CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — NAVEGAÇÃO AÉREA — RESCISÃO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Não é possível resolver, sumàriamente, em mandado de segurança, questão relativa a rescisão de contrato de exploração de serviço de navegação aérea.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Panair do Brasil S.A. *versus* Presidência da República e Ministro da Aeronáutica

Recurso de mandado de segurança nº 15.215 — Relator: Sr. Ministro A. M. VILAS-BOAS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, resolve o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Cândido Mota Filho, após ampla discussão da matéria como demonstram notas taquigráficas que integram êste acórdão, indeferir o pedido de Panair do Brasil S. A., sôbre que se formou êste

processo nº 15.215 — D.F., por não haver direito líquido e certo a amparar; sendo a decisão tomada por unanimidade de votos (Custas *ex causa*).

Brasília, D.F., 18 de maio de 1966. — *Cândido Mota Filho*, Presidente. — *A. M. Vilas-Boas*, Relator.

COMPLEMENTAÇÃO DO RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Pelo Regimento da Casa, o *Memorial* é hoje, pràticamente, uma peça do processo. Não se pode fazer abstração do que apresentou o insigne jurisconsulto Seabra Fagundes e dos seus adendos. Nêles operou mão de mestre.

Devo resumir o primeiro e referir-me aos anexos:

1. Há uma conexão de causa e efeito entre o ato malsinado e a falência da Companhia; o contrôle jurisdicional sôbre um, necessàriamente, envolve o outro.

E aí se desenvolve a preliminar de *legitimatio ad causam activa*, assim da Sociedade, que não está extinta, e dos acionistas, na impetração da segurança.

2. O Govêrno não podia, em face do Código do Ar, que disciplina a concessão para exploração da navegação aérea, agir discricionàriamente.

3. Quando, por atos expressos e tácitos, a Administração *concede* um serviço, não pode pretender, ulteriormente, que apenas o *autorizou*.

4. A doutrina e a jurisprudência, bem como a prática brasileira, admitem, inequìvocamente, a possibilidade de prorrogação tácita dos contratos de concessão dos serviços públicos.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, só autoriza a caducidade da concessão, quando ocorre motivo legal específico, excluída, portanto a cassação *ad nutum* da entidade concedente.

6. A deficiência na segurança de vôo, causa invocada para a interrupção das atividades da Panair, deveria ser comprovada por fatos inequívocos, e não resultar de vagas hipóteses, aventadas por uma Assessoria parcial e desmentidas pela conduta posterior do próprio Govêrno.

7. Em nosso sistema jurídico, verificada ilegalidade do ato, opera-se a restauração do direito em si, relegada *a posteriori* o ressarcimento de perdas e danos.

No folheto azul, arma-se uma espécie de diálogo entre a informação e a impetração, em 16 itens, procurando esta rebater as afirmações daquela, como se segue:

1. *Uma* — A continuação das atividades da Panair visava à obtenção de vantagens indevidas — percepção de comissões, majoração de taxas de seguros, débitos por gastos pessoais.

R. — Argüição injuriosa, muito bem respondida no inquérito aberto no juízo da falência, cujas peças não foi possível aos impetrantes trazer ao processo em exame.

2. *INF* — É inexplicável que o grupo Simonsen — Rocha Miranda tenha adquirido vultoso número de ações, em 24-6-61, sendo já de insolvência o estado da Panair.

R. — São homens de emprêsa, que acreditavam no êxito daquela em que se empenharam. O argumento da finalidade ilícita de tal aquisição destrói-se pelo seu próprio ilogismo.

3. *INF* — Os *deficits* operacionais e de balanço da Panair se acumularam em ascensão vertiginosa, de 1961 a 1964, elevando-se aquêles de Cr$ 1.900.000.000 a Cr$ 6.400.000.000 e êstes de ..... Cr$ 400.000.000 a Cr$ 10.000.000.000.

R. — Com intuito alarmista, confunde-se *deficit* operacional com *deficit* contábil. O *deficit* operacional absorve-se, ao fim do exercício, na valorização do ativo, todo êle com o dólar convertido à taxa vigorante no exercício anterior. Não seria melhor a posição dos concorrentes, sendo de sublinhar que, em virtude dos acôrdos celebrados com os países da Europa, a Panair era a única emprêsa brasileira com possibilidade de recuperação.

