CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — RESCISÃO

— Configurada a culpa da emprêsa concessionária, justifica-se a rescisão do contrato de concessão.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. Nº 10.597-66

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. nº 471-H, de 30 de janeiro de 1967. "Aprovo. Em 6 de março de 1967." (Assinado Decreto nº 60.340, de 9 de março de 1967).

*

PARECER

Submeteu o Exmo. Sr. Presidente da República, ao exame e parecer desta Consultoria-Geral, a Exposição de Motivos nº B-16-66, do Ministério da Viação e Obras Públicas, acompanhada do respectivo processo, onde se cuida da situação do pôrto de Ilhéus no Estado da Bahia.

2. Do exame dos autos, a matéria pode ser assim exposta:

3. A direção-geral do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, encaminhou ao Conselho do mencionado Departamento, proposta de encampação do pôrto de Ilhéus, no Estado da Bahia.

4. Apreciando a matéria submetida à sua deliberação *ex vi* do item 18, alínea *b*, art. 6º, da Lei nº 4.213, de 14 de fevereiro de 1963, aquêle egrégio Conselho assim decidiu:

"3. O Relator da matéria neste Conselho Dr. Joaquim Xavier da Silveira, representante da Federação das Associações Comerciais, em brilhante parecer, opinou pelo acolhimento da proposta, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Léo Ma-

garinos de Souza Leão, representante da Comissão de Marinha Mercante, e Conselheiro representante da direção-geral do Departamento.

4. O primeiro voto discordante foi o do Conselheiro Júlio Nogueira Júnior, representante do Ministério da Marinha, que se manifestou favorável à rescisão do contrato de concessão, de vez que o Relatório da Interventoria federal no pôrto em aprêço teria oferecido elementos satisfatórios para comprovar a completa inadimplência da concessionária, ferindo dêsse modo o contrato em vigor. Deixou claro, ainda, o voto discordante que a intervenção já constituía penalidade satisfatória, dispensando, assim as demais medidas punitivas, previstas no contrato de concessão. Acompanharam o voto discordante os Conselheiros Valdomiro Rocha, representante do BNDE e Valdo Mário da Costa Araújo, representante do Conselho Nacional de Transporte. Verificado o empate, o Presidente em exercício, na forma regimental, desempatou aceitando a tese da rescisão, pelo que foi baixada a Resolução nº 300.1-66 de 18 de maio de 1966 de vez que a doutrina e a jurisprudência são no sentido de que a Administração é sempre senhora do serviço concedido, não havendo direito adquirido contra o interêsse público."

5. Tendo em vista o disposto no § 1º, do art. 6º, do mencionado diploma legal, o ilustre Presidente em exercício daquele egrégio Conselho, submeteu o assunto à consideração do titular daquele Ministério.

"... que bem decidirá sôbre a matéria de tão alta relevância."

6. A Resolução do mencionado Conselho, foi tomada nos seguintes têrmos:

Resolução nº 300.1-66 — 18 de maio de 1966 — Aprovo. Rescisão do contrato de concessão do pôrto de Ilhéus. O Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis, no uso de suas atribuições, tendo em vista o que consta dos processos CNPVN — 638-65 e DNPVN — 19.269, de 1965, e o que ficou deliberado na 300ª Reunião Ordinária, realizada no dia 18 de maio de 1956 observado o disposto no § 1º do art. 6º da Lei nº 4.213, de 14 de fevereiro de 1963,

RESOLVE:

Recomendar à direção-geral do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis que promova a rescisão do contrato de concessão do pôrto de Ilhéus, atendendo a violação do mesmo por parte da concessionária, conforme esclarece o voto vencedor, aprovado pela maioria dos Conselheiros presentes. Sala das Reuniões, 18 de maio de 1966."

7. Encaminhado o processo ao Conselho Nacional de Transportes, foi o mesmo distribuído ao Conselheiro General Rinaldo Melo de Almeida, representante do Estado-Maior das Fôrças Armadas (EMFA), para funcionar como Relator. S. Exa., em brilhante relatório e voto, assim concluiu:

CONCLUSÃO

1. Consultado o Ministério da Marinha, foi o Estado-Maior da Armada favorável à rescisão do contrato de concessão.

2. Em face do acima exposto e mais pelo que do processo consta, sou de parecer que o Conselho Nacional de Transportes aprove a Resolução nº 300.1-66, de 18 de maio de 1966, baixada pelo Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis, tendo em vista a rescisão do contrato de Concessão do Pôrto de Ilhéus e, conseqüência, proponha sua homologação pelo Exmo. Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas, de conformidade com o art. 3º do Regimento Interno dêste Conselho."

