

A fixação das tarifas na concessão do serviço de utilidade pública

JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO

A questão da fixação de tarifas nos contratos de concessão de serviços de utilidade pública foi objeto de um Juízo Arbitral, instituído pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e a Companhia Telefônica de Minas Gerais.

O fato, que determinou a instauração do juízo arbitral, teve, à época, ampla repercussão, focalizado que foi por toda a imprensa de Minas. Prendia-se à pretensão da concessionária de fazer elevar as tarifas dos seus serviços, à qual se opunha a municipalidade, gerando-se, assim, uma situação intranquilizadora para a população da cidade e as partes interessadas.

Recorreram estas, então, ao Juízo Arbitral, previsto no contrato de concessão, e neste foram proferidos os votos que a seguir transcrevemos, tendo sido a decisão do Juízo Arbitral homologada por sentença do Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda, dr. Edésio Fernandes, com a qual as partes se conformaram.

VOTO DO ARBITRO DR. CARLOS MEDEIROS SILVA:

I

1. — O regime vigente da exploração dos serviços de telefones na cidade de Belo Horizonte tem sua origem na lei n. 882, de 27-1-1925, do Estado de Minas Gerais, que, no art. 1º, "a", autorizou o Govêrno, "a entrar em acôrdo com a Companhia de Eletricidade e Viação Urbana de Minas Gerais para rescindir ou renovar os contratos existentes, podendo fazer qualquer operação de crédito que fôr necessária para ampliação dos serviços, e dar as garantias precisas".

2. — Com base nesta autorização legislativa, o Governo do Estado contratou o serviço com a Companhia Telefônica Brasileira, conforme termo lavrado, aos 12-4-1929, no livro próprio, existente na Secretaria de Finanças e, posteriormente, publicado no órgão oficial (“Minas Gerais”, 25-4-1929).

3. — A cláusula XVI do contrato autorizou a Companhia Telefônica Brasileira a transferir a concessão e todos os seus bens, à outra Companhia, “ficando reciprocamente mantidos entre a sua sucessora e o Governo do Estado todos os direitos, obrigações, ônus e vantagens desta concessão.”

4. — Substituído, como o foi, o Estado de Minas Gerais pela Prefeitura de Belo Horizonte, como poder concedente, por força de disposição constitucional, a Companhia Telefônica Brasileira transferiu, por sua vez, o contrato à Companhia Telefônica de Minas Gerais, na conformidade da aludida cláusula contratual e do disposto na Lei Municipal n. 330 de 30-3-53 e do Decreto n. 275, baixado pelo Prefeito, em 13-11-53, mediante termo lavrado aos 11 de novembro de 1953.

5. — Em virtude da transferência, a Companhia Telefônica de Minas Gerais tornou-se “a única e exclusiva titular de todos os direitos, obrigações, ônus e vantagens decorrentes do contrato de concessão, no tocante à exploração do serviço local” (cl. II) e permaneceram inalteradas e em pleno vigor “tôdas as demais cláusulas, condições e termos constantes do contrato de concessão” (cl. VII).

6. — Entre as cláusulas ajustadas, tem particular interesse, para solução da controvérsia submetida ao Juízo Arbitral, ora instaurado, a de n. VIII assim redigida:

Cláusula VIII

“Durante o prazo desta concessão a Companhia Telefônica Brasileira terá direito a um lucro mínimo anual de 9% (nove por cento) sobre o capital empregado na rede de Belo Horizonte, depois de deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação. No caso da renda anual, do serviço local, uma vez deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação, não apresentar lucro de nove por cento, a Companhia Telefônica Brasileira poderá, mediante simples aviso, aumentar os preços de seu serviço, a fim de que a “dita” renda alcance a taxa acima especificada, ficando entendido, entretanto, que o preço médio dos serviços da rede local de Belo Horizonte não excederá nunca

ao preço médio cobrado pela Companhia na cidade do Rio de Janeiro para serviços semelhantes, vigente ao tempo em que estipular o aumento”.

7. — Na mesma cláusula, em três parágrafos, foram inseridas normas para a determinação do custo do serviço e fixação das respectivas taxas, bem como as de depreciação, com remissão à prática norte-americana das I.C.C.

8. — Para os doze primeiros meses de exploração do serviço foram fixadas, desde logo, as respectivas taxas (cláusula IX) ficando esclarecido que a tarifa inicial era provisória e tinha por objetivo servir de base ao cálculo de outras, condizente com o lucro assegurado na cláusula anterior, *in verbis*:

“a fim de que se determinem as taxas exatas necessárias para dar à Companhia o lucro especificado na cláusula oitava”.

II

9. — Em 25 de novembro de 1954, a Companhia Telefônica de Minas Gerais dirigiu ao Sr. Prefeito, um ofício, recebido no Gabinete de S. Exa. aos 3 de dezembro do mesmo ano, no qual propôs novas tarifas para o serviço telefônico.

10. — Invocou, de início, a Companhia, a cláusula VIII do contrato e informou que, nos termos da mesma cláusula, a tarifa a ser cobrada não excedia à vigente na cidade do Rio de Janeiro.

11. — Como justificativa de sua proposta, a Companhia disse que o novo salário mínimo, decretado pelo Governo Federal, e que começou a vigorar em julho de 1954, provocou considerável aumento de suas despesas, ainda não compensadas por tarifas novas. E, no momento, acabava de ajustar, com o Sindicato de seus empregados, outro aumento salarial. Para cobrir tais encargos é que necessitava de nova fonte de receita, através o reajustamento das tarifas.

12. — Fêz acompanhar o expediente de dados contábeis, relativos ao segundo semestre de 1953, ao exercício de 1954 e estimativas para o primeiro semestre de 1955.

13. — Segundo os cálculos da Companhia a nova tarifa proposta viria assegurar-lhe a renda anual mínima prevista na cláusula VIII do contrato. O aumento seria da ordem de 32,3% e, ainda assim, permitiria a cobrança de preços inferiores aos vigentes na Capital Federal.

14. — Aos 10 de janeiro de 1955 a Companhia reiterava ao Sr. Prefeito o seu propósito e solicitava a concordância de S. Exa. E, 4 dias após, obtinha a Companhia a resposta de que o Sr. Prefeito era “simpático à pretensão de seus empregados”, mas que iria nomear um comissão para estudar o assunto.

15 — Em 27 de janeiro de 1955, entretanto, o Sr. Prefeito dirigiu à Companhia ofício do teor seguinte:

“Em aditamento à carta n° 10-55, de 14-1-1955, estamos, em princípio, de acôrdo com o aumento de tarifas pleiteado por essa Companhia a fim de fazer face ao aumento salarial de seus empregados, “ad referendum” da Comissão que será nomeada para estudar a questão em todos os seus pormenores, cujas decisões serão examinadas com o cuidado e a isenção que o caso requer”.

III

16. — O novo Prefeito, aos 15 de março de 1955, baixou a Portaria n. 548, considerando os têrmos do ofício transcrito, de seu antecessor, e a proposta do Departamento de Fiscalização, e, ainda,

“tendo em vista o disposto na cláusula VIII de concessão do serviço telefônico”,

designou uma Comissão para proceder à verificação das contas da Companhia,

“relativas ao exercício de 1954, oferecendo em seguida parecer sôbre o pedido de aumento de tarifas pela mesma formulado”.

17. — O perito, incumbido da verificação, concluiu que no exercício de 1954 o resultado líquido foi de 9,72. Esclareceu, entretanto, que a majoração compulsória do salário mínimo, imposta no segundo semestre de 1954, representou, para a Companhia, um acréscimo de despesa de Cr\$ 1.118.921,00, que foi computado nos cálculos que deram como resultado do exercício, a taxa de 9,72.

18. — Levando em conta os aumentos salariais, disse, ainda, o mesmo perito oficial:

“Pelo exposto neste item o acréscimo da despesa referente aos ajustes para o novo salário mínimo e novos aumentos de salários e ordenados, importa no total de Cr\$ 6.211.089,60, por ano, inclusive abono de Natal.

Representa a parcela acima um acréscimo de 61,9% sobre o total da despesa do exercício de 1954”.

19 — A Comissão aceitou a verificação contábil de seu delegado e membro; depois de considerações preliminares assim concluiu o seu parecer:

“Face a todos os elementos recolhidos no exame das contas da concessionária relativamente ao ano de 1954 (mil novecentos e cinqüenta e quatro) e ainda mesmo desprezadas aquêlas divergências acima apontadas, e considerando que, nos termos da cláusula VIII do contrato em vigor, o aumento de tarifas só terá lugar no caso em que, após a constatação do resultado económico-financeiro de cada exercício encerrado, resultar como remuneração do capital médio remunerável, invertido na exploração dos serviços urbanos, taxa inferior a 9% (nove por cento), a Comissão é de parecer que havendo aquela taxa de remuneração alcançado 9,72% (nove e setenta e dois por cento) no exercício findo de 1954, insubsistem razões que autorizem o reajustamento de tarifas pleiteado pela Concessionária Companhia Telefônica de M. Gerais S. A.”

20 — Com esta conclusão concordou o Dr. Procurador Geral, aditando considerações de ordem jurídica, que adiante examinaremos.

21 — O Sr. Prefeito, reportando-se aos citados pareceres, e à cláusula VIII do contrato, denegou o reajustamento de tarifas, em despacho de 5-4-955.

22 — A êste ato denegatório, seguiram-se vários expedientes, que não importaram, todavia, em sua modificação.

23 — A Companhia, entretanto, vinha cobrando as tarifas majoradas, desde 11 de fevereiro de 1955 e, por isto, foi multada pela Prefeitura, com base na cláusula XVIII do contrato.

24 — Afinal, para dirimir a controvérsia, aos 10 de agosto em curso, instituiu-se o Juízo Arbitral, previsto na cláusula XXII do contrato. E, no ato de compromisso, aos árbitros foram propostas as seguintes questões:

a) tendo em vista a presente exposição dos fatos, o contrato de concessão e todos os elementos constantes do processo que será presente aos árbitros, bem como os que êstes solicitarem, poderia a Cia. majorar e manter majoradas as tarifas, da forma por que o fêz?

b) caso negativo, poderia a Prefeitura multar a concessionária?

E em que condições: por uma única infração ou por extração ou recebimento de cada conta de assinatura?"

IV

25 — A primeira questão proposta aos árbitros — se poderia a Cia. majorar e manter as tarifas, da forma por que o fêz — envolve o exame preliminar do conteúdo, do sentido e das finalidades da cláusula VIII do contrato, de início transcrita.

Começa a cláusula dizendo que

“Durante o prazo desta concessão a Companhia terá direito a um lucro anual de 9% (nove por cento) sobre o capital empregado na rede de Belo Horizonte depois de deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação”.

26 — Esta cláusula, que visa a assegurar uma remuneração mínima ao concessionário, em termos inequívocos (“terá direito a um lucro mínimo de 9%”), e por todo o tempo da exploração do serviço (“durante o prazo desta concessão”) é de natureza *contratual* e *intangível*, conforme a lição de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em obra recente (“Contrats Administratifs”, 1956, Tomo II, págs. 204 a 206). No mesmo sentido (contratual e intangível) opina MIGUEL ANGEL BERÇAITZ (“Teoria General de los Contrats Administrativos”, 1952, págs. 325 e 326) e MARCELO CAETANO (contratual e irrevogável) em sua conhecida obra (Manual de Direito Administrativo, 3ª ed., pág. 556).

27 — Sem uma cláusula, nos contratos de tais características dificilmente a administração encontraria particulares dispostos a correr o risco de com ela contratar, adverte o mesmo LAUBADÈRE.

28 — GASTON JÈZE observa que o concessionário é um *empresário* no sentido econômico do vocábulo, e, por isso mesmo:

“Avant de contracter, il a fait ses calculs sur la base de la remuneration inscrite au contrat (grifo do original). Il compte légitimement que cette rémuneration lui sera intégralement et ponctuellement versée.

Toute son entreprise repose sur cette remuneration. C'est le support de toute, une serie d'operations juridiques et financières. Souvent, le contractant aura fait appel

a des capitalistes, em leur promettant un dividende, un intérêt, il ne peut tenir ses engagements envers eux qu'à la condition que l'administration tiendra ponctuellement les siens", ("Theorie Générale des Contrats de l'Administration", 1936, 3^a ed., 2^a parte, pág. 545).

