Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil*[1]
Concession agreement: ownership of public assets, contract termination and the art. 884 of the Civil Code

*Eros Roberto Grau***

RESUMO

Este artigo analisa a propriedade dos bens públicos no contrato de concessão, especialmente na ocasião do seu encerramento. Parte-se do pressuposto de que, embora de propriedade do concessionário quando ainda não incorporadas ao domínio público, as instalações e instrumentos integrados à prestação de serviço público são bens públicos de uso especial. Portanto, as instalações e instrumentos integrados à prestação do serviço público pelo concessionário tornam-se bens públicos quando do encerramento do contrato de concessão.

* Artigo recebido em 13 de junho de 2012 e aceito em 16 de julho de 2012.

** Advogado e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal.

[1] Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos de concessão — bens públicos — equilíbrio econômico-financeiro — contratos administrativos

ABSTRACT

This article analyzes the public goods ownership on the concession agreement, especially when it is over. It is assumed that, although owned by the dealer when not yet incorporated into the public domain, the installations and instruments integrated to the public services provision are public goods of special use. Therefore, the facilities and instruments of the public service become public goods when the concession agreement is over.

KEY-WORDS

Concession agreement — public assets — economic-financial equilibrium — administrative contracts

Escrita jurídica e literatura; bens públicos e bens de uso comum

01. A escrita praticada pelos advogados, pelos magistrados e pelos que escrevem livros e artigos sobre ou em torno do direito é dura, repetitiva para tentar convencer, áspera, jamais caroável (como, aliás, acabo de demonstrar, obrigando grande número dos que leem este texto a recorrer ao dicionário em busca do significado de *caroável*). A escrita jurídica é, assim, bem ao contrário da boa prosa literária, simples e cristalina, se for boa.

De repente, no entanto, encontramos pedaços de escrita jurídica com autêntico sabor de literatura. Textos judiciais e de doutrina que não se esquece, não apenas porque atinentes a questões relevantes, mas também porque literatura, simplesmente.

Desejo lembrar, nas primeiras linhas deste meu texto infelizmente de escrita jurídica (porque não simplesmente prosa literária), um juiz e um professor de minha afeição intelectual e pessoal, Edmundo Lins e Ruy Cirne Lima. Como o que escreveram, um e outro, tem tudo a ver com tema que anda pelo ar — o do encerramento com ou sem prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos —, satisfaço o desejo de provar da boa literatura aproximando-me de questões jurídicas relevantes.

02. Permitam-me como que introdutoriamente lembrar que, embora de propriedade do concessionário, ainda não incorporadas ao domínio público, instalações e instrumentos integrados à prestação de serviço público são bens públicos, bens públicos de uso especial.

Pois bem: em voto memorável, no acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de junho de 1924,[2] o ministro Edmundo Lins observou que "o Código não diz que 'são bens publicos os de uso commum do povo, etc.' mas que 'os bens publicos são: os de uso commum do povo, etc.'".[3]

E prosseguiu:

> A differença é grande entre as duas sentenças: pela primeira, todos os bens de uso commum do povo seriam publicos, ao passo que pela segunda, não.
>
> O Código apenas definiu uma das classes dos bens publicos, a saber, os de uso commum do povo.
>
> Nem poderia ser de outro modo.
>
> Na verdade, bens ha que são particulares, mas que os proprietários deixam, por algum tempo, para o uso commum do povo.
>
> Na cidade de Diamantina, por exemplo, houve um capitalista que destinou uma de suas casas para o uso commum do povo, que vinha, de outros logares e precizava de hospedagem; lá ficava, sem pedir licença, e o tempo que queria.
>
> Com a sua morte, os herdeiros acabaram com esse hotel gratuito e deram ao prédio outro destino.
>
> Nesta cidade, particulares ha que deixam terrenos abertos para o uso do povo, que nelles estabelecem campos de "football", emquanto o proprietário não fecha os ditos terrenos ou nelles não edifica.

---

[2] *Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal* (dir. Antonio Bento de Faria), v. 73, p. 528.

