

PARECERES

9.

351(79-81).O:350.78

A encampação e a desapropriação de serviços públicos concedidos.

(Parecer elaborado pelo Prof. Dr. Rui Cirne Lima da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre.)

1 Encampar, na linguagem jurídica, não é termo de conteúdo unívoco: ora significa demitir de si (SILVA PEFEIRA, *Repertório das ordenações*, t. II, Coimbra 1857, verb. *encampação*, nota d, p. 126; LOBÃO, *Apêndice diplomático-histórico*, Lisboa, 1829, § 222 e 223, p. 362); ora restituir (CORRÊA TELLES, *Digesto português*, Coimbra 1860, t. III, n.º 299, p. 51; COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Lisboa, 1917, t. II, § 816, p. 554); ora, passando do efeito à causa, remitir ou desobrigar (CORRÊA TELLES, *Ob. cit.*, t. III, n.º 807, nota a, p. 131; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1876, art. 657, nota 11, p. 439; Ord. Filip., liv. II, tit. 63, § 11); ora, indo adiante, rescindir (DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, t. IV, Lisboa 1875, art. 1612, p. 74) ou mais latamente dissolver (MACEDO, *Decisiones*, Conimbricae, 1734, dec. 96, n.º 4, p. 285) o contrato, de que a obrigação se gera e origina.

2. Por encampação, segundo o uso mais freqüente do vocábulo, entendia-se, porém outrora, de modo especial, o “entregar e restituir ao senhorio a coisa emprazada ou arrendada, pela lesão no foro ou no preço” (PEREIRA E SOUZA, *Dicionário Jurídico*, t. I, Lisboa, 1825, verb. (encampação)).

Trata-se, é visto, como sinalou TEIXEIRA DE FREITAS (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1883, verb. encampação, p. 63 e 64), de entrega ou restituição que se opera “não obstante a duração do contrato, por algum motivo legal” (*Vocabulário cit.*, *lug. cit.*). Era controvérsia antiga “se estas demissões dos prazos foram recíprocamente voluntárias, ou se, de parte do senhorio coactas ou necessárias” (LOBÃO, *ob. cit.*, § 223, p. 362). O mais provável, contudo, é que o senhorio estivesse obrigado a aceitá-las.

Era, a encampação, a resilição do emprazamento, ou arrendamento, de parte do foreiro ou arrendatário, havida como autorizada, quando, a éste, se caso fortuito ou fôrça maior lhe tolhessem ou empecessem gravemente o uso e gôzo da coisa emprazada ou arrendada (REYNOSO, *observations*, Conimbricæ, 1734, obs. 35, p. 227 e seguintes; MACEDO, *ob. cit.*, dec. 96, n.º 6, p. 285, etc.).

A sua vez, entretanto, o senhorio podia antecipar-se à intenção do foreiro ou arrendatário, e oferecer-se para retomar-lhe a coisa emprazada ou arrendada, e não lhe pedir a renda ou pensão (LOBÃO, *Dissertação* em apêndice ao *Processo Executivo Sumário*, Lisboa, 1817, § 15, p. 189). Tocava, então, ao senhorio, a iniciativa da encampação à guisa de oferta de resilir (Cf. GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, 2.^a ed., Lisboa, s. d., t. VIII, p. 181 e 203). Mas, ao senhorio cabia-lhe, desde logo, e por direito próprio, a iniciativa da encampação, em se cuidando de locação de casas, não obstante a vigência do contrato, “quando. . . por algum caso, que, de novo, lhe (sobreviesse) . . . (houvesse êle) mister da casa para morar nela, ou para algum seu filho, filha, irmã ou irmã” (*Ord. Filip.*, liv. IV, tit. 24, princ.; cf. *Cod.*, lib. IV, tit. LXV, L.3). A resilição da locação de casa pelo senhorio, em tal hipótese, chamava-se, é certo, despejo (*Ord. Filip.*, liv. III, tit. 30, § 3). Despejar, todavia, é “desocupar, largar algum prédio” (PEREIRA E SOUZA, *ob. cit.*, t. I, verb. *despejo*; LOBÃO, *Ações sumárias*, Lisboa, 1859, t. I, § 212, p. 339; DIAS FER-

REIRA, *ob cit.*, t. IV, art. 1632, p. 85), o mesmo, pois, que encampar.