29 — De acôrdo com o mesmo pensamento afirma MARCELO CAETANO:

"Ninguém (salvo algum aventureiro) consentiria em tomar à sua conta a onerosa exploração de um serviço público sem a garantia *de um mínimo de segurança na retribuição* ("Manual de Direito Administrativo", 1951, 3^a ed., pág. 556).

30 — FRANCISCO CAMPOS, com a habitual clarividência, também comenta:

"O motivo determinante do seu ato de aceitar os ônus, os encargos ou as obrigações constantes da oferta pública de concessão é, *precisamente, a remuneração ou a vantagem econômica prometida ou aceita pelo poder concedente*" (Parecer, in Revista Forense, vol. 132, pág. 374).

31 — Ao assumir o risco da exploração do serviço, a Companhia teve assegurada a *remuneração mínima* de 9% sôbre o seu capital empregado na concessão e isto durante todo o prazo do contrato. Esta segurança, conforme o testemunho de autores de nota, é usual nos encargos desta espécie.

32 — E a dita cláusula, que obriga a administração a proporcionar ao concessionário êsse lucro, através de tarifas adequadas, não foi impugnada. Tanto a Companhia como a Prefeitura nela se baseiam — a primeira, para justificar a majoração tarifária, e, a segunda, para denegá-la. Diz uma parte interessada que o seu lucro foi ou será rebaixado a menos de 9% pelo aumento salarial; replica a outra que isto não se verificou, pelo menos no exercício de 1954.

33 — A divergência está na maneira pela qual os concessionários e o poder concedente pretendem aferir e reajustar a taxa do lucro mínimo.

34 — Recordemos como dispõe, a propósito, a citada cláusula VIII:

"No caso da renda anual, do serviço local, uma vez deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação, não apresentarem lucro de nove por cento, a Companhia

Telefônica Brasileira poderá, mediante simples aviso, aumentar os preços de seu serviço a fim de que a "dita" renda alcance a taxa acima especificada..."

35 — A Companhia, ao propor o reajustamento de tarifas, afirmou que sua renda líquida, nos anos de 1953 e 1954, fôra inferior a 9%. E, com o aumento salarial, ajustado para vigorar em janeiro de 1955, êsse *deficit* seria agravado.

36 — O perito oficial, incumbido de verificação das contas, cujo laudo foi aceito por seus pares, apurou, no exercício de 1954, uma renda líquida de 9,72%, superior, portanto, à remuneração básica, prevista no contrato.

37 — Nos seus cálculos, levou em conta, o perito oficial, a majoração salarial compulsória, paga pela Companhia, *no segundo semestre de 1954*. E adiantou que, no exercício de 1955, *computados regularmente* os dois semestres, tal aumento de salários, imposto pelo Govêrno Federal, representaria soma adicional de Cr\$ 1.118.921,00, correspondente ao primeiro semestre, não contabilizado no exercício de 1954.

38 — Estas parcelas, que teria de pagar, compulsòriamente, no ano de 1955, e mais o reajustamento salarial ajustado com o Sindicato dos seus empregados, disse ainda o perito oficial, oneraria a Companhia em 61,9% sôbre o total das despesas de 1954.

39 — Verifica-se, pois, aceitando-se os cálculos do delegado da Prefeitura, que a renda líquida da Companhia, em 1954, da ordem de 9,72%, foi apurada levando-se em conta sòmente o aumento salarial do segundo semestre e que, para o exercício de 1955, as majorações de salários representariam 61,9% sôbre a despesa total de 1954, ou seja Cr\$ 6.211.089,60.

40 — Esta soma, indicada pelo perito da Prefeitura coincide com a apontada pela Companhia, na proposta inicial (Cr\$ 6.211.000,00).

41 — A Comissão, entretanto, discordou da majoração proposta, a despeito dessa verificação contábil. E o fêz por entender que o resultado do exercício de 1954, superior a 9%, impedia a adoção das novas tarifas.

42 — Mas as razões, expendidas pela Companhia, referem-se, antes, à interpretação da cláusula VIII, sob o seu aspecto jurídico, do que contábil. Disse ela, textualmente, que:

“o aumento de tarifas só terá lugar no caso em que, após a constatação do resultado econômico-financeiro de cada exercício encerrado, resultar como remuneração do capital medio remunerável invertido na exploração dos serviços urbanos, taxa inferior a 9%...”

43 — O raciocínio da Comissão, como se vê, é que o reajustamento de tarifa, para atingir o mínimo contratual, só é admissível, à vista dos resultados do *exercício encerrado*.

44 — Esta argumentação é legítima quando o reajustamento é proposto em face da mesma “equação financeira”, isto é, quando constantes, quer num exercício quer noutro, a mesma receita e a mesma despesa, ou a estimativa delas.

45 — Assim, como a verificação da insuficiência da tarifa, no ano encerrado, autoriza o seu aumento, o recebimento do lucro mínimo, repele a majoração, para o exercício seguinte.

46 — Mas, tanto num caso, como noutro, é indispensável confrontar receita e despesa, realizadas ou estimadas, no exercício findo e no exercício futuro. *Se os dados contábeis variam, os resultados do exercício futuro podem ser, desde logo, estimados, em confronto com os do exercício encerrado.*

47 — Dir-se-á que os reajustamentos, devem ter bases pretéritas, porque só à vista delas é possível aferir o lucro insuficiente. A objeção é aceitável quando receita e despesa permanecem inalteráveis, ou sujeitas às oscilações normais. *Se, entretanto, uma despesa é prevista, certa e incontestável, para ser efetuada ao mesmo tempo em que a nova tarifa vai vigorar, o lucro, ou o prejuízo, do concessionário, pode ser desde logo estimado.*

48 — O concedente, em caso tais, o que pode fazer é vetar a despesa projetada, por inútil ou supérflua. No caso presente isto não ocorreu, nem foi objeto de cogitação.

49 — Por haver levado em conta somente as despesas do ano de 1954 (sendo que, neste exercício, apenas no segundo semestre foi computado o aumento salarial compulsório) é que a Comissão opinou contra a majoração proposta, quando esta se destinara, principalmente, *a cobrir novas despesas de salários, a serem efetuados simultâneamente com a percepção das tarifas reajustadas.*

50 — Poder-se-ia, ainda, replicar que, majorados os salários no exercício de 1955 e verificando-se, *a posteriori*, que a remuneração fôra inferior a 9%, caberia então para o ano de 1956 o reajustamento tarifário.

51 — Tal solução, entretanto, não se justifica à luz da cláusula VIII, porque ela assegura, aquela percentagem, “*durante o prazo da concessão*”. Não é admissível, nem razoável, portanto, que a Companhia opere com um prejuízo matematicamente previsto, durante *certo* prazo, para depois propor um reajustamento *ad futurum*.

52 — A inteligência da cláusula VIII, condizente com a sua finalidade econômica e financeira, de assegurar ao concessionário, em toda a duração contratual, uma remuneração mínima, há de ser a que admite reajustamentos de tarifas, à base de exercícios encerrados ou de exercícios futuros, desde que despesas certas se efetuem, simultaneamente.

53 — A idéia de que a majoração tarifária está vinculada ao exercício encerrado, prende-se ao fato de que, nesse caso, os dados contábeis são certos e de possível verificação. Mas, em se tratando de proposta, como a feita pela Companhia, esses dados são previamente conhecidos e podem ser discutidos e estimados.

54 — Aliás, todos os reajustamentos tarifários são feitos à base de estimativas para o exercício futuro, tendo em vista as do encerrado.

55 — No caso presente, o perito oficial indicou um aumento de despesa para a Companhia, da ordem de 61,9%. Em face deste quantitativo não era demasia concluir-se que, no exercício de 1955, a Companhia jamais alcançaria o lucro contratual previsto.

V

56 — O Dr. Procurador Geral, chamado a opinar sobre a proposta da Companhia e a conclusão da Comissão de peritos, aceitou o argumento de que a verificação do lucro deve ater-se ao “exercício encerrado”, porque o contrato fala em “renda anual”. E ponderou que o “simples aviso”, da Companhia à Prefeitura, não é suficiente para que nova tarifa possa ser cobrada. É indispensável para tanto, esclarece, a homologação do poder concedente.

57 — Conclui, assim, o Dr. Procurador Geral, pela improcedência da proposta inicial; ainda, sustentou, com base no segundo argumento, que ao Prefeito atual era lícito revogar o despacho de seu antecessor.

58 — Vamos examinar ambas as objeções do ilustrado Procurador Geral.

59 — A alusão a “renda anual”, não leva, necessariamente, a meu ver, à conclusão de que ela se refere ao exercício encerrado.

60 — RUI BARBOSA fêz uma erudita dissertação (de... mais de 200 páginas impressas) sôbre o sentido do vocábulo “anual” para concluir que êle é sinônimo de “anuo”. Ambos significam “o que se faz uma vez cada ano”. (“Comentários à Constituição” col. por H. PIRES, vol. I, págs. 86-109).

61 — “Renda anual”, portanto, é a que se apura *cada ano*. Isto significa que não se pode tomar por base *período inferior a um ano*. Mas não afasta, havendo dados contábeis, de procedência incontestável, a possibilidade de apuração de renda de exercício-corrente ou futuro.

62 — *A renda anual, a relativa ao período de um ano, é que não pode ser inferior a 9%, porque a “equação financeira” do contrato não o admite, salvo renúncia do concessionário.*

63 — Diz o Dr. Procurador Geral que o aumento de tarifas, “*a priori*”, dar-se-ia sem se conhecer o possível resultado do exercício corrente. Todo o aumento de tarifas, destinado a vigorar no futuro, é baseado em estimativas, no pressuposto de receitas e de despesas previamente avaliadas. No caso presente, não só o resultado do exercício de 1954 era conhecido da Comissão, como sôbre êle foi possível fazer-se uma estimativa das novas despesas salariais, ou seja 61,9%, para o exercício seguinte.

64 — A segunda objeção, do digno Procurador Geral, de que “simples aviso” não era suficiente para que a nova tarifa entrasse em vigor, também merece reparo.

65. — No caso presente, a tarifa majorada passou a ser percebida em face da concordância do Prefeito, dada em termos inequívocos. Disse S. Ex^a que estava, em princípio, de acôrdo com o aumento de tarifas pleiteado pela Companhia *a fim de fazer face ao aumento salarial de seus empregados.*

66. — Aceitou, portanto, o Prefeito, a tabela e os cálculos oferecidos pela Companhia e condicionou o aumento tarifário à majoração salarial. E a Companhia passou a auferir a receita nova para pagar a despesa nova.

67. — A referência à uma futura Comissão, *ad referendum* da qual, a autorização era dada, não impedia que a Companhia começasse a cobrar as novas tarifas e a pagar, simultaneamente, os salários majorados. Cabia, à Comissão, indagar se a proposta das novas tarifas era condizente com a majoração salarial pretendida. Ou se esta era legítima ou su-

pérflua. Os dados da equação financeira, que lhe foram propostos, eram êstes. E, em tôrno dêles, houve concordância da palavra do perito oficial com a versão da Companhia, reconhecendo aquêle que a majoração salarial, com a qual o Prefeito concordara, importaria uma agravação de despesas, para o exercício de 1955, da ordem de 61,9%.

68. — Mas, voltemos a examinar o mecanismo previsto na cláusula VIII para o reajustamento tarifário. Verificando a Companhia que a sua renda anual não atinge a 9%, poderá aumentar os preços de seu serviço, a fim de que a “dita” renda alcance a taxa acima especificada:

“... ficando entendido, entretanto, que o preço médio dos serviços da rêde local de Belo Horizonte não excederá nunca ao preço médio cobrado pela Companhia na cidade do Rio de Janeiro para serviços semelhantes, vigente ao tempo em que estipular o aumento”.

69. — ANDRÉ DE LAUBADÈRE, na monografia citada, cuja edição é do ano corrente, trata também do assunto.

Diz o reputado Professor da Faculdade de Direito de Paris:

“Si le tarif des redevances est par l'acte de concession, celui-ci peut laisser au concessionnaire une certaine marge d'initiative dans la détermination du taux des redevances applicables. Il en est même ainsi fréquemment du fait de l'adoption habituelle de la pratique du tarif maximum: l'acte de concession, afin de laisser plus de souplesse au régime des redevances, fixe seulement le maximum qui pourra être perçupar le concessionnaire; cette pratique est fréquemment adoptée par les cahiers des charges et on la trouve du reste consacrée dans de nombreux cahiers des charges-types”. (ob. cit., págs. 276-277).