[3] Os bens públicos, assim os classificava o Código de 1916, em seu art. 66: "I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades". O novo Código Civil repete a definição, com algumas pequenas modificações, em seu art. 99 e parágrafo: "Art. 99. São bens públicos: I — os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II — os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III — os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. *Parágrafo único.* Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado".

No mesmo sentido, um também memorável parecer de Ruy Cirne Lima[4] a propósito de uma praça existente, em Porto Alegre, diante da igreja de Nossa Senhora dos Navegantes. A igreja fora construída sobre um terreno doado à Devoção de Nossa Senhora dos Navegantes, constando da escritura de doação a previsão de que o restante do terreno, depois de levantada a igreja, seria "destinado para uma grande praça, em frente daquêle templo, para comodidade do público que concorresse às suas festas e romarias (...) dentro da qual nenhuma outra edificação, além da igreja, poderia ser levantada". O texto do professor Ruy Cirne Lima é primoroso na afirmação da conclusão de que essa praça jamais foi incorporada à propriedade pública, ainda que aberta ao uso comum do povo.

03. O mesmo se dá — digo eu agora — até a sua reversão ao poder concedente, em relação aos bens, de propriedade do concessionário, necessários à prestação do serviço público concedido.

Estaremos então diante de bens públicos de uso especial que, por serem de propriedade privada, serão revertidos ao domínio público no termo do prazo da concessão — o que, de resto, justifica, nesse momento, a reversão.

Lembro, neste passo, quatro lapidares lições de Ruy Cirne Lima:

> Daí devermos preferir chamar-lhes "bens do patrimônio administrativo" aos bens patrimoniais indisponíveis, os quais, sòmente por estarem aplicados a serviço ou estabelecimento administrativo, é que se tornam indisponíveis;[5]
>
> Sinal distintivo dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo é o fato de participarem da atividade administrativa da União, dos Estados, dos Municípios, ou das entidades autárquicas;[6]
>
> De fato, se é suficiente para reputar-se um bem incorporado ao domínio público ou ao patrimônio administrativo que êsse bem participe da administração pública como atividade e se ache, portanto, vinculado ao fim peculiar desta, então devemos concluir que o conceito de domínio público e patrimônio administrativo excede ao de propriedade pública

[4] *Pareceres (direito público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 1963. p. 43-48.
[5] *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 74.
[6] Ibidem, p. 75.

> e que, além dos bens do domínio nacional, ainda outros podem classificar-se como tais;[7]
>
> Podemos dizer, conseqüêntemente, sem ofensa ao Código, que formam o domínio público e o patrimônio administrativo todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta.[8, 9, 10]

Além delas, a incisiva afirmação de Orosimbo Nonato:[11] "(...) o fato de ser a coisa destinada ao Serviço Público não faz com que o concessionário perca sua propriedade".

04. Daí que — completo — as instalações e instrumentos integrados à prestação do serviço público pelo concessionário, bens de sua propriedade até o termo do prazo da concessão (por isso consubstanciam *propriedade resolúvel*[12]), participam da administração pública como atividade e se acham, portanto,

