

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENCAMPAÇÃO — INDENIZAÇÃO

— A encampação é ato discricionário do poder concedente e independe de previsão contratual, cabendo apenas ao concessionário o direito ao ressarcimento de perdas e danos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

C.B. Martins Junior *versus* Prefeitura Municipal de Itaguaí
Apelação Cível n.º 7 772 — Relator: Sr. Desembargador
BARBOSA MOREIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 7 772, em que é Apelante C. B. Martins Junior e Apelado o Prefeito Municipal de Itaguaí,

Acordam os Juízes da 5.ª Câmara Cível, por unanimidade, e integrando no presente o relatório de fls. 99-100, em negar provimento ao recurso e, por força de parcial reexame obrigatório em segundo grau de jurisdição, condenar o Apelante ao pagamento de honorários de advogado, no valor de Cr\$ 5 000,00 (cinco mil cruzeiros). Custas *ex lege*.

1. O ato impugnado é o Decreto n.º 18/77, pelo qual a Prefeitura Municipal de Itaguaí extinguiu a concessão de que era titular o Apelante, retomando o serviço. Para o desate da controvérsia sobre a legitimidade desse ato é decisiva a sua

qualificação jurídica. Conforme se sabe, a concessão de serviço público pode extinguir-se por diversas causas e formas, com características muito variáveis.

Na espécie, a cláusula 25.ª do contrato de concessão (fls. 14) disciplina uma dessas modalidades, a rescisão por inadimplemento do concessionário, mediante prévio controle judicial. Argumentando a partir da premissa de ser tal o caso, esforçasse o Impetrante por demonstrar que nunca deixou de cumprir as obrigações contratuais e de prestar com eficiência o serviço concedido. Não seria lícito ao poder concedente, ademais, romper unilateralmente o contrato, *ex marte proprio*, com postergação das garantias nele estipuladas em favor do concessionário.

2. Há equívoco, todavia, na premissa em que se baseou o Impetrante. Sua argumentação colheria se realmente se tratasse da

hipótese de rescisão por inadimplemento, regulada no contrato. A semelhante impressão, convém reconhecer, pode levar, à primeira vista, o teor literal do Decreto nº 18/77, quer nos seus *consideranda*, onde se alude a faltas do concessionário na prestação do serviço, quer mesmo no art. 2º, que fala em “rescisão”.

Melhor exame do caso, entretanto, revela que não é disso que se trata. O que na verdade ocorreu foi a encampação pela Prefeitura de Itaguaí, que decidiu retomar o serviço concedido, para voltar a prestá-lo diretamente, por entender que já não consultava o interesse público a subsistência da concessão. As alegadas deficiências na atuação do concessionário não se puseram como “motivos determinantes” do ato impugnado, mas como simples razões — exclusivas ou não, pouco importa — do convencimento da Administração sobre a inconveniência de prolongar-se o anterior estado de coisas. É o que ressalta do art. 1º do Decreto nº 18/77, onde se diz que o serviço é encampado pela Municipalidade, extinguindo-se a concessão, “por ter deixado de existir o interesse coletivo” (fls. 23). A referência a “rescisão”, constante do art. 2º, é atécnica e não pode prevalecer sobre o contexto, sabido como é que o ato jurídico se qualifica segundo o seu verdadeiro conteúdo, não tendo qualquer relevância o *nomen iuris*, eventualmente inexato, que a (s) parte (s) lhe atribua(m).

3. A encampação (ou resgate) da concessão de serviço público é figura bem estudada pelos administrativistas. Entre nós, os autores que se têm ocupado do assunto são todos concordes em caracterizá-la como modalidade unilateral de extinção da concessão, discricionariamente levada a efeito pelo poder concedente, ainda que não esgotado o prazo contratual e independentemente de qualquer previsão no contrato. A ela não pode opor-se o concessionário, ao qual fica salvo, como é na-

tural, o direito de obter amplo ressarcimento dos prejuízos que o ato lhe acarreta — não, porém, o de reter consigo a exploração do serviço. Sendo discricionário o ato da encampação, escapa ao controle jurisdicional, em linha de princípio, o juízo de conveniência feito pelo poder concedente e presumivelmente inspirado em razões de interesse público, cuja procedência ou improcedência não é dado ao órgão judicial investigar.

Tal é a lição uníssona que se colhe na literatura brasileira de Direito Administrativo, consoante se pode verificar pelos seguintes lanços, transcritos a título de exemplos:

“De acordo com esse conceito da concessão de serviço público, o poder concedente é o único juiz da oportunidade e da conveniência de fazer operar a reversão de um serviço público concedido a sua administração direta, com a única condição de que indenize o concessionário das vantagens representadas pelas prestações a que o poder concedente se obrigou no ato da concessão, durante a parte do prazo que ainda não havia decorrido.

Para que o poder concedente possa em qualquer tempo encampar ou resgatar a concessão, não é necessário que a encampação ou o resgate tenha sido previsto no contrato ou no ato da concessão. Evidentemente, o contrato pode autorizar a encampação antes do decurso do prazo. Se, porém, o contrato é omissivo quanto à faculdade de encampação ou de resgate, o poder concedente, nem por isto, deixa de possuir a prerrogativa, que lhe é inerente, de dar ao serviço público a organização que lhe pareça mais oportuna ou mais conveniente, a de resolver, portanto, que um serviço concedido reverta, antes do decurso do prazo contratual, à sua gestão direta” (Campos, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro—S. Paulo, 1958, v. 2 p. 501).