70 — A estipulação de uma *tarifa máxima* deixa, pois, ao concessionário, prossegue o mesmo autor, uma parcela de iniciativa e de liberdade, que lhe permita mover-se dentro dos limites de um teto. Refere-se, em seguida, à opinião de JÈZE, para quem a estipulação de “tarifa máxima” não ignifica que o concessionário tenha o direito de fixá-la unilateralmente, sem a homologação da administração, sob a condição de não ultrapassar o máximo.

71 — LAUBADÈRE, entretanto, trouxe ao debate, a opinião de JÈZE, para refutá-la, dizendo:

“...mais cette opinion ne nous parait pas exacte et la jurisprudence consacre en réalité le droit du concessionnaire de se mouvoir librement dans la limite du maximum tarifaire; v. notamment C. E. 3 avril 1935, Ville du Raincy, p. 424 (9). La nécessité de l’homologation administrative des mesures prises par le concessionnaire dans les limites du tarif maximum ne s’impose que lorsqu’elle est prévue soit par des textes (v. les arrêts que nous citons em note), soit par le cahier des charges lui même (ob. cit. p. 277-278).

72 — Em nota, o mesmo autor faz o resumo da decisão do Conselho de Estado que invocou, *in verbis*:

“Il s’agissait dans cette affaire de l’application d’une clause prévoyant que le concessionnaire pourrait relever les tarifs en cours, de concession dans certaines limites et sous réserve du relèvement de la redevance due à la ville; le Conseil d’Etat a jugé que “si concessionnaire a la faculté de relever les tarifs sous la seule réserve que ce relèvement ne dépasse pas 50% pendant les cinq premières années et 100% pendant le surplus de la durée du contrat, la redevance due à la ville doit augmenter de la moitié du pourcentage de relèvement qui sera ainsi opéré par le concessionnaire”.

Il est vrai que Jèze cite à l’appui de son opinion des décisions du Conseil d’Etat (28 décembre 1896, s. 1897, 1, 190), mais il s’agissait de cas ou des textes prévoyaient expressément que l’homologation administrative était toujours nécessaire dans la limite même du du maximum — (L. ii juin 1880 et Ord. 15 novembre 1846”. (ob. cit. pág. 277-278).

73 — A opinião de JÈZE, segundo a qual “tout tarif doit être homologué même s’il ne dépasse pas les maxima” (Teorie Generale des Contrats de L’Administration, 1936, 3^a ed., 2^a parte, pág. 556) e com a qual concordou, no caso em exame, o Dr. Procurador Geral, como se vê, está superada pelo Conselho de Estado de França e não é aceita por outro reputado professor francês.

74 — Estava, portanto, a Companhia, segundo esta última, opinião, livre de aumentar as tarifas “mediante simples aviso”, desde que não ultrapassasse o máximo previsto na cláusula VIII, isto é, o “preço médio” cobrado na cidade do Rio de Janeiro. E esta circunstância, ela fêz constar da proposta inicial, e não foi contestada pela Prefeitura.

75 — Mas, para cobrar a nova tarifa, a Companhia, a despeito da autorização contratual, obteve “em princípio”, a concordância do Sr. Prefeito. Agiu, portanto, dentro da interpretação menos liberal do contrato.

VII

Não havendo concordado a Comissão de peritos com a proposta da Companhia, o caminho a seguir, pela Prefeitura, a meu ver, seria o apêlo ao Juízo Arbitral.

77 — A garantia de uma *renda anual mínima* era e é, como está escrito na cláusula VIII, *um direito da Companhia*. A Companhia fizera a sua proposta, acompanhada de dados contábeis, e tendo obtido, em princípio, a concordância do Sr. Prefeito, *como denegar a majoração por ato unilateral*, com base em cálculo do “exercício encerrado” quando a despesa, a ser coberta, pela nova tarifa, se referia a exercício corrente, ou futuro?

78 — Não havendo, o Sr. Prefeito, mantido a autorização de seu antecessor, competia às partes interessadas buscarem solução para o conflito, recorrendo a novos elementos de informação, a outros órgãos administrativos, ao Juízo Arbitral ou ao Poder Judiciário, o que, de fato, não ocorreu.

79 — A aceitação do Juízo Arbitral, pela Prefeitura, e o seu objeto, constante da escritura de compromisso, mostra alás, que ela reconheceu, afinal, que a denegação não era definitiva; *que a controvérsia não podia encerrar-se por ato unilateral*.

80 — Tôda a controvérsia girou em tórno do contrato. E os despachos do Sr. Prefeito, quer para autorizar, em princípio, a majoração das tarifas, quer para denegá-la, foram proferidos, tendo em vista os tórmos da concessão. E, no resumo que fizeram, as partes, no ato do compromisso, o que ainda permanece em tela é sòmente a interpretação contratual.

81 — Mas há duas leis que, uma vez invocadas e aplicadas, poderiam ter dado outro rumo à questão.

82 — A primeira delas, o dec. lei n° 5.144, de 29-12-42, estabeleceu normas para o exercício, pelos Estados, do poder de legislar sòbre comunicações telefônicas. No seu art. 6° fêz depender de prévia e expressa autorização dos poderes competentes, estaduais e municipais, qualquer aumento de tarifa.

83 — Baixada ao tempo do período discriminatório, quando suspensas as garantias constitucionais e por proposta da Coordenação da Mobilização Econômica (Revista Forense, vol. 93, págs. 439), esta lei ficou derogada com a promulgação da Constituição vigente, que restituiu aos Estados e Municípios a sua autonomia política e administrativa. Nêste sentido opinaram os juristas MÁRIO MAZAGÃO e ANTÃO DE MORAIS.

84 — No caso presente, houve, aliás, a autorização do Sr. Prefeito, no despacho de 27 de janeiro de 1955.

85 — A outra lei, pertinente ao caso, de nº 1.522, de 26-12-51, no artigo 9º, parágrafo único, condicionou os aumentos de tarifas dos serviços de utilidade pública, explorados por concessão, (como o de telefones locais) à prévia aprovação da Comissão Municipal de Abastecimento de Preços.

86 — Êste dispositivo está hoje expressamente revogado, pela lei nº 2.753, de 13-4-56, mais tinha vigência à época em que os atos controvertidos ocorreram.

87 — A Companhia e a Prefeitura se limitaram a discutir a questão em face do contrato, por entenderem, segundo presumo, que a autorização da C.O.M.A.P. era ato de terceiro, de tutela do público usuário, dos assinantes de telefones. E por isto a ela não aludiram, quer na proposta, quer nos vários despachos do Sr. Prefeito. No ato de compromisso, onde a missão dos árbitros ficou delimitada, também as partes guardaram silêncio sôbre a ingerência da C.O.M.A.P.

88 — Sòmente num dos últimos pareceres do Dr. Procurador Geral (datado de 24-10-55) é que, de passagem, há uma alusão àquela formalidade. Mas, ainda nesta oportunidade, despachando no processo, aliás para admitir o Juízo Arbitral, o Sr. Prefeito não tocou no assunto.

89 — Dos milhares de assinantes de telefones de Belo Horizonte (23 mil todos êles, exceto *um* (Antônio Neves Teixeira) aceitaram a majoração das tarifas e continuaram a pagá-la, a despeito da revogação, pelo novo Prefeito, do despacho de seu antecessor. De outro inconformismo não há notícia no processo e, nêsse caso, o inconformado foi buscar na cláusula VIII do contrato e não na falta de audiência da C. O. M. A. P., a razão de ser de sua impugnação à tarifa majorada. E a sentença, proferida em 22-2-956 pelo MM. Juiz Municipal da 3ª Vara (cujo trânsito em julgado não se verifi-

cou, segundo declaração constante do termo de audiência inicial, dêste Juízo) também não aludiu à ausência de pronunciamento da C.O.M.A.P. e considerou, a questão, à luz, exclusivamente, da cláusula VIII do contrato.

90 — Por êstes motivos, ante a conduta dos usuários, que importa em autêntico plebiscito homologatório, e a natureza do dispositivo hoje revogado, de proteção de seus interesses, ao par da omissão, pelas partes, no ato do compromisso, que circunscreve a tarefa dos árbitros, entendi que a aplicação do art. 9º da lei nº 1.522, de 1951, (hoje revogado) e *res inter alios*, subtraída de fato e de direito, ao conhecimento dos árbitros.

91 — Finalmente, manda a lei (Cod. Proc. Civil, art. 1.032) que o laudo seja deliberado “em conferência”. E assim se procedeu, com o propósito de dar à controvérsia uma solução objetiva e realista. Mas, a despeito dos esforços, de minha parte e de meu ilustre companheiro de tarefa, Prof. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, não foi possível chegarmos a acôrdo sôbre todos os pontos controvertidos.

Assim, VOTO, quanto ao primeiro quesito, letra *a*, inscrito no ato de compromisso, **AFIRMATIVAMENTE**; e, quanto ao segundo, **PREJUDICADO**.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 1956.

CARLOS MEDEIROS SILVA

VOTO DO ÁRBITRO JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO:

“1 — Divergem as partes que instituíram o presente Juízo Arbitral, acêrca da compreensão e da aplicação de um contrato de concessão de serviço público.

Em suma, entende a Companhia Telefônica de Minas Gerais que o contrato de concessão lhe dá o direito de aumentar e ver aumentadas as tarifas do serviço, mesmo contra a vontade do poder concedente, enquanto êste lhe recusa o direito de elevar as tarifas vigorantes.

2 — Por isso mesmo, para solução da controvérsia, é útil, senão indispensável, que se fixe a atenção do julgador, para a natureza jurídica do contrato de concessão, a ser interpretado e aplicado.

Nêsse estudo preliminar, que prepara naturalmente o espírito para a solução imposta pelas normas jurídicas, assentou, há muito, a doutrina que o contrato de concessão do serviço público, que alguns a princípio encaravam sob o prisma de contrato de direito privado — em que se fixavam desde logo e para um longo período todos os direitos e obrigações dos contratantes (VIVEIROS DE CASTRO. “Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo”, pág. 263; FRANCISCO SILVIANO BRANDÃO, “Regime da Concessão de Serviço Público”, pág. 90) — é um contrato de *direito público*, em que o Estado não se despoja de suas prerrogativas e no qual o concessionário não pode legitimamente sobrepôr ao interesse público o seu direito individual (Vide, entre muitos outros, MÁRIO MAZAGÃO, “Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público”, pág. 97 e segs; BIELSA, “Estudios de Derecho Público”, I pg. 9; MIGUEL ANGEL BERÇAIZ, “Teoria General de los Contratos Administrativos”, 1952, pg. 155; FELIX FRANKFURTER, “O Serviço Público e o Público”, Revista Forense, vol. 89, pg. 400; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE, “Repertório do Direito Brasileiro”, vol. 10, pg. 252, filiando-se a JÈZE; F. SILVIANO BRANDÃO, op. cit., pg. 95 e segs).

Na verdade, conforme assinalou MÁRIO MAZAGÃO, um dos primeiros que entre nós se ocuparam do assunto, o contrato de concessão do serviço público, através o qual o Estado confia ao particular a execução de fins do próprio Estado, “pela finalidade, pelo seu objeto, pela natureza das relações que estabelece, não se subordina às normas do direito privado. Pelo contrário, está subordinado à gerência integral do direito público” (ob. cit., pg. 49, nº 78).

Não quer isso dizer, porém, que se possam deixar de aplicar normas do direito privado, mostrou o mesmo autor; posto que as normas do direito civil sejam insuficientes para reger os assuntos que se relacionam com a administração pública (OTTO MAYER, "Droit Administr. Allemao", vol. I, pgs. 174-188), também se encontram no direito público normas iguais às do direito privado. E tanto assim é que várias vezes, na doutrina e nos tribunais, reconhece-se, sob muitos aspectos, que o Estado, uma vez efetuou um contrato, coloca-se em igualdade de posição frente ao outro contratante, devendo, por isso mesmo, suportar as conseqüências legais se infringe o contrato.

Sem embargo, o que não mais se pode pôr em dúvida é que domina todo o contrato, sua execução e até mesmo sua rescisão o *interêsse público*, que ditou a celebração do contrato, que deve ser sempre levado em conta na sua execução e interpretação, e que até pode justificar a sua rescisão.