8. No Ministério da Viação e Obras Públicas o processo recebeu alentado e judicioso parecer do Dr. Érico Baumgarten, Assessor Jurídico, o qual, após tecer oportunas considerações jurídicas, fundamentadas na melhor doutrina nacional e estrangeira, bem como na jurisprudência dominante, concluiu:

"22. I) — os fatos:

a) a concessionária, descurando do pôrto e dos canais de acesso, prejudicou o funcionamento do serviço:

b) a Administração, em momento de crise, retomou o serviço, a título temporário, mediante intervenção;

c) a interventoria, tendo alcançado melhor prestação do serviço e menor custo operacional, imputa o baixo rendimento anterior a má gestão da concessionária;

II) e as normas de direito incidentes:

a) a continuidade do serviço público e princípio que informa todo o direito administrativo; a concessionária, responsável pelo serviço, não pode excusar-se do mau funcionamento, argüindo concorrência de culpa da Administração concedente;

b) todo o titular de direito eventual detém o poder de praticar os atos destinados a conservá-lo (Código Civil art. 121) a Administração dada a expectativa do domínio pleno do pôrto, ao prazo final da concessão *podia intervir*, para salvaguardar êsse patrimônio, e, encarregada de assegurar os serviços portuários, *devia* executar a intervenção;

c) a responsabilidade da concessionária pelos danos causados ao serviço portuário gera a obrigação de ressarcir êsses danos.

.....

25. Visto o exposto, concluímos,

a) está configurada a culpa da concessionária;

b) a encampação seria uma liberalidade;

c) a solução (não apenas *válida*, mas imperativa) é a rescisão do contrato".

9. Posteriormente a êsse parecer, o processo foi encaminhado ao Conselheiro Dr. Eduardo Rios Filho, tendo presente seu pedido de "vista", formulado na reunião de 17 de agôsto de 1966. Sua Senhoria concluiu por sugerir:

"... que o assunto seja escaminado numa esfera mais alta e especializada, no caso a Consultoria-Geral da República, antes da homologação, pelo Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas, da Resolução nº 300.1-66, de 18 de maio último, do ..... C.N.P.V.N."

10. Na reunião do dia 21 de setembro de 1966, o Conselheiro J. Bento Ribeiro Dantas, pedindo também "vista" do processo, apresentou seu parecer, concluindo pela encampação.

11. Diante dêsses pronunciamentos, o Conselho Nacional de Transportes, em sua 97ª Reunião, realizada em 12 de outubro de 1966, expediu a resolução C.N.T. 97.4-66 pela qual, por maioria, resolveu

"... sugerir ao Ministro da Viação e Obras Públicas que a matéria de que trata a Resolução do Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis nº 300.1-66 de 18 de maio de 1966, relativa a rescisão do contrato de Concessão do Pôrto de Ilhéus, no Estado da Bahia, com execução a cargo da Companhia Industrial de Ilhéus S.A., nos têrmos dos Decretos números 16.019 e 16.544, respectivamente, de 25 de abril e 18 de agôsto de 1924, seja encaminhada à Consultorio-Geral da República".

12. A fim de dar cumprimento ao disposto no artigo 21, do Decreto nº 58.693, de 22 de junho de 1966, o processo recebeu parecer prévio da douta Consultoria Jurídica do Ministério da Viação e Obras Públicas, o qual finalizou:

"... 20. *Em conclusão* opinamos pela rescisão, pois também entendemos que o ato de intervenção por si só já justificava a medida. Agora então, apurado como está descalabro da Administração anterior, tal medida se impõe (Relatório de fls.)".

13. Assim, devidamente instruído, veio o processo a esta Consultoria-Geral, para exame e parecer.

14. Pelo Decreto nº 16.544, de 18 de agôsto de 1924, foi autorizada a transferência da concessão da Administração do Pôrto Ilhéus, do Estado da Bahia à Companhia Industrial de Ilhéus. Por sua vez, conforme demonstrado no processo, o instrumento contratual sofreu várias revisões, Por último, através do Decreto nº 51.761, de 28 de fevereiro de 1963, o Govêrno mediante intervenção efetivada, retormou a Administração do mencionado pôrto.

15. Embora o decreto de intervenção fixasse o prazo de 90 dias, foi prevista a prorrogação da medida, por ato ministerial, a qual perdura até hoje.

16. Verificada a inviabilidade do prosseguimento da concessão, há que se discutir a forma de resolução do contrato: *encampação* ou *rescisão*.

17. No Conselho Nacional de Portos e e Vias Navegáveis, pelo voto de desempate — conforme já se viu neste parecer, prevaleceu a tese da *rescisão*.

18. Os que defendem a tese da não possibilidade ou conveniência da rescisão, buscam apoio no texto da cláusula XXX do contrato, que dispõe:

"O Govêrno federal, por decreto, poderá declarar rescindido de pleno direito, o presente contrato, sem interpelação ou ação judicial, no caso de ocorrerem duas multas pela mesma infração em intervalo inferior a um ano, bem como no caso de não ser no devido tempo integrada a caução a que se refere a cláusula XXII."

E, como não ocorreu a aplicação de duas multas pela mesma infração em intervalo inferior a um ano, bem como ter sido no devido tempo integralizada a caução, entendem não caber a rescisão.