4. *INF.* — A Panair recebeu de auxílios e subvenções do Govêrno federal, nos três últimos anos, Cr$ 3.650.164.000.

R. — Não se trata pròpriamente de favor, senão de retribuição por serviços prestados. A subvenção internacional, recebida em 1963 (cêrca de Cr$ 550.000.000), propiciou uma retenção de divisas de mais de 10.000.000 de dólares, sendo, pois, módico aquêle auxílio. Aliás, o fato de não ter havido reajuste na prometida contribuição do Govêrno, para equipamento de uma aviação de primeira categoria, explica o endividamento de tôdas as emprêsas de navegação aérea.

5. *INF.* — A Panair está em débito com o Instituto de Previdência.

R. — O próprio Govêrno admitiu um escalonamento para a gradual amortização. As outras emprêsas, igualmente em mora, gozam do mesmo benefício.

6. *INF.* — O Govêrno assumiu as obrigações da Panair para com o Banco do Brasil e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico.

R. — Nunca houve tal. Em relação ao Banco do Brasil, o que há é um regime de moratória para tôdas as Companhias de navegação aérea; e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico é um avalista que nunca foi chamado a honras as dívidas garantidas.

7. *INF.* — A situação econômica da Panair se exprime por débitos no total de Cr$ 103.330.482.000.

R. — Há incorreção nisso, pois há dupla computação da parcela de ..... Cr$ 26.464.250.000.

8. *INF.* — O montante dos débitos exigíveis é superior ao dôbro da receita bruta de um ano e ao total dos auxílios financeiros conferidos a tôda a indústria aeronáutica durante o último ano.

R. — Basta, para demonstrar a inexatidão disso, assinalar que, na falência, o Banco do Brasil só se habilitou por ..... Cr$ 4.000.000.000.

9. *INF.* — Em carta lida no Senado, um dos diretores deu como causa da situação da Companhia a imprevidência dos governos passados que não puderam realizar o reajustamento das subvenções; o que exprime a pretensão de que o Govêrno as majorasse com os impostos pagos pelo povo brasileiro.

R. O que disse o Dr. Sampaio foi apenas que a subvenção para *reequipamento* se reajustasse em função da elevação do dólar. Aliás, as outras emprêsas fizeram a mesma reivindicação.

10. *IFN.* — A Panair, com facilidade para aquisição de dólares a prestações, deixou de amortizá-los.

R. — A verdade é que, em resultado do congelamento das remessas, autorizado pela SUMOC, para tôdas as emprêsas, ante a desatualização da subvenção para reequipamento, a responsabilidade do fato é imputável ao próprio Govêrno, e não à Panair.

11. *INF.* — As taxas de seguros aumentaram, enormemente, depois que o grupo Simonsen — Rocha Miranda passou a controlar a emprêsa.

R. — No que se refere a isso, a posição da Panair havia melhorado sensivelmente em 1964. Comparem-se os quadros e verificar-se-á que a Panair estaria mais favorecida que as entidades congêneres.

12. *INF.* — A Panair pagou a Mário Wallace Simonsen & Sons Trust Corporation a comissão de 4%, pela compra de um DC-8, a título de garantia dada à aquisição.

R. — O pagamento da comissão por aval é de uso corrente no comércio bancário, tanto que a exige o BNDE.

13. *INF.* — A Panair forneceu, em 1963 e 1964, inúmeras passagens de cortesia.

R. — Explica-se: os passes eram, em maioria, de percurso doméstico, isto é: adquirente de passagens internacional recebia, como cortesia, passagem de ida e volta,

entre a cidade de sua residência e o aeroporto de partida para o exterior.

Havia, de resto, concessões de caráter humanitário, para a utilização de cadeiras não vendidas.

14. *INF.* — A Panair, com espantosa desenvoltura, fêz empréstimos de dinheiros a pessoas e emprêsas ligadas ao grupo Simonsen — Rocha Miranda.

R. — Trata-se de contas-correntes entre a Companhia e clientes habituais, e qualquer emprêsa faz isso.

15. *INF.* — A Panair atendia a gastos pessoais de terceiros.