Isso mesmo puzeram em grande relêvo JÉZE ("Princípios Generales del Derecho Administrativo", vol. I, 1ª parte e seguintes) e BIELSA ("Derecho Administrativo", vol. I, pgs. 158 e segs.), e vem sendo a todo o momento repetido pelos doutores e pelos tribunais.

3 — Essa predominância do *interêsse público* nas concessões de serviços públicos foi, sem dúvida, o que ditou a incessante atividade política e jurídica verificada em todo o mundo a respeito da delicada questão. Iniciando-se pela verificação das condições de funcionamento dos serviços de estradas de ferro, tanto na França quanto nos Estados Unidos, como conseqüência do desenvolvimento industrial seriamente afetado por êsse meio de transporte, a regulamentação dos serviços públicos ou de utilidade pública abrangeu os demais que o Estado devera executar e confiara aos particulares, por conhecidas razões de conveniência.

As discussões, polêmicas, demandas e lutas que se travaram resultaram numa exuberante produção doutrinária e jurisprudencial, que reflete, por si só, a grandeza do problema, jamais solucionado pacificamente, porque envolve grandes interesses e permanentes conflitos e ambições.

Não obstante, algumas conquistas são hoje definitivas, e não mais podem ser postas em dúvida, razoavelmente

Assim é que mais ou menos assentado está que a concessão de serviço-público tem características ou requisitos próprios,

a serem considerados em quaisquer questões que se suscitem, que não a *generalidade*, a *uniformidade*, a *continuidade* e a *regularidade* (MIGUEL ANGEL BERCAITZ, op. cit., pg. 157, entre muitos outros).

Para que possam existir êsses requisitos ideais, necessário será, sempre, que, de um lado, exista sempre o *contrôle efetivo* do Estado sôbre o serviço a ser executado, e, de outro lado, se assegure o *equilíbrio financeiro do concessionário*.

O primeiro é irrecusável, eis que, na realidade, o Poder Público é sempre o responsável, moral e politicamente, conforme salientou MARCEL WALINE ("Traité Elem. Administratif", pg. 384). Tal poder de contrôle, mostrou, entre outros, LUIZ ANHAIA DE MELO, "existe independente de qualquer disposição expressa, pois decorre da própria natureza do serviço concedido. Um único motivo o autoriza: o concessionário explora serviço público e em virtude de concessão do poder público" ("Do Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão do serviço público", Revista Forense, vol. 152, pg. 34) Daí dizer mesmo, incisivamente, o autor, que entre nós tanto se tem destacado entre os estudiosos do problema, que tal contrôle não pode "em absoluto ser abdicado pelo Poder Público ou restringido o seu âmbito, porque constituiria a negação de sua razão de ser, pois faz parte da sua essência e corresponde a elemento básico para atingir a sua finalidade de realizar o bem comum" (op. cit., pg. 35; no mesmo sentido, sôbre tal contrôle, JÈZE, "Contratos Administr.", vol. II, pg. 242; DUGUIT, "Traité Droit Const.", III, pg. 477); A. LABAUDERE, pg. 343, n° 814; THEMÍSTOCLES CAVALCANTE, "Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública, Revista Forense, vol. 87, pg. 6; cit. ENRIQUE ZARALÉ, "El control de las Concesiones de Servicio Público", e RODOLFO PICCINELLI, "Irregularidades que dominam o sistema de concessão de Serviços Públicos", Rev. Forense, vol. 97, pg. 201.

Por outro lado, também há sempre que atender ao *equilíbrio financeiro* do concessionário, que, sendo particular, no regime capitalista apenas pode se interessar, razoavelmente, movido pelo espírito de lucro, estando, assim também no interesse público estimular o concessionário (Vide, entre outros, FRANCISCO CAMPOS, "Direito Administrativo", pg. 155 e seguintes).

Realmente, não pode haver bom serviço sem o interesse permanente do concessionário, que, por isso mesmo deve sempre ter assegurada, permanentemente, durante todo o tempo

do contrato, uma “retribuição justa”. Para a realização desse objetivo é que se estabelecem as *tarifas* do serviço, remuneração devida pelos usuários ao concessionário, que alguns autores chegam mesmo a caracterizar como verdadeiras “taxas”.

4 — Todavia, são essas mesmas tarifas que sempre tornam — aqui, alhures e em tôdas as épocas — tormentoso e difícil o problema.

Efetivamente, o que devera constituir a “justa remuneração” do concessionário, que ninguém pode negar, foi, inúmeras vêzes, muitas e muitas vêzes, a causa determinante de abusos, em que a voracidade capitalista chegou a extremos que haviam de determinar a reação inevitável, que, por sua vez, chegou a exageros injustificáveis.

Assim, são hoje divulgadas em tôda a parte as dificuldades que surgiram para conter as ambições de lucro dos concessionários, organizados em “holdings” e “trusts”, autênticos “monstrous power”, contra os quais THEODOR ROOSEVELT iniciou, há mais de um século, tenaz campanha política, que jamais se interrompeu, reclamando maior rigor na fiscalização de suas atividades. Sabe-se que desse movimento resultou a criação da “Interstate Commerce Commission”, o primeiro, o mais antigo e o mais poderoso órgão federal de controle dos serviços de utilidade pública nos Estados Unidos (SCHWARTZ, “Le Droit Administratif Americain”, pg. 32), seguida de inúmeras outras “public commissions”, através as quais cada vez mais se apertaram e apuraram as medidas governamentais e judiciais para proporcionar ao povo um serviço público regular e a preços justos (Nesse sentido, entre muitos outros, “Materials for the Study of Public Utility Economics”, ed. Mac. Millan, 1930, N.T. GUERNSEY, “Obligations under the licence contract”, pg. 123; GUSTAVUS H. ROBISON, “The Public Utility Concept in American Law”, pg. 239).

Esse mesmo movimento também entre nós teve grandes adeptos e tenazes pugnadores, a lhe dispensarem boa parte da sua inteligência, dos seus esforços e da sua probidade, entre os quais ALFREDO VALADÃO (“Direito das Águas”), LUIZ DE ANHAIA DE MELO (“O problema econômico dos Serviços de Utilidade Pública”, S. Paulo, 1940); J. H. MEIRELES TEIXEIRA (“Os Serviços Públicos de Eletricidade e a autonomia local”, S. Paulo, 1950); “Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico”, S. Paulo, 1942) e BILAC PINTO (“Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública”, Rio, 1941).

A lei brasileira acabou acolhendo as idéias dominantes, seja dispondo sob o regime das concessões de energia elétrica (Cod. de Águas, dec. 24.643, de 10-8-1934), seja intervindo na fixação de tarifas das empresas do grupo "Light", a mais poderosa "holding" que opera no Brasil (entre outros, decreto-lei 5.764, de 10-8-1943; Portaria do Ministério da Agricultura nº 75, de 14-2-1949), seja fixando normas para a concessão e as tarifas dos serviços telefônicos (decreto-lei nº 5.144, de 29-12-1942) seja inscrevendo, no próprio texto constitucional, o princípio da revisão e regulamentação dos serviços de utilidade pública (Constituição de 1934, art. 137; Constituição de 1937, art. 147; Constituição de 1946, arts. 146 e 151).

5 — Assim lembradas essas noções que devem ser presentes no exame das questões propostas a êste Juízo Arbitral, pode-se agora passar ao estudo do caso concreto.

6 — O que, em síntese, se discute, neste Juízo, é se a concessionária, prevendo que o seu equilíbrio financeiro iria ser perturbado por aumento de salários de seus empregados e por aumento do custo de materiais (Ofício nº SG-54-268, de 25 de novembro de 1954, em que foi pedida a elevação), podia, ou não podia, aumentar suas tarifas, e, se o podendo, deveria, ou não deveria ter as tarifas pretendidas aprovadas ou autorizadas pelo Poder Público.

Pela sua "previsão" (palavra que repete a todo momento nos seus ofícios), face aos aumentos salariais e de custo de materiais, era "imprescindível que sua renda bruta local seja aumentada de cerca de Cr\$ 8.250.000,00 por ano" (ofício nº SG-54-268), o que implica dizer que pretende um aumento de "cerca de 32,3% nas tarifas atuais".

7 — Verifica-se, no processo administrativo da Prefeitura, iniciado com o ofício da Companhia datado de 25 de novembro de 1954, que o Sr. Prefeito Municipal, por despacho de 27 de janeiro de 1955, declarou-se "em princípio de acôrdo com o aumento de tarifas pleiteado por essa Companhia, a fim de fazer face ao aumento salarial de seus empregados, "ad referendum" da Comissão que será nomeada para estudar a questão em todos os seus pormenores, cujas decisões serão examinadas com o cuidado e a isenção que o caso requer" (fls. 29).

Nessas condições, é fóra de dúvida que, a partir deste despacho, podia a concessionária efetuar a majoração que pretendeu e o poder concedente autorizou, com a condição acima transcrita, e contra a qual não se insurgiu nem protestou a concessionária.

— Ocorre, porém, que realizando verificações nas contas da concessionária, apurou a Comissão designada pelo Sr. Prefeito, que, ao seu ver, “insubsistem razões que autorizam o reajustamento de tarifas pleiteado pela concessionária” (fls. 73 do proc. administrativo), daí tendo resultado que o Sr. Prefeito, por despacho de 5 de abril de 1955, houve por bem denegar o pretendido reajustamento de tarifas (fls. 71, verso, do proc. administrativo).

Contra essa decisão administrativa, se insurgiu a concessionária, em 11 de abril de 1955 (Ofício n° SG-55-131, a fls. 72 do proc. administrativo), convidando a Prefeitura ao Juízo Arbitral, se antes reconsiderado não fôsse o seu pronunciamento, por entender, em suma:

- c) a cláusula VIII do contrato-concessão lhe assegurava o lucro mínimo anual de 9% sôbre o capital empregado na rêde de Belo Horizonte, depois de deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação. No caso da renda anual não apresentar lucro de 9%, a Companhia poderá, mediante simples aviso, aumentar os preços de seus serviços.
- b) A comissão municipal, para chegar à conclusão de que a majoração não se justificava, porque a renda da concessionária fôra superior a 9%, tivera em vista o exercício de 1954, quando a Companhia fizera o aumento do preço dos seus serviços “baseada no resultado do exercício de 1953”, em que a renda fôra de 7,37%.

Em correspondência posterior, sôbre analisar outros fundamentos da decisão administrativa, a concessionária volta a insistir na afirmação de que podia fazer a elevação das tarifas mediante “simples aviso” à Prefeitura (fls. 82 do proc. administrativo).

9 — Assim exposta a controvérsia, e tendo em vista os termos das questões propostas aos árbitros, a primeira questão a solucionar diz respeito à indagação de que — “poderia a Companhia majorar e manter majoradas as tarifas, da forma por que o fêz?”

10 — A cláusula a interpretar e aplicar é esta:

“VIII — Durante o prazo desta concessão a Companhia Telefônica Brasileira terá direito a um lucro mínimo anual de 9% (nove por cento) sôbre o capital empregado na rêde de Belo Horizonte depois de deduzidas tôdas as despe-

sas, inclusive as de depreciação. No caso da renda anual, do serviço local, uma vez deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação, não apresentarem lucro de nove por cento, a Companhia Telefônica Brasileira poderá, mediante simples aviso, aumentar os preços de seu serviço a fim de que a "dita" renda alcance a taxa acima especificada, ficando entendido, entretanto, que o preço médio dos serviços da rêde local de Belo Horizonte não excederá nunca ao preço médio cobrado pela Companhia na cidade do Rio de Janeiro para serviços semelhantes, vigente ao tempo em que estipular o aumento.

§ 1º — A determinação do custo do serviço para fixação das respectivas taxas será feita pelo processo adotado pela Interstate Commerce Commission dos Estados Unidos da América do Norte.

§ 2º — As taxas de depreciação a serem adotadas serão as mesmas usadas pela Interstate Commerce Commission — dos Estados Unidos da América do Norte.

§ 3º — A verificação da conformidade das tabelas e taxas — da Interstate Commerce Commission será feita de comum acôrdo pelas partes contratantes". (fls. 30 do proc. administrativo).