---

[7] Ibidem, p. 75.
[8] Ibidem, p. 76.
[9] Diz ainda Ruy Cirne Lima, ao aludir ao domínio público e ao patrimônio administrativo (Ibidem, p. 78): "(...) nos quais, com os bens das pessoas administrativas, coexistem bens de propriedade particular".
[10] No século passado, referindo-se às estradas de ferro, Léon Aucoc (*Conférences sur l'administration et le droit*) parte do domínio público inalienável e imprescritível, mesmo que fossem construídas por companhias concessionárias e ainda que estas tivessem, por sua conta, comprado os terrenos e custeado as obras de sua construção; o concessionário não detinha sua propriedade e nem mesmo um direito de usufruto ou de enfiteuse sobre elas; o direito de receber os resultados da sua exploração seria um direito especial exclusivamente mobiliário, ainda que a Corte de Cassação francesa lhes reconhecesse a faculdade de exercer as ações possessórias necessárias à salvaguarda da sua utilização ("*leur jouissance*") e ao cumprimento da obrigação, que lhe incumbia, de conservação da estrada de ferro concedida [note-se, porém, que do vocábulo *jouissance* era feito uso, no jargão jurídico, à época, no sentido de *usufruto* (cf. LE ROBERT. *Dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998. tome 2, p. 1.925)]. O que caracteriza o domínio público ensinava Gabriel Dufour (*Traité général de droit administratif appliqué*. Deuxième édition. Paris: Cotillon Editeur, 1856. tome cinquième, p. 78), "*c'est la communauté de l'usage auquel elles* [as coisas] *sont affectés*"; alguns bens se integram ao domínio público mercê de sua natureza (pois não comportam senão um uso comum a todos), outros, em razão de uma afetação definida pela autoridade administrativa como exigência de utilidade pública (p. 79-81). Os bens integrados ao domínio público passavam, é certo, à propriedade da administração. Mas desde então adotava-se a concepção de que integram o domínio público todos os bens que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta.
[11] Voto no RE nº 19.135. *Revista de Direito Administrativo*, v. 40, p. 321.
[12] Arts. 647 e 648 do Código Civil de 1916, reproduzidos, com pequenas alterações, nos arts. 1.359 e 1.360 do novo Código Civil. Ver BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 10, p. 39-40 e BEVILACQUA, Clóvis. *Soluções praticas de direito*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1929. v. II, p. 97-99.

vinculados ao seu fim peculiar. Integram o patrimônio administrativo do poder concedente.

São bens públicos de uso especial.

Essa circunstância confere ao poder concedente da prestação dos serviços públicos a faculdade de regulamentar o uso desses bens pelo concessionário, inclusive para o fim de determinar e regular o compartilhamento desse uso com outros prestadores de serviço público. Esse compartilhamento não poderá, contudo, afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, nem colocar em risco a continuidade da prestação e a qualidade do serviço público concedido.

Extinção de concessão e reversão dos bens de propriedade do concessionário ao poder concedente

05. O § 1º do art. 35 da Lei 8.987/1995 estabelece que, "[e]xtinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato". E, nos termos do seu art. 36, que "[a] reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".

06. O primeiro preceito acima transcrito refere *extinção da concessão*; o segundo, o *advento do termo contratual*.

A doutrina distingue duas modalidades de contrato, os *contratos por objeto* e os *contratos por prazo*. Nos primeiros, há prazo de execução do objeto do contrato. Nos segundos, o *prazo do contrato* o extingue, cuida-se de *prazo extintivo do contrato*.

O de concessão de serviço público é *contrato por prazo*. A concessão resulta extinta no advento do termo contratual.

É porém certo que o encerramento do contrato não se superpõe, necessariamente, à extinção da concessão. Esta pode ocorrer sem que se dê o encerramento da relação contratual.

Daí que o art. 36 da Lei nº 8.987/1995 há de ser lido assim: *a reversão, ao poder concedente, de todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato, far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não*

amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

07. A extinção da concessão acarretará a reversão, ao poder concedente, de todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Não obstante, essa reversão far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Até o momento em que essa indenização for consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento.

08. Ademais, delineada a distinção entre *extinção da concessão* e *encerramento do contrato*, é importante observarmos que parcela dos bens reversíveis, embora sejam bens públicos, até o momento da reversão consubstanciam propriedade do concessionário, propriedade ainda não incorporada ao domínio público. Refiro-me aos bens nos quais tenham sido feitos investimentos, pelo concessionário, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, desde que esses investimentos não tenham ainda sido amortizados ou depreciados.

A propriedade desses bens[13] é do concessionário que neles investiu capital e/ou os adquiriu.[14] Não obstante, hão de ser revertidos — em verdade *vertidos*, os últimos — ao poder concedente ao fim do prazo de concessão. A reversão, como anota Francisco Campos,[15] "resulta do caráter temporário da concessão, é uma consequência do ato de estar a concessão sujeita a limites no tempo". Opera-se automaticamente, por implemento da condição concernente ao prazo da concessão, não devendo, por seu caráter, dar lugar a qualquer indenização, salvo no que concerne às "parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".