R — As únicas despesas que a Companhia custeava eram as dos seus diretores em serviços. As demais, em demonstração de lisura, eram lançadas em conta-corrente.

16. *INF.* — A Panair afirma que a sua situação era boa, pois o ativo era da ordem de 66 bilhões de dólares. Todavia, com a contabilidade estagnada em outubro de 1964, não pôde mencionar o passivo.

R. — Procura-se confundir. O registro do passivo estava na dependência de dados das agências de vários países da Europa e da Ásia.

SUSTENTAÇÃO DE PARECER

O Dr. Alcino Salazar (Procurador-Geral da República) — Sr. Presidente, Srs. Ministros, no dia 10-2-65, há portanto um ano e três meses, foi proferido despacho de suspensão de autorização para a exploração das linhas aéreas atribuídas à Panair do Brasil S. A. No dia 15 do mesmo mês, cinco dias depois, era decretada a falência desta Companhia. A 9-4-65, há portanto, precisamente um ano, a Companhia impetrava mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da República, praticado em face de exposição de motivos do Sr. Ministro da Aeronáutica, determinando essa decretação.

Inicialmente, o egrégio Tribunal examinará a preliminar de ilegitimidade de partes posta no processo. O mandado de segurança é requerido pelos antigos diretores da Panair do Brasil, nessa qualidade, declaradamente, pretendendo representar, assim, a Companhia, cuja falência foi decretada em fevereiro de 1965. Mas ao mesmo tempo, o requerimento era subscrito igualmente por dois acionistas da Companhia, um dêles também diretor e outro simplesmente acionista. Isto indicava a insegurança em que estavam os próprios impetrantes quanto à legitimidade dos antigos diretores da Panair do Brasil para impetrar o mandado de segurança, para requerer em juízo.

É interessante, entretanto, mencionar a rêde de textos legais que excluem por completo a possibilidade de os antigos diretores da Panair do Brasil a representar ou em seu nome impetrar mandado de segurança. Começo pelo disposto no velho Código Comercial que, no seu art. 335, nº II, declara que as sociedades se extinguem pela quebra. Falência, portanto, é um motivo determinante da extinção da sociedade.

Depois, a própria Lei das Sociedades por Ações, Decreto nº 2.627, de 1940, em seu art. 138, quando declara que a sociedade, cuja falência é decretada, entra logo em liquidação, numa fase que sucede, portanto, à extinção.

Aí temos dois dispositivos precisos na legislação comercial, dando como causa, como motivo de extinção da sociedade, a falência. Em conseqüência, a Lei de Sociedades por Ações, anterior à Lei de Falência, Decreto nº 7.661, dispõe, no art. 40, que desde o momento da abertura da falência ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens. É a perda da capacidade de administrar. Isto de um modo genérico.

Em seguida, o art. 59, prossegue:

"A administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintedência do juiz. Diz o art. 61:

"A função de síndico é indelegável, podendo êle, entretanto, constituir advogado

quando exigida a intervenção dêste em juízo." Chega até a êsse detalhe:

O art. 62 está nestes têrmos:

"O síndico, logo que nomeado, será intimado pessoalmente, pelo escrivão, a assinar em cartório, dentro de 24 horas, têrmo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e de assumir tôdas as responsabilidade inerentes à qualidade de administrador."

Outra afirmação dessa capacidade do síndico por via do art. 63, nº XVI:

" representar a massa em juízo, como autora, mesmo em processos penais, como ré ou como assistente, contratando, se necessário, advogado cujos honorários serão prèviamente ajustados e submetidos à aprovação do juiz."

Está aí esta rêde de dispositivos determinando a supressão da capacidade jurídica do falido e a transposição dessa capacidade para o órgão incumbido de representar a massa e defendê-la.

Ainda outro dispositivo específico da lei própria, da lei reguladora da capacidade de entrar em juízo. O Código de Processo Civil, no seu art. 85, diz expressamente que a massa falida será representada pelo síndico.

E, naqueles casos em que o síndico se omite, quem o substitui ou supre sua omissão? Não é o acionista, não é o sócio da sociedade comercial, não é o falido; é o credor, como está no art. 55 da Lei de Falência. Quando, no prazo de trinta dias, o síndico não promove a ação revocatória no interêsse da massa falida, então o credor pode suprir a falta.