A língua vulgar, de resto, assimila, uma à outra as duas vozes: “encampar o cargo” (DIOGO DE COUTO, *Décadas*, Década IV, parte II, Lisboa, 1778, liv. VI, cap. VIII, p. 78) e “despejar o posto” (CONSTÂNCIO, *Novo Dicionário*, Paris, 1868, verb. *despejar* p. 400) são locuções eqüivalentes.

3. Não admira, por conseguinte, que encampar, “ad instar” de despejar, que também designa a ação do senhorio contra o locatário (PEREIRA e SOUZA, *ob. cit.*, I, verb. *despejo*; TELXEIRA DE FREITAS, *Vocabulário cit.*, verb. *despejo*, p. 51), viesse a significar tomar a si (art. 43, Decreto-Lei n.º 2063, de 7 de março de 1940) incorporar a si (MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, Rio de Janeiro, 1953, t. III, n.º 801, p. 85) e, enfim, no que respeita à concessão de serviço público, “chamar a si (o concedente) o serviço concedido” (CAIO TÁCITO, *encampação, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, s., t. XX, p. 196).

4. Encampação, melhor do que resgate, exprime a operação jurídica, a que se junta o vocábulo como denominação.

“Primo”, supõe o resgate (“*rachat*”, “*Rückkauf*”) aquisição antecedente, a que sucede como recompra; quer dizer, supõe alheação definitiva (como na compra e venda), e não, o cometimento temporário do objeto a que respeita (como na concessão).

“Secundo”, recompra-se sòmente o que se alienou: se, pelo concessionário, foram adquiridos e de terceiros, todos os bens aplicados à execução do serviço concedido, não há que falar em recompra pelo concedente do que êste, àquele, lhe não transmitiu (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses*, t. IV, Rio de Janeiro, 1958 p. 320).

“Tertio”, o que recompra adquire, por acessão, e sem outro título ou causa, senão a lei (art. 1140, § único, Cód. Civ.), os melhoramentos acrescentados, entrementes, à propriedade, e os indeniza, segundo o valor, a esta acrescido,

ao passo que, na encampação da concessão de serviço público, “ad instar” do que ocorre, às vêzes, no arrendamento (TELXEIRA DE FREITAS e CORRÊA TELLES, *Doutrina das Ações*, Rio de Janeiro, 1880, § 134, nota 761, p. 319 e 320), a aquisição, pelo concedente, do acervo de bens aplicados pelo concessionário à execução do serviço concedido, deriva de causa ou título convencional ou, seja, de pacto anterior, implícito (“lege publica”) ou explícito (“lege privata”), arredadas, além disso, “in hypothesi” as regras jurídicas, concernentes à acessão, pelas concernentes à tradição (arg. ex art. 1242, Cód. Civ.; cf. RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1946, p. 359; CIANFLONE, *L'appalto di Opere Pubbliche*, Milano, 1950, p. 48, etc) ou, quiçá à transcrição.

5. Dois propósitos principais informam o conteúdo da encampação da concessão de serviço público: de um lado, a revogação, pela administração concedente, da *concessão mesma*, — seja esta, ou não, de natureza contratual (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses*, t. III, Rio de Janeiro, 1958, p. 435), — análoga à rescisão pelo locador, da locação de casa, nos termos da Lei “Aede”, da Ordenação do liv. IV, tit. 24, princ. quarto caso, e, hodiernamente, do art. 1193, § único, do Código Civil (Cf. D. GOTHOFREDUS, ad leg. 3, tit. LXV, lib. IV, cod., n.º 20, *Corpus Juris Civilis cum notis*, t. III, Venetiis, 1843, col. 811); e, de outro lado, a aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados pelo concessionário à execução do serviço. Acessoriamente, pode acrescentar-se, à revogação, uma indenização (assim, o “prêmio da evicção”, da Lei, de 26 de julho de 1912, de Portugal), que, à revogação, sem embargo, a não desnatura (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, Rio de Janeiro, 1959, § 3075, n.º 2, p. 270).