19. Não compartilho dêsse entendimento. Tenho como possível a justificada rescisão conforme demonstrarei a seguir.

O Estado ao verificar a não continuidade do serviço portuário, por culpa do Administrador, não podia quedar-se, de braços cruzados, ante tal situação. E, como não poderia deixar de ser, providenciou e executou a imediata intervenção. O que estava em jôgo e necessitava ser preservado era o interêsse público.

20. Para demonstrar quea concessionária não cumpriu e não cumpria suas obrigações — o que deu motivo à intervenção — é oportuno transcrever aqui parte dos Relatórios da Interventoria Federal, datados de 20 de abril de 1963 a 25 de abril de 1964, ambos citados no magnífico voto do Gen. Reynaldo Mello de Almeida. Nesses relatórios são apontados os fatos que teriam levado o Pôrto de Ilhéus à situação que precedeu à Intervenção Federal. Dentre êles, são destacados:

a) algumas instalações necessitavam de obras de conservação e de reparos urgentes;

b) a situação econômico-financeira da concessionária era precária, traduzida em deficit potencial crescente, em virtude da incapacidade da Concessionária de atender às necessidades de funcionamento, afigurando-se de difícil solução o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da emprêsa;

c) a receita da Concessionária não dava para assegurar a conservação das instalações e muito menos para atender às necessidades da expansão do pôrto;

d) a precariedade das condições técnico-operacionais respondia pela queda do movimento do pôrto, em virtude de falta de profundidade no canal de acesso, dificultando a entrada dos navios no ancoradouro interno, acarretando enorme custo de operação;

e) taxas exorbitantes da estiva, que motivaram o asfixiamento do comércio exportador;

f) os principais acionistas da Concessionária integravam os capitais de outras emprêsas que exploravam os serviços de alvarengagem e que agenciavam várias emprêsas de navegação constituindo, assim, um grupo econômico que, em operações

conjugadas, dominava, inteiramente, o sistema portuário de Ilhéus, e

g) a Concessionária nada fêz para manter as profundidades do pôrto e do canal de acesso.

21. Demais disso e como prova de que a intervenção federal não foi decorrente de açodamento da Administração, mas, sim, em face da situação deficitária em que se encontrava a Concessionária, — situação essa decorrente da má orientação técnica e precariedade operacional do pôrto, temos o expediente que a Companhia, em 4 de janeiro de 1963, dirigiu ao Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis e em que afirmava:

"Em virtude do exposto, esta Companhia acredita que a única solução para a situação atual acima exposta é a aplicação da Cláusula XXVIII do contrato de concessão, porquanto sòmente o Govêrno Federal dispõe de meios financeiros capazes de evitar a paralisação completa dos serviços do pôrto de Ilhéus, afastando, por outro lado, o agravamento do problema social, com agitações indevidas, a exemplo das denunciadas por nosso ofício nº 32-962, de 27 de dezembro de 1962 (anexo por cópia doc. 3) e finalmente até com eventual desemprêgo."

22. *Data venia,* não procede a argumentação da Emprêsa, de concorrência de culpa, uma vez que o DNPVN não cumpriu compromissos asumidos de concessão de aumento da tarifa então vigente, e da obtenção de empréstimos, em estabelecimentos bancários oficiais, para que pudessem enfrentar a angustiante situação financeira em que se encontrava. O que transparece crstalino dessa afirmação, é o interêsse de transferir ao poder público, a responsabilidade total da má gestão da Emprêsa. Se o Estado assim agiu, outro era o remédio que a Concessionária dispunha para fazer valer seu direito. Nunca, porém, negligenciar na prestação do serviço a que estava obrigada.

23. Vale aqui transcrever, porque em perfeita adequação à espécie, o acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 30.431 de que foi relator o eminente Ministro Nelson Hungria, transcrito no parecer do Dr. Baumgarten:

"Não cabe opor à Administração a *"exceptio non inadimpleti contractus"*. A concessão é um contrato de direito público, tendo, como elemento causal, o interêsse coletivo, não subordinável, irrestritamente, às normas próprias do direito privado."

24. Em conclusão:

Considerando que a intervenção federal veio confirmar, em tudo e por tudo, as faltas graves atribuídas à Concessionária;

Considerando que a situação deficitária da emprêsa, já existia muito antes do Acôrdo Salarial a que se reporta;

Considerando que a Concessionária não cumpriu obrigações contratuais que visavam à rentabilidade do pôrto, como sejam, a dragagem para um canal permanente e a conservação das instalações portuárias;

Considerando que o período de interventoria apurou a má administração realizada;

Considerando que a encampação só trará benefícios à emprêsa que, de há muito, se mostrou deficiente; e

Considerando que a emprêsa Concessionária já não pode explorar, em boas condições de rentabilidade, o serviço público concedido.

Sou de parecer que, está configurada a culpa da Concessionária. Assim, a solução que se impõe é a rescisão do contrato.

S.M.J.

Brasília, 30 de janeiro de 1967. — *Adroaldo Mesquita da Costa.* Consultor-Geral da República.