“*Encampação ou resgate* é a retomada do serviço pelo poder concedente, durante o prazo de concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo. Não pode o concessionário, em caso algum, se opor à encampação. Seu direito se limita à indenização pelos prejuízos que efetivamente o ato do Poder Público lhe acarretar. Nesses prejuízos se incluem os lucros cessantes e os danos emergentes calculados na forma contratual, ou, se nada estiver previsto, na conformidade da lei civil. Decretada a encampação, o Poder Público pode entrar imediatamente na posse e administração dos bens e serviços, resolvendo-se posteriormente sobre o pagamento” (Meireles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. S. Paulo. 1964. p. 324).

“*Resgate* ou *encampação* é o ato administrativo unilateral discricionário pelo qual, no decurso do prazo da concessão de serviço público, a administração, mesmo sem culpa do particular, põe fim à colaboração instituída, avocando a si o serviço, por motivo de interesse público, mediante justa indenização paga ao concessionário.” (...) “O *resgate* se consuma por ato unilateral, independentemente da aquiescência do concessionário e sem interferência da atividade secundária e substitutiva do Poder Judiciário, para a atuação coativa da vontade concreta da lei” (Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio—S.Paulo, 1967. v. 3, p. 168-71).

“*Encampação* — Trata-se da modalidade de desfazimento contratual, por *denúncia* da Administração, que, em tema de concessões, toma o nome de *encampação* ou *resgate*. Mediante ato administrativo discricionário, ainda no decurso do prazo da concessão, o Poder Concedente põe fim à delegação e retoma o serviço, por considerações de interesse público. Conforme já expusemos ao conceituar a denúncia de contrato administrativo, deve-se observar

que se trata de ato de *imperium*, contra o qual não se pode opor o concessionário que, não obstante, terá assegurado seu direito de natureza patrimonial, recebendo plena indenização” (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro. 1974. p. 346).

“A concessão pode ser por prazo determinado ou indeterminado, e misto.

O poder público, entretanto, reserva sempre a faculdade de, a qualquer tempo, proceder à encampação da concessão. Esta consiste no ato jurídico pelo qual o poder público chama a si, no curso da exploração, a empresa, para execução do serviço que vinha sendo levado a efeito por terceiros, mediante delegação.

O serviço, apesar de concedido, continua a ser serviço público, por conseguinte permanece o Estado com a prerrogativa de explorá-lo nos moldes mais convenientes à coletividade: diretamente ou por concessão. Quando está sendo explorado por qualquer desses processos, se assim julgar conveniente, pode alterá-los, substituindo um pelo outro, ou mesmo suprimir a qualquer momento a sua exploração. O Estado é o único juiz do interesse público” (Bandeira de Melo, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. In: *Rev. de Dir. Adm.*, (26): 5-6).

4. À luz das precedentes considerações, é impossível anular o ato pelo qual a Prefeitura de Itaguaí extinguiu a concessão, encampando o serviço. Restaria a questão da indenização devida ao concessionário, pelos prejuízos acaso sofridos. Que o poder concedente tem a obrigação de indenizá-los, isso está fora de dúvida. Se no Decreto nº 18/77 se estabeleceram restrições ilegítimas, subordinando o cumprimento de tal obrigação a condições que lesam o direito do concessionário, porém, é matéria que não cabe apreciar neste processo, porque o Impetrante, em vez de

pleitear o ressarcimento de danos, preferiu investir contra o ato em si, no propósito de vê-lo invalidado e retomar o serviço. Conforme se demonstrou, semelhante pretensão é infundada. O outro aspecto do problema refoge ao âmbito da lide, tal como foi posta à cognição judicial, através da formulação do pedido (Código de Processo Civil, arts. 128, 459, *caput*, 1.ª parte, e 460). Só em ação distinta poderia ele ser objeto de apreciação.

5. Denegada a segurança, impunha-se a condenação do Impetrante ao pagamento não apenas das custas processuais, mas também de honorários advocatícios em favor da parte vencedora, nos termos do que dispõe o art. 20, *caput*, do estatuto processual civil, combinado com o art. 273, por força do qual aquela norma é aplicável aos procedimentos especiais, inclusive aos disciplinados em leis extravagantes, desde que não exista regra em contrário nem incompatibilidade com o respectivo

sistema. Nesse sentido é a jurisprudência predominante desta Câmara, cabendo assinalar que a tese foi acolhida em recente pronunciamento do E. 4º Grupo de Câmaras Cíveis, de 22.11.1978, ao julgar os Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 5 856 (Acórdão publicado no *D.O.* — III de 15.3.1979).

É certo que a Prefeitura não apelou da respeitável sentença; mas, na parte em que deixou de condenar o Impetrante na verba honorária, foi ela proferida contra o Município, submetendo-se, destarte, ao duplo grau obrigatório de jurisdição (Código de Processo Civil, art. 475, nº II). Daí ficar o órgão *ad quem* investido de cognição ao propósito, o que legitima a imposição ora feita, fixado em Cr\$ 5 000,00 (cinco mil cruzeiros), com moderação, o montante da referida verba.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 1979. — *Graccho Aurélio*, Presidente e Vogal. *J. C. Barbosa Moreira*, Relator.