6. A aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados à execução do serviço concedido, não se opera, imediatamente pela encampação, como direta consequência desta.

Salvo os adminículos de tempo e modo de execução, e determinações acessórias, a cláusula, negocial ou legal da encampação, de regra, cria, tão só, à administração concedente o dever de pagar o valor do acervo, pertencente ao concessionário; e a êste, do mesmo passo, tão só, o despoja da “potestas tollendi” (*Dig.*, lib. V, tit. III, de hereditatis petitione, fr. 39, § 1), ou, seja, da faculdade de levantar o mesmo acervo, ou qualquer dos bens que o compuserem, para destiná-los a fim ou fins diversos.

A aquisição do acervo, de propriedade do concessionário, não refugirá, no entanto, ela própria, às normas gerais, pertinentes. Em tais termos, na verdade, a aquisição do acervo, empregado na execução do serviço concedido, pode, pois, dizer-se que é “o efeito de negócio jurídico (ulterior) entre a unidade estatal e a empresa, para que se dê a translação dos bens e negócios” (PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses, cit.*, t. IV, p. 320).

7. Ainda aqui, revela, o tema, afinidades patentes com a disciplina da locação. Não só no respeitante à “potestas tollendi” do locatário, quanto às benfeitorias voluptuárias (art. 516, 119, Cód. Civ.), em se tratando de “locatio rerum”, senão, também, em se cuidando de “locatio operis”, no tocante à aquisição, pelo dono da obra, do que já estiver executado, finda a empreitada de labor e materiais, pela morte do empreiteiro (art. 240, Cod. Com.).

Recorde-se que os sucessores do empreiteiro terão de transmitir ao dono da obra o resultado do trabalho já executado e os materiais já aparelhados, em correspondência à obrigação de pagá-los, que, ao dono da obra, a lei lhe impõe. Na regulação jurídica, negocial ou legal, da encampação, análoga é a solução que, de regra, se propõe.

Finda a concessão, pela revogação, incumbe à administração concedente pagar o valor do que está instalado e organizado, recusada ao concessionário a faculdade de

dispor diferentemente do acervo de bens empregados, até então, na execução do serviço.

A aquisição do acervo, pertencente ao concessionário, efetuar-se-á, segundo as normas gerais aplicáveis, fixado o valor daquele, ou pela cláusula mesma de encampação, ou por arbitramento, ou por acôrdo entre o concedente e concessionário.

8. A encampação, enquanto revogação da concessão, a exemplo, mais uma vez, da locação, aqui da “*locatio rerum*” (Cf. MOURLON, *Repetitions Écrites sur le Côle Civil*, t. III, Paris, 1883, n.º 720, p. 327), supõe o princípio de que a execução do serviço concedido depende da prestação, “*singulis momentis*”, pela administração concedente, ao concessionário, do exercício da competência que, aquela lhe é privativa, de executar, salvas as exceções constitucionais, todos e quaisquer serviços públicos.

Cessada essa prestação da administração ao concessionário cessa, também, formalmente, o caráter publicístico do serviço, embora, materialmente, possa, êle, continuar a desenvolver-se, ainda que indevidamente, sem mudança exterior.

A cessação dessa prestação da administração ao concessionário, que, ela só, publiciza o serviço concedido, não resulta, por isso mesmo, de sair meramente, a administração, do negócio jurídico ou (resilir), senão de retirar-lhe, ela, a êste, elemento essencial, originário, e qualificativo (revogar).

9. Não é, contudo, a encampação, figura jurídica integrante do regime de execução dos serviços públicos nem pode reputar-se, como faculdade, insita “*ex natura sua*” em tôda a concessão de serviço público: a encampação reclama pacto que a autorize, ou implícito (porque a lei assim disponha), ou explícito, assim inserto no negócio jurídico de concessão.

E, posto fôsse, a encampação, complemento indispensável do regime de execução dos serviços públicos, nem

assim se justificaria dilatar-se, por implicação, à disciplina, ainda que de Direito Administrativo, das obrigações e contratos, o que se assere, como princípio geral, acêrca do regime de execução dos serviços públicos, pela circunstância, simplesmente, de que tal ou qual obrigação ou contrato incluisse como objeto da prestação a execução de um serviço público.