11 — Como já se viu anteriormente e o compromisso arbitral refere (cláusulas b) e c), a princípio, a própria concessionária deu a entender que para a elevação das tarifas julgava ela mesma necessária a aprovação pela Prefeitura.

As palavras finais do Ofício nº SG-54-268, de 25--11-1954, não podem deixar dúvida a respeito:

"Isso posto e aguardando que V. Exa. haja por bem *concordar com* a introdução das tarifas constantes do Quadro nº 5 já mencionado, apresentamos a V. Exa. os nossos protestos de elevada estima..." (fls. 3 do proc. adm.).

O mesmo se deduz dos termos do acôrdo firmado pela Concessionária com o Sindicato de Empregados, onde se diz:

"O aumento salarial e o abono de Natal previsto nas cláusulas acima ficarão condicionadas a *aprovação* e permanência do aumento tarifário objeto do ofício nº SG-54-268, dirigido pela Companhia à Prefeitura" (Ofício nº SG-55-131, de 11-4-55, a fls. 72 do proc. administrativo).

Não difere o Relatório apresentado à assembléia geral de acionistas em 25-4-1955, publicado no "O Diário" de 3-4-1955, que se vê a fls. 67 do proc. administrativo:

"Está a Diretoria também cogitando de entender-se com os Prefeitos dos municípios onde a Companhia tem contratos ainda não expirados, mas que não mais correspondem às necessidades do momento e que, por isso mesmo, precisam ser substituídos por outros em que os interesses recíprocos sejam melhor acautelados".

Já quando lhe foi negada a pleiteada autorização para o aumento, passou a concessionária a entender que não necessitava da aprovação que pedira, a qual, nas suas expressões, haviam sido... "mera cortezia (fls. 82 do proc. administrativo), cabendo-lhe, ao seu ver, um direito de fazer a elevação mediante "simples aviso", como está na cláusula VIII do contrato — concessão.

12 — Contudo, ao meu ver, "data venia", não é exato que a concessionária possa aumentar, por ato unilateral, as tarifas do serviço concedido.

Na verdade, repetidas vezes tem sido ensinado que a fixação das tarifas do serviço de utilidade pública é ato regulamentar, que compete, ou do qual deve participar, necessariamente, o Poder Público.

DUGUIT ("Traité", I, pg. 422) mostrou bem que êsse caráter regulamentar da cláusula, mesmo contratual, até autoriza o Poder Público à alteração unilateral, ressalvado ao concessionário o direito de indenização (Vide "Principes", vol. V, pg. 94 e segs. e pg. 311).

BIELSA ("Estudios de Derecho Público", I, pgs. 615 e segs) também é incisivo:

"El Estado poder concedente regula "integramente" el servicio, es decir, determina el objeto, su regimen, su control o fiscalizacion general y especial, las modificaciones que exige el interes público Y LAS TARIFAS. La explicacion del principio es clara: si el servicio debe prestarlo el Estado (diretamente) de acuerdo con el interés público (continuidad, comodidad, y preço modico), no puede ser afectado ese principio al delegar-se en un concessionário la "ejecucion" (no la regulacion) del servicio. Se asi no fuera resultaria doblemente condenable el sistema de la concesion. Es justo e oportuno, por eso, recordar

el seguinte juicio lapidario del professor JÈZE: "Si se admitiera por un instante que, por efecto de los contratos de concesion, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jeque las decisiones tomadas por la administracion pública con un fin de utilidade pública, habria que condenar irremisiblemente el sistema de concesión como contrario al interés general".

E, adiante:

"Cuando la administracion pública fija tarifas sobre bases racionales ejerce una función de poder, como cuando fija una tasa, que es contribución fiscal do derecho público. La "generalidad del servicio" y comúnmente la exclusividad, explican esa regulacion del precio por la autoridade administrativa".

"Se comprende facilmente que el Estado faltaria a un dever esencial si dejara a los usuários de esos servicios, librados a la voluntad del concesionario pues en los servicios públicos el usuáριο no tiene — libertad de contratar".

"La atribución de aprobar una tarifa originária implica la de aprobar sus modificaciones" op. cit., pf. 617).

Também CARLOS GARCIA OVIEDO ("Derecho Administrativo", pg. 113):

"O Estado intervem no regime de tarifas para garantir os interesses dos administrados contra possíveis abusos das empresas".

Nos Estados Unidos, submetidos os concessionários aos imensos poderes das "public commissions" (Vide, entre outros, RODOLFO PICCINELLI, "Irregularidades que dominan o sistema de concessão de Serviços de Utilidade Pública", Rev. Forense, vol. 95, pg. 20; J. H. MEIRELES TEIXEIRA, "O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos"; BILAC PINTO, op. cit.; CANDIDO A. MENDES DE ALMEIDA, "Rev. Dir. Administrativo, vol. 31, de 1952, pg. 507); BERNARD SCHWARTZ, "Le Droit Administratif Américain", ed 1952, pgs. e seguintes), isso nem se discute:

"Franchise rates, i, e, the rates named in the franchise contracts obtained from local authorities, have generally been held to be subject to the powers rested in the state public utility commissions to regulate taxes". (GUSTAVUS H. ROBISON, "The public Utility Concept in American Law, "in" "Materials for the Study of Public Utility Economics" edição Macmillan, pg. 17; no mesmo sentido, BERCAITZ, op. cit. pg. 67).

Entre nós, um dos mais notáveis catedráticos do Direito Administrativo, THEMISTOCLES BRANDÃO CALVACANTE, também assim ensina:

“Temos, porém, como indiscutível que o concessionário do serviço público, gozando das vantagens e regalias de sua posição perante o público, subrogado, como se acha, nas funções do Estado, a êle se acha subordinado no que diz com a fiscalização dos serviços, na restrição dos lucros da empresa e outros sacrifícios que pode o interesse público impor ao Estado”. (“Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. 10, pg. 255).

E no vol. 87, da Revista Forense, onde foram reunidos excelentes estudos sobre a concessão de serviços públicos:

“Feita esta ruptura na doutrina tradicional (refere-se ao abandono da doutrina contratual), nada mais resta do que a admitir as suas conseqüências, o contrôlo direto do Estado, na execução dos serviços, execução que deve acompanhar as transformações principalmente de ordem econômica e técnica, que surgem continuamente e modificam as condições de exploração dos serviços. Ainda mais, a garantia dos consumidores, a fim de evitar que as *tarifas* não excedam o justo limite necessário para a remuneração adequada do capital invertido na empresa” (pg. 7-8).

Confirma J. GUIMARÃES MENEGALE, o tratadista “Do Direito Administrativo e Ciência da Administração”, no mesmo “Repertório”, vol. 12, verbete “Contratos administrativos”:

“Duas conseqüências resultam da índole jurídica da tarifa:

a) O Direito de impor tarifas é inerente ao contrato de concessão: todavia, o **FIXA-LAS É PRIVATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**” (pg. 305).

Assim também concluiu a 4ª Conferência Nacional dos Advogados Argentinos, cujos princípios se encontram divulgados na Revista Forense e na monografia de SILVIANO BRANDÃO:

“Capítulo IX

3 — A tarifa, para ter validade, deve necessariamente ser fixada ou homologada pelo poder público”.

Não diverge F. SILVIANO BRANDÃO, em monografia séria, porque preparada para disputar a cátedra:

“... o direito do concessionário firma-se no contrato por uma disposição ambivalente, para êle de natureza eminentemente contratual, da qual decorre sua situação subjetiva, pessoal e particular, tendo dado seu acôrdo ao contrato — sòmente em face de sua expressa fixação, como fonte certa e imediata de sua remuneração, para reembolso do capital que inverteu: a tarifa. Esta, porém, tem perante a administração pública um simples caráter regulamentar, *sempre dependente de sua homologação ou fixação*, direta ou indiretamente, para ser oponível aos utentes, como contra-prestação do serviço público” (“Regime da Concessão de Serviço Público”, pg. 148).

Na verdade, a tarifa, no dizer exato de BILAC PINTO, é “prêço controlado pelo Estado” (Revista Forense, vol. 142, pg. 68), cuja fixação, na palavra autorizada do eminente Ministro OROZIMBO NONATO, é “atribuição privativa da administração pública (SELIGMAN)” (Revista Forense, vol. 142, pg. 216).

13 — Tanto basta, creio firmemente, para se negar razão, no caso concreto, ao procedimento da concessão: se a elevação da tarifa compete ao Poder Público, ou deve ser por êste aprovada, no caso, uma vez que êle se opôs à elevação, não poderia a concessão, unilateralmente, elevar e manter elevadas as tarifas.

14 — É certo que alguns autores admitem a fixação das tarifas, por parte do concessionário, no regime contratual, quando o contrato prevê a fixação de uma *tarifa máxima*, deixando, assim, à empresa certa liberdade de movimentos, que não prejudique o interêsse público.

E no caso, efetivamente, o contrato previu um prêço máximo, quando estipulou que as tarifas jamais poderiam exceder o prêço médio cobrado no Rio de Janeiro.

A êsse sistema refere-se LAUBADERE (“*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*”, T. II, ed. 1956, nº 752, pgs. 376 e seguintes):

“La pratique du tarif maximum laisse donc au concessionnaire une part d’initiative et de liberté en lui permettant de se mouvoir dans les limits d’un plafond” (pg. 277).

JÈZE, contudo, citado e criticado pelo mesmo LAUBADERE, nega essa possibilidade de modificar o concessionário as tarifas, mesmo no sistema das taxas máximas:

“Tont tarif doit être homologué même s'il ne dépasse les maxima”.

E isso mesmo reconhece o próprio LAUBADÈRE, que, após longo estudo “Do Poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos Contratos Administrativos”, publicado à Revista Forense, vol. 160, pg. 60, de 1955, concluiu:

“Daí se conclui que, por serem cláusulas imutáveis em todo contrato as vantagens financeiras do co-contratante, A TARIFA DO SERVIÇO SÓ PODE SER REVISTA DE COMUM ACÓRDO” (Rev. cit. pg. 68, “in principio”).

Além disso, é preciso ponderar que o mesmo LAUBADÈRE, no seu próprio “Traité des Contrats Administratifs”, sôbre não justificar claramente a razão por que entende que cabe ao concessionário mover-se nos limites da “tarifa máxima”, limitando-se a citar decisões posteriores às indicadas por JÈZE, reconhece que há a necessidade da homologação administrativa das medidas tomadas pelo concessionário, quando esta é prevista nos textos ou no caderno de encargos:

“la nécessité de l'homologation administrative des mesures prises par le concessionnaire dans les limites du tarif maximum ne s'impose que lorsque'elle est prévue soit par des textes (v. les arrêts que nous citons en note), soit par le cahier des charges lui-même (v. p. ex. CCG affermage des gares routières, art. 12): Le taux d'application des maximum sus-indiqués, ainsi que ses préfet pour approbation après avis de l'ingénieur en chef du contrôle”. (op. cit., pág. 278, “in principio”).

Ora, como veremos adiante, tanto as leis brasileiras — quanto o próprio contrato celebrado em 1929 exigem a intervenção do Poder Público para fixação ou elevação de tarifas.

15 — Realmente, ainda se possa discutir, doutrinariamente, sôbre a necessidade da intervenção do Poder Público nessa questão vital dos contratos de concessão, o nosso *direito positivo* repele, ao meu ver, possa existir a elevação de tarifas por ato unilateral do concessionário.

Essa intervenção, acreditamos haver indicado antes (“supra”, nº 4, pg. 5, onde caberia acrescentar a numerosa legislação que sôbre a questão existe), está na tradição do nosso direito e é hoje mandamento constitucional.

Além do texto legal regulador e limitador das tarifas para as mais poderosas empresas, as de eletricidade, o *decreto-lei nº 5.144, de 29 de dezembro de 1942*, dispõe, especificamente para empresas telefônicas, no seu *art. 6º*:

“*Art. 6º — Sem prévia e expressa autorização dos poderes competentes, estaduais ou municipais, competência esta que a lei estadual determinará, quer se trate de concessão ou contrato vigente ou findo, quer não haja concessão ou contrato. NENHUM AUMENTO DE TARIFAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO SERÁ FEITO*”.

Poder-se-á objetar que tal decreto-lei não mais está em vigor, pois prescrevia normas para a legislação dos Estados e Municípios, que após a Constituição de 1946 somente se regem por leis próprias.

E, realmente, vários dispositivos do citado decreto-lei nº 5.144 estão, após o texto constitucional, invalidados.