---

[13] Note-se que diversa é a situação dos bens públicos utilizados para a prestação do serviço em regime de concessão ou permissão de uso.

[14] Sobre a propriedade das instalações e instrumentos integrados à prestação do serviço público pelo concessionário, ver BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, v. 26, p. 16-18 e BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 33 e segs., v. 8, p. 18 e segs., v. 9, p. 30 e segs. e v. 10, p. 14 e segs.

[15] *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 202.

09. Daí que o tema da *versão* — porque em verdade aí não há *[re]*versão — dos bens de propriedade do concessionário ao poder concedente há de ser ponderado ainda em face da circunstância de o encerramento do contrato de concessão consumar-se apenas mediante e com a solução dos desequilíbrios econômico-financeiros. Refiro-me aqui, por evidente, aos bens de propriedade do concessionário. No que tange a eles, haverá *versão* ao poder concedente; no que concerne aos bens que anteriormente pertenciam ao poder público e foram repassados ao concessionário, serão *revertidos* ao poder concedente.

Encerramento e equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

10. O concessionário é titular do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, contrato que — qual determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição do Brasil — deve conter "cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei".

A esse equilíbrio, no sentido de prover a sua preservação, respeitam os §§ 3º e 4º do art. 9º e o artigo 10 da Lei nº 8.987/1995, o art. 35 da Lei nº 9.074/1995 e, ainda, o art. 65, II, *d* da Lei nº 8.666/1993.

Daí que — como linhas acima observei — embora extinta a concessão, até o momento em que seja recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estará ele a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento. Em suma, o encerramento do contrato é operado mediante a solução dos desequilíbrios econômico-financeiros incorridos no curso de sua execução.

Não importa que poder concedente e concessionário divirjam a respeito desse equilíbrio, seguindo-se discussão judicial. Ainda assim o contrato remanescerá. Não terá sido encerrado. A concessão terá sido extinta no advento do termo contratual, mas a relação contratual perdurará.

11. Dizendo-o em termos amplos, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderá — no caso de concessão de rodovias,[16] que tomo para exemplificar — ser operada mediante:

[16] Ver, v.g., art. 10 da Resolução nº 3.651/2011, da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

(i) aumento ou redução da tarifa de pedágio;
(ii) prorrogação do prazo do contrato;
(iii) pagamento de determinado valor ao concessionário, a título de indenização;
(iv) alteração de obrigações contratuais do concessionário;
(v) modificação nas cabines de bloqueio e de localização de praças de pedágio.

Aumento ou redução da tarifa de pedágio, alteração de obrigações contratuais do concessionário e modificação nas cabines de bloqueio e de localização de praças de pedágio somente serão viáveis na vigência do contrato, desde que essa vigência seja suficiente para permitir aquela recomposição.

Isso não sendo viável, apenas duas opções serão praticáveis: ou se prorroga o prazo do contrato, ou o poder concedente indenizará o concessionário.

12. A prorrogação do prazo do contrato de concessão é possível, sim, mesmo que se trate de *contrato por prazo*, não de *contrato por objeto*. Mais ainda, digo-o incisivamente: o poder concedente (*rectius* a administração) não apenas *pode*, porém *deve* prorrogá-lo pelo tempo necessário à recomposição daquele equilíbrio.

13. Permito-me neste passo insistir no que afirmei em outra ocasião.[17] A autoridade pública não é titular de *direitos* que se possa individualmente arrogar. Cumpre-lhe o exercício de *função pública*. Isto é, incumbe-lhe o *dever* de prover a realização de interesses alheios. Para tanto lhe confere, o ordenamento jurídico, determinados *poderes*. A função pública, assim, é antes expressão de um *dever-poder* do que de um *poder-dever*. A autoridade pública está abrangida, no desempenho da função administrativa, por um vínculo imposto a sua vontade. O *dever* jurídico consubstancia uma vinculação imposta à vontade de quem por ela alcançado. Consubstancia, no caso da *função administrativa*, vinculação imposta à vontade da autoridade pública em razão de interesse alheio, isto é, do todo social. Os *poderes* que maneja a autoridade pública no desempenho da função administrativa são, destarte, poderes que detém exclusivamente a fim de que possa prestar acatamento ao vínculo que afeta sua vontade.