Entre os princípios gerais, que dominam o regime das obrigações e dos contratos, e os que informam o regime de execução dos serviços públicos, aquêles se avantajam a êstes, em extensão e compreensão, e êstes, em consequência, não se podem sobrepor àqueles (Cf. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, t. I, Milano, 1915, § 29, p. 87). Briga, portanto, com os cânones clássicos da interpretação integrativa, a posição de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, ao escrever que êsse direito ou faculdade da administração concedente, “quando mesmo não fôsse reconhecido por lei expressa, ou estipulado no contrato, estava subentendido” (*O Direito*, t. LXXXVII, p. 564; cf. *Jêze les Principes Généraux du Droit Administratif*, t. IV. *Theorie Générale des contrats de L'Administration*, Paris, 1934, p. 234; A. de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, n.º 1137, p. 602; etc).

Melhor sentiu a essência do problema DOMINGUES ANTUNES PORTUGAL, no século XVII, quando advertiu “quod licet Deus Principibus subjecerit leges tamen non illis subjecit contractus” (*Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum regiae coronae*, Lugduni, 1726, t. I, lib. II, cap. XI, n.º 10, p. 170).

10. Revogação da concessão, a encampação é, de regra, adscrita a termo inicial, vedada antes de certo prazo, dito, alhures, “prazo de garantia” Se se cuidasse de resgate pròpriamente tal, controvertível seria a validade da oposição dêsse termo (Cf. CORRÊA TELLES, *ob. cit.*, t. III, n.º 368, p. 62; contra, COELHO DA ROCHA, *ob. cit.*, t. II, § 823, p. 559).

E porque revogação da concessão, a encampação, igualmente, embora como cláusula inerente, explícita ou implicitamente, ao negócio jurídico originário, não se pode efetuar, depois de expirado o prazo da concessão.

Se o concessionário, a despeito da expiração do prazo continua a executar o serviço, sem oposição da administração concedente, a revogação dessa nova concessão tácita opera-se como revogação de um precário: “qui precario concedit sic dat quasi tunc recepturus cum sibi libuerit precarium solvere” (Dig. lib. XLIII, tit. XXVI, de precario, fr. 1, § 2).

Nem aqui, sinale-se de passagem, a analogia com a disciplina jurídica da locação desaparece: “si quis ante conduxit postea precario rogavit videbitur discessisse a conductione” (Dig., lib. XLI, tit. II, de acquirenda vel amittenda possessione, fr. 10, princ.).

11. Separa-se, nitidamente, destarte, a encampação, da desapropriação. Sem cláusula, negocial ou legal, de encampação a concessão mesma, enquanto relação obrigacional ou direito de crédito, poderá ser desapropriada (SEABRA FAGUNDES, *da desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942, n.º 37, p. 42); e, suposta a cláusula de encampação, a desapropriação poderá efetuar-se, durante o termo inicial, que, àquela, lhe suspende o exercício, ou depois da expiração do prazo da concessão que, àquela, lhe tolher, de todo, a eficácia.

Conversamente, a encampação pode ter motivação que, à desapropriação totalmente repugnaria. Não é impossível realmente, que a encampação se faça por “interessi non pubblici, nel senso stretto della parola, ad esempio per fini di speculazione” (SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1912, n.º 597, p. 595). Certo, afinidade existe entre desapropriação e encampação. Esta, como aquela, funda um direito público subjetivo do Estado, sobre bens pertencentes ao patrimônio particular.

Na encampação, êsse direito subjetivo público tem como conteúdo o poder exigir, a administração concedente, ao concessionário que não levante, êste, revogada a concessão, os bens aplicados à execução do serviço concedido, para destiná-los a fim ou fins diversos, forçando-o, de tal modo, indiretamente, a transmiti-los à administração concedente, mediante a satisfação do respectivo valor.