Ocorre, porém, que a proibição da elevação de tarifas telefônicas, inscrita no citado *art. 6º*, não se dirigia à legislação estadual ou municipal, senão estabelecia princípio a ser observado pelos concessionários, cuja atividade o texto federal controlava, em todo o país.

Ora, precisamente pela Constituição de 1946 compete à União legislar sobre “intervenção do Estado no domínio econômico” (*art. 146*), e nêsse domínio econômico sem dúvida estão as atividades das concessionárias de serviço telefônico, mesmo municipal, porque sabidamente organizadas numa “holding”, — que afeta ou pode afetar também a economia brasileira, inclusive com repercussão no direito financeiro, onde também a União deve intervir e legislar com normas gerais (*Constituição, art. 5º, nº XV, letra b*).

A proibição federal contra os aumentos de tarifas telefônicas sem prévia e expressa autorização dos poderes competentes, estaduais ou municipais, ou, vale dizer, o *art. 6º* do *dec.-lei 5.144, de 1942*, ao meu ver, continua em vigor, como assinalou PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição, *art. 151, pg. 30*).

Na verdade, conforme mostrou o mesmo constitucionalista,

“a mentalidade do *art. 148* é mais ou menos a dos Estados Unidos da América do Norte ao tempo do governo de THEODOR ROOSEVELT, a mentalidade das leis contra *trusts* e outros” (*op. cit., vol. IV, pg. 27*).

Entendo, por isso mesmo, que o art. 6º do citado dec.-lei 5.144 de 1942, proibindo às concessionárias do serviço telefônico aumentar tarifas sem prévia e expressa autorização das autoridades estaduais ou municipais não se choca com a Constituição de 1946, e, não revogado por qualquer outra lei, senão apenas derogado em partes, continua em vigor.

16 — Ainda que assim não seja, *outra lei, a de nº 1.522, de 26 de Dezembro de 1951*, que “autoriza o Governo federal a intervir no domínio econômico”, expressamente reiterou a proibição, na vigência do regime constitucional vigente, dispondo, no *parágrafo único do art. 9º*:

“Parágrafo único. Os aumentos das tarifas dos serviços de utilidade pública explorados por concessão, autorização ou permissão pela União, Estados, Municípios ou entidades autárquicas, ficam condicionados à *prévia aprovação* de um dos seguintes órgãos:

d) da COMAP, quando o serviço fôr municipal”.

Em face desta lei, parece-me que se impõe a resposta negativa à primeira questão proposta neste Juízo Arbitral: não podia a concessionária elevar, nem manter elevadas as suas tarifas, *na forma* por que o fez, sem autorização do poder competente e sem prévia aprovação da Comissão Municipal de Prêços. Tal parágrafo único do art. 9º da lei 1.522, acha-se hoje revogado — (lei 2.753, de 13-4-56), mas vigorava, inatado, à data do pedido da concessionária e da elevação que efetivou.

17 — Admita-se, para argumentar, que assim não seja, e que não exista proibição legal de aumentar a concessionária suas tarifas, sem autorização do Poder Público.

Necessário será, então, examinar os *termos do contrato* que, segundo entende a concessionária, lhe teria reconhecido tal direito.

Ora, já vimos antes (*supra*, nº 11) que a própria concessionária assim não interpretou o contrato, tanto que solicitou ao Poder Público a aprovação das tarifas que pretendia elevar. E sabido é que

“a conduta posterior e concorde dos estipulantes — que tiver relação com o objeto principal, será ótimo elemento para explicar o intuito dos interessados ao celebrarem o ato jurídico” (CARLOS MAXIMILIANO, “*Herme-neutica*”, pg. 359, nº 428, 2ª ed.; no mesmo sentido, *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 42, pg. 470).

18 — Firma-se a concessionária, para justificar sua atitude unilateral, na expressão contratual segundo a qual poderia ela elevar as tarifas mediante “simples aviso”. Ora tal expressão não significa, segundo penso, que se possa ter o Poder Público como que abandonado ao arbítrio ou aos abusos da concessionária, dando-se a esta fôrça e poder de impôr um preço, o que nem mesmo se reconhece justo nos contratos de direito-privado (V. Cód. Civil, arts. 115 e 1.125), onde hoje se encontra definitivamente banida a cláusula potestativa.

Ao revés, tenho como certo que, para ter sentido e ser lógica, bem como para não constituir-se numa cláusula imoral e indefensável, aquela expressão — “simples aviso” — destina-se a regular a fôrma por que se faria a comunicação da elevação de tarifas, apuralas estas pelo processo fixado no contrato.

Assim que o “simples aviso” se destina, não ao Poder concedente, que, como vimos, não se pode entregar ao arbítrio do concessionário, senão aos *usuários*, que haveriam de ser avisados da elevação das tarifas.

19 — É que, no *próprio contrato*, ficou prevista, ainda que de fôrma tímida, mas bastante, a intervenção do Poder concedente, para aferição da “renda anual” de 9% e para a fixação das tarifas a serem exigidas.

Realmente, como se apura do mecanismo estabelecido na cláusula VIII e seus parágrafos do contrato de 1929, alí ficou ajustado:

a) Direito à Companhia de “um lucro mínimo anual de 9%, “sôbre o *capital* empregado na rêde de Belo Horizonte, depois de deduzidas todas as despesas, inclusive as de *depreciação*”;

b) A determinação do custo do serviço para *fixação das respectivas taxas* será feita pelo processo adotado pela Interstate Commerce Commission dos Estados Unidos da América do Norte” (§ 1º);

c) “As taxas de depreciação a serem adotadas serão as mesmas usadas pela Interstate Commerce Commision” (§ 2º);

d) “A verificação da conformidade das tabelas e taxas da Interstate Commerce Commission será feita de COMUM ACÔRDO PELAS PARTES CONTRATANTES” (§ 3º). Quer isso dizer, entendo, numa palavra, que, face aos

termos do contrato, tanto a elevação de tarifas quanto a sua fixação deve ser feita de acôrdo com o processo da Interstate Commerce Commission e de acôrdo com as tabelas e tarifas da Interstate Commerce Commission, a serem verificadas “*de comum acôrdo*”.

Nada disso cuidou a concessionária, que sequer alega no processo administrativo haver se valido do processo das tabelas e taxas da I. C. C., e sôbre a verificação, imposta pelo contrato, não houve mesmo o “comum acôrdo”.

20 — Contra êsse entendimento, poder-se-á opor, como foi oposto, no processo administrativo, pela concessionária, que o “Comum acôrdo” sômente se exigia para... verificação da “conformidade” das tabelas e taxas...

Ora, conformidade é, “estar de acôrdo com” (LAUDELINO FREIRE), e, assim, para respeitar o contrato, em que se arrima, havia a concessionária de trazer ao Poder Público tais tabelas e taxas da I. C. C. e, “de comum acôrdo”, verificarem a sua “conformidade”.

21 — Mais ainda.

Quando deseja elevar tarifas, a concessionária está, rigorosamente, efetuando nova *fixação do custo* de serviço.

Tal “fixação das respectivas taxas” previu o contrato se fizesse “pelo processo adotado pela Interstate Commerce Commission” (§ 2º), e, quanto a êste processo, que envolve tabelas e taxas, o mesmo contrato exigiu uma verificação de conformidade efetuada “de comum acôrdo pelas partes contratantes” (§3º).

22 — Por outro lado, verifica-se ainda no contrato que o Poder concedente não se abandonou às mãos da concessionária, quanto às taxas, eis que previu expressamente as tarifas para os primeiros dezoito meses (clásula IV), o que por si só, na lição de BIELSA, implica na atribuição de aprovar as modificações da tarifa originária (“Estúdios de Derecho Público”, I, pg. 617).

23 — Vê-se, assim, que jamais poderia a Companhia Telefônica, com base no seu contrato, pretender cobrar tarifas arbitrariamente. Há-de cobrá-las e só poderá cobrá-las, se se apoia no contrato, pelo preço de custo do serviço que resultar da aplicação do processo, tabelas e taxas da I. C. C., verificando-se a conformidade dêsse processo, tabelas e taxas, “de comum acôrdo” com o Poder concedente.

24 — Outra razão contrária à pretensão da concessionária diz respeito à *oportunidade* em que pretendeu a elevação das tarifas.

Realmente, o contrato de 1929 apenas lhe autorizava pleitear elevação se não se verificasse o lucro mínimo de 9% “na renda anual”.

Ora, Novembro de 1954, época em que pretendeu o aumento, a própria concessionária reconhecia que as suas rendas se mantinham “equilibradas”, tanto que pediu o aumento para vigorar em 1955. Fez, assim, uma “previsão” de que iria ter a sua renda afetada em 1955, com aumento de salário e custo de material, e, desconfiada de que não iria ter, no exercício seguinte, a renda assegurada no contrato, quiz imediata elevação das tarifas.

Todavia, não lhe deu o contrato, a que se apegava, a segurança de tranqüilidade nas suas previsões, nem lhe facultou exercitar desenvoltamente uma previsão orçamentária que também lhe garantisse a renda mínima anual de 9%. Muito diversamente, o contrato apenas admitiu uma garantia de 9% “sobre o capital empregado” e foi explícito em dizer que a elevação de tarifas somente se faria “no caso da renda anual do serviço local... não apresentar um lucro de 9%”.

Por isso mesmo, desde que argumenta com os termos do contrato (doutrinariamente, lhe seria possível fugir a essa interpretação, pois autores há que advogam a modificação das tarifas ainda diante “previsão”), a concessionária há de aceitá-lo na sua integridade. E, na sua integridade, o contrato só admitia a majoração quando se apurasse que na renda anual não resultara lucro de 9% sobre o capital empregado.

Ora, em Novembro de 1954, nem a concessionária empregara capital em compra de materiais para 1955, nem pagara os salários que dizia iria ter de pagar em 1955... Ou em, outras palavras, o que a concessionária desejava era aumentar o seu capital circulante, à custa da majoração das tarifas futuras. E isso o contrato não lhe facultou.

25 — Por outro lado, como desejasse a concessionária um aumento de renda a partir de 1955, verificou a Prefeitura, sem contestação, que, no ano imediatamente inferior, 1954, a renda anual fôra de 9,72% sobre o capital invertido (fls. 73 do proc. administrativo).

Assim, descabia mesmo aumentar as tarifas, eis que se não verificara a condição prevista no contrato: “... no caso da renda anual... não apresentar lucro de 9%...”.

26 — Nem adianta considerar, como o faz a concessionária, que a perícia administrativa se fundou no balanço encerrado em 1954, quando examinado devera ter sido... o “segun-

do semestre de 1953 e o primeiro semestre de 1954" (ofício n° SG-55-131, de 11-4-55, fls. 72 do proc. administrativo, e, n° SG-55-137, de 26-4-55, ao qual foram anexados demonstrativos: do "capital invertido" de 1 de janeiro a 31 de maio de 1953 — Valor médio do capital invertido — US\$ 4.237.418,39; Renda Bruta — US\$ 269.094,85; porcentagem da renda líquida sôbre o capital remunerável — 2,42%; do capital invertido de 1° de junho a 31 de dezembro de 1953: Valor médio do capital remunerável — Cr\$ 95.164.516,60; renda bruta — Cr\$ 11.128.318,30; Porcentagem da renda líquida — 4,30% sôbre o capital remunerável; demonstrativo da remuneração anual de 1953 — janeiro a maio — 2,42%; junho a dezembro — 4,30%). Remuneração anual verificada — 6,72%).

É que, ao considerar os semestres separadamente, janeiro a maio de 53 e junho a dezembro de 53, que dariam uma remuneração anual de 6,72%, inferior, portanto, aos 9% mencionados no contrato, a concessionária o faz tomando em conta, no primeiro semestre, capital e renda representados em "dollars".

Isso significa que fêz a conversão da renda que percebeu em moéda brasileira para moéda estrangeira, o que vicia de todo em todo o seu raciocínio, já que o nosso direito repeliu há muito os efeitos da chamada "Cláusula ouro" (decreto n° 23.501, de 23-11-33).

