter especially in cases of monopolistic concessions"*.[24]

40. Ora, ao invés de contribuições que justa e largamente remunerassem o Poder público pela concessão da exploração monopolística de alguns dos nossos portos, e de algumas de nossas estradas de ferro, de alto rendimento, e de muitos serviços urbanos situados nos centros de maior desenvolvimento do país, em posição de exclusividade, de direito ou de fato, verificamos que as emprêsas que os exploram, nada têm pago, nem mesmo os impostos que o princípio constitucional da igualdade estende a tôdas as pessoas naturais ou jurídicas existentes no território da Republica.

E porque isso acontece? Será por ventura porque o Brasil não tenha possuído administradores nem equiparáveis aos da África, do Oriente ou da Polinésia, que sabem exigir pagamento pelas concessões que outorgam? Ou será porque os nossos administradores, de mentalidade ajustada à índole das concessões recebidas do Império, sempre tiveram por entendido que a contra-prestação da concessão era a entrega a têrmo das obras e serviços explorados?

Se abrirmos mão do princípio fundamental em que assenta o projeto, a saber, de que o objeto da concessão não é a *propriedade dos seus bens tangíveis* (*jura habendi*) e sim *a do capital realmente invertido e dos privilégios outorgados* para a construção da obra ou para a organização e exploração do serviço (*jura faciendi*), estaremos rebaixados a uma condição inferior à dos países das regiões classificadas como de *exploração colonial,* porque nestes as emprêsas concessionárias *pagam o direito de exploração que desfrutam* ao passo que no Brasil nada pagam, nem mesmo impostos, mas pelo contrário recebem auxílios, subvenções e garantias de juros.

---

23. Ob. e vol. cits., p. 155, II.
24. Ob. e vol. cits., p. 155, fim.

Se para montar uma loja nas esquinas de maior movimento do Rio, de S. Paulo, Recife e Pôrto Alegre certas firmas têm de pagar ao proprietário ou locatário anterior enormes "luvas", imagine-se que "luvas" não deveriam ser exigidas das emprêsas que exploram, sem concorrência e com direitos de exclusividade, os serviços de portos, estradas de ferro das nossas regiões de maior progresso e os urbanos de gás e de energia elétrica das nossas grandes cidades.

Dir-se-á que as hipóteses são muito diversas, visto que as firmas imaginadas vendem suas mercadorias pelos preços que querem, ao contrário das emprêsas submetidas aos limites das tarifas aprovadas. Não são tão diversas como parecem. Os preços das firmas imaginadas estão contidos pelos das casas concorrentes. O seu lucro avulta porque o ponto lhe assegura *maior volume de vendas*. Os das emprêsas de serviços públicos de seu turno são tarifados, mas com margem suficiente para amortização do capital empatado. E o *volume de seus negócios,* por fôrça da exclusividade de fato ou de direito, torna-se o maior possível, totalizando o movimento do "público" dêles dependente.

41. Alguns ingênuos poderão redarguir: a contra-prestação da emprêsa que obtém a concessão é a montagem e custeio do serviço. De modo algum; tal montagem e custeio não podem atuar como contra-prestação, porque são a condição *sine qua non* da existência do negócio.

Se conseguimos de um régulo da Polinésia o monopólio da exploração de um pôrto, de uma estrada, de uma ponte, com o direito de os considerar de nossa propriedade, êle de nós exige uma contra-prestação em dinheiro, entregue de uma vez ou por meio de pagamentos periódicos. E nós efetuamos as construções necessarias e organizamos os serviços convenientes, porque sem as obras e os serviços não nos seria possível arrecadar a renda prevista. Executamos o serviço na forma indicada pelas autoridades administrativas, porque elas nos transferem certas delegações de poder que tornam pacífica a exploração do negócio. Sem o aspecto de serviço garantido e fiscalizado pelo Govêrno, o régulo em causa não poderia outorgar-nos a concessão, nem nos conviria obtê-la, à vista da natureza de certos riscos que poderíamos correr. Mas a contra-prestação do direito de explorar, como coisa nossa, a obra ou serviço concedido, nós a teríamos de pagar de qualquer forma.

No Brasil, tais concessões foram e são outorgadas *sem contra-prestação em dinheiro* e até mediante contribuições diretas ou indiretas do Poder concedente, *porque a contra-prestação reside na devolução da obra e do serviço, findo o prazo da concessão*. Por isso, o Poder concedente exige apresentação de projetos, estuda-os, emenda-os e fiscaliza a sua execução, assim como regulamenta e fiscaliza o serviço prestado ao público. Assim procede: 1.º) porque a obra é de sua encomenda e propriedade e deverá ser incorporada ao domínio público; 2.º) porque o "serviço" é "público" e deve ser executado como tal.

42. Feilchenfeld estuda ainda outros problemas de direito internacional, relativos às concessões, notadamente os de sua *anulação ou cancelamento,* por fôrça de *poder constituinte* ou de *absolutismo monárquico,* bem como os da *modificação dos respectivos regimes* legais, pelos órgãos legislativos ordinários. Eis o que escreve: "The modern constitutions provide for the cancelation of confiscation of private rights. Concessions acquired in the face of such provisions are necessarily precarions from the out-set, *and a bona fide cancelation is a lawful exercise of reserved government powers*. Similar problems have arisen in the past in case of concessions and other rights granted by absolute kings and independent native rulers possessed of the right to destroy private rights at any time.

Relativamente às alterações de regime legal e seus efeitos sôbre as concessões existentes, declara: *"The illegality under international law of the application of such laws to foreign concessionaires is a highly controverted questions",* o que quer dizer que é de apreciação muito elástica...

Isso pôsto, devemos considerar assentado que por via *constitutinte* poderão ser *anuladas* tôdas as concessões existentes, uma vez que o sejam por motivo superior, ligado aos interêsses da Nação; e que, por *via de legislação ordinária,* o estatuto legal das concessões pode ser alterado por idêntico motivo.