12. Não se confunde, por igual, a encampação, com a resolução legal por inadimplemento da concessão, de natureza contratual. Contrato bilateral, quando vasada no molde do contrato (MARIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, n.º 168, p. 101), a concessão é suscetível de resolução legal por inadimplemento, notadamente de parte da administração concedente dada sobretudo, a feição duradoura da prestação, devida pelo concessionário. Diferentemente, porém, da encampação, a resolução legal por inadimplemento não se opera por ato unilateral da administração concedente. “O direito de resolução ou de resilição, — advertiu pertinentemente, PONTES DE MIRANDA, — é munido de pretensão à resolução ou à resilição (Código Civil, art. 1092, parágrafo único, verbis “pode requerer”). Tal pretensão tem de ser exercida, e a ela, corresponde pretensão à tutela jurídica compondo-se, com o exercício, a relação jurídica processual” (*Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 10, p. 350).

Presume-se a intenção de adimplir, e, conseqüentemente, a contestação do contratante, ao qual se quer imputar o inadimplemento, e, daí, a necessidade da ação e do processo correspondente (Cf. DOMAT, *Les Lois Civiles*, Paris, 1756, t. I, liv. I, tit. II, sect. XII, II, p. 50). Tal o princípio acolhido pelo Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União (art. 799, Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922). De outro lado a resolução legal por inadimplemento cumula-se à pretensão a perdas e danos (art. 1092, § único, Cód. Civ.).

São, essas, as perdas e danos resultantes da resolução (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 9, p. 344), a serem indenizadas, não, pelo equivalente da prestação, senão, segundo o “dano sofrido com o inadimplemento e conseqüente resolução” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 9, p. 343 e 344).

Mas, de qualquer maneira, cumular-se-ão à pretensão à resolução legal por inadimplemento.

A encampação, ou seja, meramente a revogação da concessão, quando coubesse a resolução legal desta por inadimplemento, importaria renúncia da administração concedente às perdas e danos que, em tal caso, o concessionário deveria ressarcir-lhe.

Enfim, a resolução legal por inadimplemento, em variação com a encampação, supõe a mora do devedor (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 5, p. 339), com tôdas as implicações defluentes da invocabilidade do conceito.

Resposta à consulta.

1.^a — Pode, o Município, por inadimplemento contratual da concessionária, caracterizado por interpelação judicial não atendida, promover a rescisão administrativa, por decreto, da concessão, ou terá de solicitar o pronunciamento judicial?

A resolução legal por inadimplemento depende de cognição e sentenças judiciárias, nos termos do n.º 12 da exposição.

2.^a — Na hipótese da rescisão administrativa, a fim de que não sofra solução de continuidade o serviço público, qual a medida cabível? Encampação não-prevista em contrato, ou desapropriação?

Ainda que sòmente admissível a resolução legal por inadimplemento, dependente da cognição e sentença judiciárias, a providência, capaz de assegurar a disposição, pela administração municipal, do acervo de bens pertencentes ao concessionário e aplicados à execução do serviço concedido, a fim de assegurar a continuidade e a permanência dêste, é, na hipótese, a desapropriação, acompanhada, quiçã, de seqüestro, se concorrentes os pressupostos indispensáveis. (Cf. SEABRA FAGUNDES, *Da desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942, n.º 44, p. 48). A exposição dilucida as razões da resposta.

3.^a — Em que difere, na hipótese, a encampação, da desapropriação, quanto aos resultados práticos e financeiros para o Poder concedente?
A resposta está dada na exposição (n.º 11).

4.^a — Existem outros meios, que não os administrativos para compelir a concessionária a cumprir o contrato?

Entre nós, no caso da inexecução do serviço concedido, imputável ao concessionário, caberia a providência prevista pelo art. 881, do Código Civil: “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora dêste. .”.

Sòmente, porém o Poder Judiciário poderá autorizar a execução direta, em tal caso. Advertiu agudamente, PONTES DE MIRANDA: “Se, sem julgamento prévio e sem a autorização do juiz, o próprio credor cria por si mesmo, o estado de coisas que o devedor devia produzir, impede-o de executar. Então, está liberado o devedor” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro, 1949, p. 632).

De tal sorte, poderia vir, entretanto, a administração a substituir-se ao concessionário (arg. ex art. 1003, Cód. Proc. Civ.), para a execução do serviço público, na condição de “encarregado de obra ou serviço para si mesmo, por conta de outrem que (seria) o juízo” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV *cit.*, p. 365).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Pôrto Alegre, 17 de julho de 1961.