Na verdade, não se admite cálculo de rendimento do capital feito em dollares, advertiu J. H. MEIRELES TEIXEIRA ("O Problema das tarifas nos Serviços Públicos Concedidos", p. 4):

"Se a Companhia não exige do usuário dollar em espécie, mas exige uma quantia em moéda nacional que ao cambio atual lhe baste para adquirir dollar, é evidente que, de fato receberá dollares. Caracterizada estará a cláusula-ouro, na sua conhecida modalidade de "cláusula de curso de moéda estrangeira", ou "curso de cambio" (op. cit., pg. 4-5, e pgs. 35 e segs.).

27 — De resto, não pode deixar de ser salientado que, desejando a concessionária um aumento de 32% sôbre as antigas tarifas, reconheceu que isso lhe produziria uma renda de cêrca de Cr\$ 8.250.000,00 por ano, com que satisfaria o aumento nas folhas de pagamento de Belo Horizonte, "da ordem de Cr\$ 6.211.000,00 por ano", destinando-se o excesso a cobrir elevação do custo de materiais (Ofício n° SG-54-268, de 25-11-1954, fls. 2).

Todavia, a perícia efetuada pela Prefeitura encontrou, na sua própria escrituração, que o capital da concessionária, invertido em Belo Horizonte, era: em 31 de maio de 53: US\$. . . 3.978.786,01 em dollar; em cruzeiros 72.783.022,10 (Taxa do do dollar — 18,29) em 1° de junho de 1953 — U\$ 3.978.786,01; 86.298.316,10 (taxa do dollar 21,690).

Diferença — Cr\$ 13.515.094,00.

Quer isso dizer que, em 1953, entre 31 de maio e 1° de junho, foi feita uma reavaliação do capital, mediante a aplicação de nova taxa do dollar.

E explica a perícia:

“Corresponde esta diferença (Cr\$ 13.515.094,00) a uma reavaliação na taxa do dollar para conversão” (fls. 55 do proc. administrativo).

Inadmissível, obviamente, essa reavaliação do dollar, feita precisamente quando entrou a operar a Cia. Telefônica de Minas Gerais, com capital em cruzeiros, temos, então, que para uma diferença no valor do capital de Cr\$ 13.000.000,00 haveria uma despesa provável no exercício de 1955, de cerca de Cr\$ 8.000.000,00.

Em outras palavras: a concessionária desejava lhe assegurar o poder público uma renda mínima de 9% sobre o capital que não estava empregado na rede de Belo Horizonte, eis que o que apresentava era fruto de reavaliação do dollar.

28 — Ainda que assim não seja, ou mesmo seja tal aspecto irrelevante, o certo é que no processo administrativo e no processo do presente juízo arbitral, não provou a concessionária satisfatoriamente o pressuposto da sua própria pretensão, isto é, que em 1953 tenha tido “renda anual” inferior ao mínimo de 9% assegurado no contrato.

Os demonstrativos que juntou, no processo administrativo, com o ofício de 26 de abril de 1955 (fls. 119-121), somente depois de denegada a majoração das tarifas, um relatório ao capital, rendas e despesas de 1° de janeiro de 1953 a 31 de maio de 1953, em *dolares*, e outro relativo ao período de 1° de junho de 1953 a 31 de dezembro de 1953, em cruzeiros, são imprestáveis para o fim visado, pelos motivos apontados.

Não se pode, assim, ao meu vêr, ter como justificada a sua pretensão de majoração de tarifa, que foi, então, acertadamente denegada pelo Sr. Prefeito.

Nem se diga, como o faz a concessionária (Ofício nº SG-55-131, de 11 de abril de 1955 (fls. 69 do proc. adm.) e ofício nº SG-55-137, de 26 de abril de 1955 (fls. 92), que, se o Prefeito divergia da concessionária quanto à majoração das tarifas, cumpria-lhe recorrer ao juízo arbitral ou ao Judiciário.

Na realidade, a primeira autorização, que a concessionária pediu e lhe fora dada pelo Vice-Prefeito em exercício, Sebastião de Brito, continha a declaração expressa de que

“estamos de acôrdo com o aumento de tarifas pleiteado por essa Companhia a fim de fazer face ao aumento salarial de seus empregados, *ad-referendum*” da Comissão que será nomeada para estudar a questão em todos os seus pormenores, cujas decisões serão examinadas com o cuidado e a isenção que o caso requer” (fls. 29 do processo administrativo).

Foi, assim, uma autorização condicional, aceita e não impugnada pela concessionária, com a qual o Poder Público não abriu mão de seu direito e do seu dever de fixar tarifas. Por isso mesmo verificada pela Comissão nomeada que se não justificava o aumento, podia perfeitamente o poder concedente retirar a autorização dada condicionalmente.

Mais ainda.

Seria um contrasenso e constituiria subversão completa do direito público, jamais visto em qualquer país ou em qualquer município brasileiro que o poder público, com todo o seu imenso poder de polícia, para cumprir o seu dever, houvesse de se sujeitar ao juízo arbitral ou ao judiciário, como que pedindo autorização a êste para administrar a coisa pública.

Não há, assim, fixação arbitrária de tarifas, nem violação contratual, como supõe a concessionária. Há, sim, o exercício normal e regular da função pública, que se fôr considerada abusiva ou prejudicial ao interêsse do outro contratante, pode ser legitimamente controlada, mediante recurso do prejudicado ao Judiciário, ou, no caso concreto, como ocorreu, ao Juízo Arbitral (No sentido do recurso ao Judiciário, sôbre a fixação abusiva das tarifas pelo poder concedente, vide, entre muitos outros, J. GUIMARÃES MENEGALE, “Repertório Enciclopédico do Dir. Bras.”, vol. 12, pg. 306).

29 — Sem embargo do que ficou dito, e sem quebra da conclusão a que forçosamente se julga obrigado o Juiz Arbitral, seria injusto não ressalvar à concessionária o direito de pleitear, a todo o tempo, do Poder Público, a revisão de suas tarifas, no período incriminado.

Na verdade, é bem possível que deva mesmo de haver alguma majoração nas tarifas antes vigorantes, pois na voragem da espiral inflacionária que a todos nos atinge e infelicitá, a concessionária de serviços de utilidade pública deve de ser fortemente alcançada, eis que necessita de materiais de importação, cujo preço, sabidamente, se eleva como consequência da debilidade do nosso cruzeiro, e necessita de mão de obra especializada, que também encarece dia a dia, até por força de dispositivos legais.

Mas, o que se não justifica é que, para atender essa necessidade, que seria iníquo não reconhecer, a concessionária entenda de agir unilateralmente e impôr ao Poder Público um preço de tarifas ditado por suas exclusivas razões, que não encontram apoio na lei, na doutrina e nem na interpretação do contrato-concessão.

Seria, na verdade, nos tempos modernos, uma aberração, a contrastar flagrantemente com toda a ordem política e econômica assegurada na Constituição, que uma concessionária de serviços públicos pudesse ter tamanha prerrogativa, de funestas e imprevisíveis consequências.

30 — Concluo, portanto, no que diz respeito à primeira questão proposta ao Juízo Arbitral, que *NÃO PODIA A COMPANHIA TELEFÔNICA DE MINAS GERAIS* majorar e manter majoradas, a partir da data do despacho do Prefeito que lhe negou a elevação (5 de abril de 1955), as tarifas dos seus serviços, na forma por que o fez.

31 — Quanto à segunda questão proposta ao Juízo Arbitral, parece-me que, mantendo majoradas as tarifas após a denegação de sua elevação pelo Poder Concedente, a concessionária cometeu infração contratual, e, por êsse fato, sujeitou-se à multa de Cr\$ 1000,00 a Cr\$ 220,00 prevista na cláusula XVIII do contrato:

“Pela infração de qualquer das disposições dêste contrato ou das obrigações nêle assumidas, o govêrno poderá determinar que sejam impostas à Companhia por cada infração multas de cem mil réis a duzentos mil réis que serão dobradas nas reincidências e poderão ser repetidas, dentro de prazos razoáveis determinados pelo Govêrno, até que sejam cumpridas as disposições infringidas” (fls. 18 do proc. administrat.).

Resta verificar, como indaga a segunda questão, se a multa poderia ser imposta por uma única infração ou por extração ou recebimento de cada conta de assinante.

Nisso, ocorre-nos que, examinando cláusula penal de contrato celebrado entre a Prefeitura do Distrito Federal e a Companhia Telefônica Brasileira, que em muito se assemelha à do presente contrato, FRANCISCO CAMPOS aduziu as seguintes considerações:

“A cláusula 23 do contrato contempla, como se vê, duas hipóteses absolutamente distintas. Na primeira hipótese, a cláusula prevê o *não cumprimento continuado da mesma obrigação* e determina que nesse caso a multa inicialmente imposta irá se repetindo sucessivamente se, em cada prazo razoável que fôr assinado ao concessionário este não der cumprimento à obrigação. Na segunda hipótese, ou no caso em que o concessionário *faltar mais de uma vez à mesma obrigação* contratual, a multa será elevada ao dôbro. Como a própria palavra indica, “reincidência” designa o fato de reincidir ou incidir de novo em uma falta já anteriormente cometida. A idéia de repetição ou de duplicação é essencial para que configure o caso de reincidência” (Revista Forense, vol. 131, pg. 361).

Aplicando-se a lição ao caso, entendo que não reincide a concessionária quando mantém majoradas as tarifas, pois, que apenas está descumprindo uma única obrigação: a de cobrar tarifas, cujo custo de serviço tenha sido apurado pelo processo I. C. C., com tabelas e taxas verificadas de comum acôrdo com o poder concedente.

O que faz é não cumprir continuamente a sua obrigação. E quando tal aconteça, o contrato autoriza a imposição da multa também repetida, “dentro de prazos razoáveis determinados pelo govêrno, até que sejam cumpridas as disposições infringidas” (Cláusula 18ª).

Há, assim, e isso o que deveria, ao meu vêr, ditar a imposição da multa, uma única infração, em que pode a multa, de Cr\$ 100,00 fixada pelo Prefeito, ser repetida, dentro de prazos razoáveis, até que sejam cobradas as tarifas aprovadas.

32 — PELO EXPOSTO, pelo que do processo consta e tendo em vista os princípios e normas jurídicas aplicáveis, resumindo e concluindo, *JULGO*:

a) NÃO PODIA A COMPANHIA TELEFÔNICA DE MINAS GERAIS, A PARTIR DE 5 DE ABRIL DE 1955, data em que o Sr. Prefeito lhe comunicou não concordar com a elevação, majorar e manter majoradas, na forma porque o fêz, as tarifas dos seus serviços;

b) Poderia a PREFEITURA multar a concessionária, por uma única infração, de Cr\$ 100,00 a Cr\$ 200,00, que poderá a multa ser repetida, dentro de prazos razoáveis, determinados pelo Prefeito, até que sejam cumpridas as disposições infringidas ou seja até que sejam cobradas tarifas pelos prêços infringidas ou seja até que sejam cobradas tarifas pelos prêços

c) As custas do processo serão divididas entre as partes, que pagarão, cada uma, a remuneração do árbitro que nomearam, conforme estipula a cláusula 5ª do compromisso arbitral.

Este voto é publicado em audiência, em três vias, com 24 folhas datilografadas, cada uma, com emendas e entre-linhas, rassalvadas nos lugares em que cometidas, sendo cada uma das vias entregue às partes e a 3ª ficará no processo arbitral, e em poder do Escrivão, na forma e para os fins de Direito.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 1956.

a) JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO".

VOTO DE DESEMPATE DO ÁRBITRO NÍSIO BAPTISTA DE OLIVEIRA

“O Juízo Arbitral, regulado no Livro IX do Código de Processo Civil, foi obedecido, com todo rigôr.

Tendo havido empate, os árbitros, usando de autorização constante do compromisso, nomearam o desempatador, e o fizeram antes do julgamento.

Ao desempatador cumpre adotar, no prazo de vinte dias, uma das decisões.

A divergência foi radical. A controvérsia prende-se à elevação de tarifas.

A Companhia Telefônica de Minas Gerais, com apôio na cláusula VIII do contrato de concessão do serviço de telefones que celebrou com a Prefeitura de Belo Horizonte, entendeu de seu direito, para garantir o convencionado lucro mínimo anual de 9%, conseguir um aumento de tarifas.

A Prefeitura não aprovou as novas tarifas propostas.

