

APELAÇÃO CÍVEL Nº 7.772

5ª CÂMARA CÍVEL

Apelante : C. B. Martins Junior
Apelado : Prefeito Municipal de Itaguaí
Relator : Des. Barbosa Moreira

A extinção da concessão de serviço público por encampação é ato discricionário do poder concedente e independe de previsão contratual, cabendo apenas ao concessionário o direito ao ressarcimento de perdas e danos. — Em processo de mandado de segurança, vencido o impetrante, impõe-se a sua condenação ao pagamento de honorários de advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 7.772, em que é Apelante C. B. Martins Junior e Apelado o Prefeito Municipal de Itaguaí.

ACORDAM os Juízes da 5ª 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 nº 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 25ª 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, esforça-se 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 Dec. 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 Dec. 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 natural, o direito de obter amplo ressarcimento dos prejuízos que o ato lhe acarrete — 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 à 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, e resolva, portanto, que um serviço concedido reverta, antes do decurso do prazo contratual, à sua gestão direta” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro — S. Paulo, 1958, vol. II, págs. 50/1).

“Encampação ou resgate é a retomada do serviço pelo poder concedente, durante o prazo da 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” (HELY LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo brasileiro*, S. Paulo, 1964, pág. 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” (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio — S. Paulo, 1967, vol. III, págs. 168 e 171).

“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” (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1974, pág. 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" (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, *Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 26, págs. 5/6).

4. À luz das precedentes considerações, é impossível anular o ato pelo qual a Prefeitura de Itaguí 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 Dec. 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*, 1ª parte, e 460). Só em ação distinta poderá 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.

Des. Graccho Aurélio
Presidente e Vogal

Des. J. C. Barbosa Moreira
Relator