Por isso sustento que a administração, no desempenho da função administrativa, *pode* fazer tudo quanto *deva* fazer; mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais — ou menos — do que *deva* fazer.

---

[17] *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 179 e 183. Ver a nota de rodapé número 1 em meu voto no RMS 27.920, do qual fui relator, no Supremo Tribunal Federal (STF).

14. Daí que, ao concessionário a Constituição atribuindo o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente (*rectius* a administração) não apenas *pode*, porém *deve*, sempre que necessário, com o consenso do concessionário, prorrogar o contrato pelo tempo necessário à recomposição daquele equilíbrio.

Assim, em situações de desequilíbrio incumbe ao poder concedente (i) no curso da vigência do contrato prover a recomposição da equação econômico-financeira contratada, ao seu cabo, se necessário, indenizando o concessionário, ou (ii) prorrogar o prazo do contrato, desde que essa recomposição não seja possível no prazo original de vigência contratual.

O que neste passo importa considerarmos é a circunstância de a relação contratual perdurar, em razão do que não se dá o seu encerramento ainda que a concessão seja extinta.

Por isso mesmo, se o poder concedente vier a promover nova licitação do mesmo objeto, a existência de pendência relativa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato — pendência atinente à concessão extinta — há de ser declarada no edital dessa nova licitação.

Breve síntese

15. Em breve síntese, temos que:

(i) a reversão, ao poder concedente, de todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato, far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido;

(ii) até o momento em que essa indenização seja consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento;

(iii) a propriedade dos bens nos quais tenham sido por ele feitos investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, desde que esses investimentos não tenham até então sido amortizados ou depreciados, é do concessionário que neles investiu capital e/ou os adquiriu;

(iv) não obstante, tais bens hão de ser revertidos — em verdade *vertidos*, os últimos — ao poder concedente ao fim do prazo de concessão; por isso o tema

da *versão* — porque em verdade aí não há *[re]*versão — dos bens de propriedade do concessionário ao poder concedente há de ser ponderado também em face da circunstância de o encerramento do contrato de concessão consumar-se apenas mediante e com a solução dos desequilíbrios econômico-financeiros;

(v) ao concessionário a Constituição atribuindo o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente (*rectius* a administração) não apenas *pode*, porém *deve*, sempre que necessário, prorrogar o contrato pelo tempo necessário à recomposição daquele equilíbrio; assim, em situações de desequilíbrio incumbe ao poder concedente indenizar o concessionário ou prorrogar o prazo do contrato, desde que sua recomposição não seja possível no prazo original de vigência contratual; até que isso venha a ocorrer, a relação contratual perdurará, não se operando seu encerramento ainda que a concessão seja extinta.

Eis, pois, a questão que, desdobrada dessa síntese, se põe: o contrato permanecendo a produzir efeitos, caberia ao concessionário direito à retenção dos bens nos quais tenham sido por ele feitos investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, desde que esses investimentos não tenham sido ainda amortizados ou depreciados?

Antes de respondê-la, será adequada a consideração, embora breve, do tema da vedação do enriquecimento sem causa.

A regra da vedação do enriquecimento sem causa

16. Estando como que a desenrolar um novelo, literariamente, diremos que na história na qual neste texto estou a me enredar há dois momentos: um, o da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; outro, o do enriquecimento sem causa.

A recomposição — seja mediante a prorrogação do contrato, seja mediante indenização ao concessionário — afasta o enriquecimento sem causa. Se essa recomposição não se der, haverá enriquecimento da administração, sem causa, vedado pela regra disposta no artigo 84 do Código Civil.

A primeira exclui o segundo: havendo recomposição do equilíbrio não haverá enriquecimento sem causa; este existirá se a recomposição não deu.

17. A retenção dos bens nos quais o concessionário tenha feito investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido previne o enriquecimento sem causa, enriquecimento a que o encerramento do contrato daria lugar.