Reza a cláusula VIII:

“VIII — Durante o prazo desta concessão a Companhia Telefônica Brasileira terá direito a um lucro mínimo de 9% (nove por cento) sôbre o capital empregado na rêde de Belo Horizonte depois de deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação. No caso da renda anual, do serviço local, uma vez deduzidas tôdas as despesas, inclusive as de depreciação, não apresentarem lucro de nove por cento, a Companhia Telefônica Brasileira poderá, mediante simples aviso, aumentar os prêços do seu serviço a fim de que a “dita” renda alcance a taxa acima especificada, ficando entendido, entretanto, que o prêço médio dos serviços da rêde local de Belo Horizonte, não excederá nunca ao prêço médio cobrado pela Companhia na cidade do Rio de Janeiro para serviços semelhantes, vigente ao tempo em que estipular o aumento.

§ 1º — A determinação do custo do serviço para fixação das respectivas taxas será feita pelo processo adotado pela Interstate Commerce Commission dos Estados Unidos da América do Norte.

§ 2º — As taxas de depreciação a serem adotadas serão as mesmas usadas pela Interstate Commerce Commission dos Estados Unidos da América do Norte.

§ 3º — A verificação da conformidade das tabelas e taxas da Interstate Commerce Commission será feita de comum acôrdo pelas partes contratantes”.

Em 25 de Novembro de 1954, a Companhia oficiou à Prefeitura dizendo que foi obrigada por lei, a adotar o salário-mínimo que começou a vigorar em julho, suportando considerável aumento de despesa que exigia um acréscimo de Cr\$ 8.250.000,00, por ano, na sua renda bruta, tornando necessário que se elevassem as tarifas em 32,3% para se restabelecer a equação econômica do serviço.

Em 27 de janeiro de 1955 o Sr. Prefeito respondeu à Companhia, e do ofício consta:

“... estamos, em princípio, de acôrdo com o aumento de tarifas pleiteado por essa Companhia a fim de fazer face ao aumento salarial de seus empregados, “ad referendum” da Comissão que será nomeada para estudar a questão em tôdos os seus pormenores, cujas decisões serão examinadas com o cuidado e a isenção que o caso requer”.

Diante dessa resposta a concessionária pôs em vigôr a tarifa majorada a partir de 111 de fevereiro.

O Sr. Prefeito, porém, já de posse dos trabalhos da Comissão, que apurou haver obtido o capital remunerável da Companhia, no exercício de 1954, rendimento de 9,72%, houve por bem em negar o reajustamento de tarifas — deliberação transmitida a 6 de abril.

Não se conformando, tentou a Companhia em 11 de abril a reconsideração do ato denegatório, ou, em caso contrário, que a divergência fôsse submetida a Juízo Arbitral, de acôrdo com a cláusula XXVII do contrato.

Nêsse ofício de 11 de abril há a seguinte passagem:

“... tem a dizer que, comunicando o aumento de tarifas, *no exercício normal de um direito contratual*, pleiteou a “concordância” da Prefeitura por simples e recomendável cortesia. O exercício de um direito jamais excluiu a cortesia e, mesmo, a *deferência*, no caso, acentuada, de vez que, partida de emprêsa concessionária, em casos como o presente, não vale a forma e, sim, a substância, o conteúdo, *O exercício de um direito assegurado num contrato a um dos contratantes, jamais poderá ser apreciado como um “pedido” pelo outro contratante*”.

No dia 22 ainda de abril, o Sr. Prefeito oficiou à Companhia cientificando-a de que havia mantido a decisão e não via motivos que justificassem a nomeação de árbitros.

Após infrutíferas troca de ofícios, resolveu o Sr. Prefeito aplicar à Companhia a multa contratual de Cr\$. 100,00 sobre cada conta extraída ou recebida, a começar do dia 6 de abril, iniciando-se a lavratura dos autos de infração.

De novo postulou a Companhia a reforma do despacho, — terminando por recorrer para o Juízo Arbitral, agora com apóio na cláusula XVIII do contrato — o que, então, aceitou a Prefeitura.

Alegou a Companhia que usou de um direito fundado na cláusula VIII do contrato, impondo o reajustamento tarifário a demonstração contábil referente ao período de incorporação da C. T. M. G. até dezembro de 1953 e ao 1º semestre de 1954, além da estimativa para 1955, salientando-se as despesas futuras em consequência da majoração salarial pleiteada por seus empregados; alegou mais que, em 1953, de janeiro a maio, o lucro foi de 5,81%, de junho a dezembro foi de 7,37% e a renda anual verificada foi de 6,72%.

A Prefeitura entendeu que, em face, principalmente, do resultado superior a 9% em 1954 e por se destinarem a vigorar em 1955 as novas tarifas, não era de ser deferida a concordância explícita almejada pela concessionária.

Procura-se saber: a) Podia a Companhia majorar e manter majoradas as tarifas, da forma porque o fez? b) caso negativo, podia a Prefeitura multar a concessionária? Em que condições: por uma única infração ou por extração ou recebimento de cada conta do assinante?

—x—

Os abalizados árbitros, nomeados pelas partes, fizeram exaustivo estudo sobre o caráter jurídico do contrato de concessão de serviço público, examinando-o a luz da doutrina, pela lição dos mais provetos autores nacionais e estrangeiros, bem como em face da lei, o que torna desnecessário, senão enfadonho, repetir o trabalho.

O que se conclui do estudo do direito é que, o contrato de serviço público, envolvendo delegação de poderes e sub-rogação de funções próprias do Estado, há de se reger pelo direito público, subentendida sempre a faculdade que tem a administração de exercer, a bem do interesse geral, o poder de fiscalização.

É conceito prestigiado por mandamentos constitucionais, inscritos no Título V da Constituição Federal, dentre os quais o que se contem no artigo 151, em que se lê:

“A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, etc.”

O regime da *bona fide* cedeu lugar ao da efetiva fiscalização.

O poder de modificação unilateral pertinente a contrato administrativo é prerrogativa do Estado e se funda nas exigências do serviço público. (LABAUDÈRE, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, pág. 442).

Para BERÇAITZ, o contrato de concessão de serviços é um contrato de direito público (Teoria General de los Contratos Administrativos, n° 84).

A interferência do poder público é necessária para validar alteração a ser introduzida no contrato, ainda que adstrita a limites convencionados.

Assim, em contrato que consigna preço máximo para o serviço cuja exploração é concedida, a elevação da tarifa, mesmo respeitando o limite fixado, não se pode operar sem o acôrdo do poder concedente.

É dessa modalidade o contrato de concessão que a C. T. M. G. celebrou com a Prefeitura.

E a concessionária assim o entendeu logo que deliberou alterar as tarifas, procurando justificar perante o poder público a procedência da elevação visada, com o fim de lhe obter a aquiescência.

Rechaçada no empenhado esforço, passou a sustentar que, em face da cláusula VIII do contrato, podia a Companhia, mediante simples aviso, elevar as tarifas.

O sentido que deu, por último, à cláusula invocada, distancia-se não só do conceito que deve dominar na interpretação do contrato, segundo os princípios já aduzidos, como se afasta das normas contratuais, que fixam a tarifa inicial, recomendam o comum acôrdo dos contratantes ou o Juízo Arbitral para solucionar divergências.

O aumento dos preços *mediante simples aviso*, diz com os assinantes, pois outro entendimento criaria unilateralidade só tolerável por parte da administração para o único efeito de acautelar o interesse coletivo e nunca para criar um arbítrio em detrimento de indefesos usuários do serviço, cuja taxaço ficaria ao desamparo do contrôle do poder público.

Em face dos princípios básicos e, pois, no conceito comum dos doutrinadores, é fundamental nos contratos de concessão de serviço, do qual aliás decorre como consequência, o poder conservado ao concedente de exercitar eficaz fiscalização.

A exigência, que é da essência do contrato, cresce de importância no que fala com a qualidade e o preço do serviço, que só com assentimento da administração pública podem ser modificados.

Ante a divergência, deviam as partes observar a cláusula XXII, que dispõe:

“As dúvidas sobre as interpretações das cláusulas do presente contrato serão sempre dirimidas por árbitros...

A desaprovação das novas tarifas propostas pela Companhia, atentos os motivos que lhe deram causa, caracteriza, evidentemente, dúvida na interpretação de cláusulas contratuais, que devia ser solucionada no juízo arbitral.

A resistência oposta pela Prefeitura não justifica, porém, a posição que tomou a Companhia, passando a afirmar que por mera cortesia pleiteou o concordância, direito seu que era o aumento de tarifas, *mediante simples aviso*.

Analisada a atitude da C. T. M. G., chega-se à conclusão de que ela entende dispensável, julga prescindível o acôrdo da Prefeitura para poder elevar tarifas — embora muito pelesse pelo conseguir.

Estabelecida tal ponto de vista e consagrado como norma, passará a Companhia a atuar livremente no que concerne à elevação de preços e os consumidores ficarão sem ter quem os assista na revisão de tarifas, ao inteiro abandono de qualquer proteção, sob o império de exorbitante cláusula, que só não se classificará dentre as potestativas porque mitigada com preço teto.

O limite máximo, previsto, não confere, entretanto, movimento livre à concessionária, visto que o aumento dos preços está subordinado à circunstâncias outras que constam da cláusula VIII, além de seus parágrafos ditarem regras para a determinação do custo do serviço para fixação das respectivas taxas, bem como para serem adotadas as taxas de depreciação, mandando aplicar o processo praticado nos Estados Unidos pela I. C. C., mediante verificação feita *de comum acôrdo pelas partes contratantes*.

Nem a opinião de LAUBADÈRE, ao dizer que a tarifa máxima deixa ao concessionário uma parte de iniciativa de liberdade que lhe permite mover-se nos limites do teto (Contratos

Administrativos, nº 752), exclui a participação do poder concedente na mudança dos preços, máxime se esta depende de outras condições previstas no contrato, como ocorre na espécie.

Por outro lado, vale acentuar que se houve conformidade, entre as partes, quanto ao resultado apurado no ano de 1954, revelando lucro de 9,72%, fato que levou a Prefeitura a discordar da elevação de tarifas, o mesmo não aconteceu a respeito do rendimento de 6,72% no ano de 1953, em que se baseou a Companhia para fundamentar seu direito de encarecer o serviço.

Foi o que demonstrou o voto do Árbitro da Prefeitura nos itens 24 e 25.

Não há, assim, como concluir que assistia à concessionária direito inconcusso de majorar as tarifas.

Sob o aspecto legal, convém frisar que, quando a Companhia organizou a nova tabela de tarifas, ainda estava em vigor a Lei nº 1.522, de 26 de dezembro de 1951, proibindo, no artigo 9º, parágrafo único, aumentos de tarifas sem prévia aprovação da Comissão Municipal de Abastecimento e Preços — razão maior para impedir a majoração de preços nos serviços explorados em virtude de concessão, por ato exclusivo do concessionário.

Já antes, dispunha o Dec.-Lei nº 5.144, de 29 de dezembro de 1942, no artigo 6º, que nenhum aumento de tarifas de serviço telefônico será feito sem prévia e expressa autorização dos poderes competentes — disposição legal que não perdeu vigência, visto como não foi revogado e se concilia com os preceitos, antes citados, da atual Constituição Federal.

É certo que a inflação monetária, que asfixia o País, cria presunção bastante para se reconhecer que a Companhia precise de um reajustamento de tarifas, mas, isto não obstante, era-lhe defeso proceder como o fez.

Inadmissível a subida dos preços por ato isolado da Companhia e, ainda mais, faltando firmeza aos motivos básicos de sua pretensão, impõe-se a conclusão de que ela não podia majorar e manter majoradas as tarifas da forma por que o fez.

Está formulada a pergunta submetida aos árbitros nos seguintes termos:

“Poderia a Companhia majorar e manter majoradas as tarifas, da forma por que o fez?”

A pergunta ocupa-se com o modo de proceder, com a maneira de agir.

Assim proposta a questão, forçoso é concluir que, *da forma por que o fez*, não podia a Companhia elevar tarifas.

—x—

O processo para a imposição da multa, inculcado no voto do Árbitro da Prefeitura, redonda em abrandamento que não merece reparo e que, a rigôr, escapa da apreciação do desempataador, já que enseja divergência e uma vez que não é permitido mudar a decisão dos árbitros.

—x—

Pelo exposto, adoto a decisão proferida pelo Professor JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, Árbitro nomeado pela Prefeitura de Belo Horizonte.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 1956.

a) NÍSIO BAPTISTA DE OLIVEIRA”.