Nesse caso a administração seria obrigada a restituir ao concessionário o quanto indevidamente auferiu, feita a atualização dos valores monetários. À recomposição do equilíbrio econômico-financeiro corresponderá, se procedida mediante indenização ao concessionário, anteriormente ao encerramento do contrato, um crédito contratual seu — indenização contratual, note-se — pelo desequilíbrio incorrido.

18. A única observação que neste passo me permito aduzir respeita ao fato de que a vedação do enriquecimento sem causa é *regra* e não *princípio* de direito. O que caracteriza os princípios, essa espécie de regra, é seu grau de generalidade, seu caráter mais amplo e largo de generalidade. Mas os princípios, todos eles, são *regras de direito*. A respeito disso ando a escrever — para negar o quanto afirmei anteriormente —, o que faz prova de que continuo a pensar... Fica, porém, para depois. Não o cansarei, leitor. Ao menos por enquanto.

Retorno à literatura

19. Retorno à boa escrita jurídica, literatura mesmo, de Edmundo Lins e Ruy Cirne Lima. Esta questão tem completa relação com o tema do encerramento com ou sem prorrogação dos contratos de concessão.

Posta a distinção entre bens do patrimônio do concessionário (= propriedade resolúvel) e bens públicos, pergunto-me: a propriedade dos bens nos quais tenham sido feitos investimentos pelo concessionário, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido — tais investimentos não tendo ainda sido amortizados ou depreciados —, poderá ser retida pelo concessionário até a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão?

Suponha-se um contrato de concessão de prestação de serviço público cujo objeto compreenda a recuperação, o melhoramento, a manutenção e a conservação de determinada rodovia. Suponha-se que o termo contratual esteja para vencer e o poder concedente negue sua prorrogação, sem que se dê a recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro. Mais, que certa cláusula desse mesmo contrato estabeleça que a reversão dos bens na extinção da concessão será feita com o pagamento, pelo poder concedente, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pelo concessionário, ainda não amortizados ou depreciados, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade da concessão.

Por fim, que o poder concedente pretenda outorgar concessão da exploração da rodovia a terceiro.

20. Respondida afirmativamente a questão — como há de ser respondida em face do que foi contratado entre poder concedente e concessionário[18] —, a rodovia não poderá ser prontamente transferida a um eventual novo concessionário!

Quase literatura, mas juridicamente incensurável: teríamos então um *bem público* de propriedade (ainda) do primeiro concessionário sendo usado para a prestação do serviço concedido pelo novo concessionário, o que não pode (= não deve) ocorrer.

21. Autêntica literatura no quadro de cláusula contratual como tal. Cláusula que, repito — em plena coerência com o disposto no § 1º do art. 35 e no art. 36 da Lei nº 8.987/1995 —, estabeleça que a reversão dos bens na extinção da concessão será feita com o pagamento, pelo poder concedente, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pelo concessionário, ainda não amortizados ou depreciados, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade da concessão.

O que me permite afirmar que, deveras, os contratos de quando em quando imitam a literatura.

Referências

AUCOC, Léon. *Conférences sur l'administration et le droit*.

BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, v. 26, p. 16-18.

BEVILACQUA, Clóvis. *Soluções praticas de direito*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1929. v. II.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 10, p. 39-40.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 33 e segs., v. 8, p. 18 e segs., v. 9, p. 30 e segs. e v. 10, p. 14 e segs.

[18] Sim, nesse caso a propriedade daqueles bens pode ser retida pelo concessionário até a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I.

DUFOUR, Gabriel. *Traité général de droit administratif appliqué*. Deuxième édition. Paris: Cotillon Editeur, 1856. tome cinquième.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LE ROBERT. *Dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998. tome 2.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres (direito público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editôra, 1963.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

REVISTA DE DIREITO CIVIL, COMMERCIAL E CRIMINAL (dir. Antonio Bento de Faria), v. 73, p. 528.

Voto no RE nº 19.135. *Revista de Direito Administrativo*, v. 40, p. 321.