Não há lugar, portanto, para uma representação da massa falida fora desta representação que a lei atribui ao síndico. Dir-se-á, mas o acionista pode — e isto foi alegado — o acionista tem direito, o acionista tem interêsse na sociedade. Êle invoca, então, êsse pretendido direito ou êsse pretendido interêsse para agir em nome da sociedade. Mas como? Sem autorização legal para tanto ou com essa autorização excluída e atribuída a outrem?

O acionista defende os seus interêsses dentro da sociedade, em face da sociedade, mesmo porque não seria concebível que uma sociedade de milhares de acionistas, como é, por exemplo, a Petrobrás, como é a Companhia Siderúrgica Brasileira e como são tantas outras, a cada um de seus acionistas fôsse permitido representá-la em juízo e apresentar uma pretensão em nome da sociedade. E se fôsse admissível essa interferênia do acionista com êsse alcance, chegaríamos, no caso, a um absurdo. No caso, que sucederia se o mandado de segurança fôsse concedido aos ora impetrantes? Se fôsse concedido para retornar tudo à situação anterior, para retornar ao *statu quo ante*? Mas como, A concessão voltaria a quem? Então essa entidade correria o mundo com esta apresentação: "Massa falida da Panair do Brasil Sociedade Anônima", com seu síndico gerindo todo êsse vasto patrimônio. Dir-se-ia, não seria a massa falida, seria a sociedade renascida das cinzas, revivida. Seria "Panair do Brasil S. A." Mas como, se há um decreto de falência, se há uma sentença em virtude da qual se entregou a administração dêsse acervo a um síndico? Há uma decisão judicial. Como se poderia admitir que fôsse desfeita, que desaparecesse essa decisão? Por que deveria desaparecer? Que teria o mandado de segurança ou o ato impugnado com a falência? A falência teria decorrido dêle? Não. A falência foi decretada cinco dias depois do ato impugnado. Apenas cinco dias. E por que? A emprêsa faliu em conseqüência do ato? Não. Jamais. Nem poderia ser assim. Pode o juiz ter feito alusão a essa circunstância no decreto de falência, mas isto não tem a menor significação. Que é que caracteriza a falência? Está no art. 1º do Decreto-Lei nº 7.661. É o simples não pagamento, no vencimento, de obrigação líquida. Entende-se falido aquêle que deixa de pagar no vencimento, obrigação líquida. De maneira que o motivo determinante da falência, é juridicamente totalmente estranho a êste fato, a esta circunstância de ter sido suspensa a autorização para exploração das linhas.

O caso é outro. Bem outro. Em seguida será examinado.

Por tôdas essas circunstâncias, é totalmente procedente a argüição de ilegitimidade de parte. Nem os antigos diretores da Panair do Brasil têm qualidade para representar uma entidade que se extinguiu, nem os seus acionistas se podem arrogar esta qualidade de defensores dos seus interêsses de interêsses de terceiro.

Mas pondo de lado, para argumentar, o problema da capacidade de entrar em juízo, ou da capacidade de representação, entramos na questão da concessão. Insistem os impetrantes, pela palavra autorizada do seu ilustre advogado, em que, no caso, há uma concessão prorrogável. Estamos, inicialmente, de acôrdo em que a matéria de concessão de exploração de linhas aéreas está regulada em dois diplomas legais antigos. É o Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei nº 483, de 1938, e o Decreto-Lei nº 9.793, de 1946, ambos anteriores à Constituição de 1946. Ambos falando, é certo, em concessão de exploração de linhas aéreas, de navegação aérea.

Em primeiro lugar, é preciso atender a que êsses decretos, sendo anteriores à Constituição de 1946, estabeleceram um sistema por esta Constituição alterado. A Constituição de 1946, no art. 5º, nº XV, declara que a União explorará o serviço de navegação aérea, diretamente, ou mediante concessão ou autorização. Distingüiu aí entre concessão e autorização.

Não julgo necessário, aqui, nem útil para o esclarecimento do assunto, fazer a distinção conhecida entre concessão e autorização. É de se perguntar qual o conceito de concessão a que se refere o conteúdo da disposição constitucional. Não temos uma legislação genérica sôbre o assunto, temos legislação específica. Temos uma legislação que regula a concessão de fornecimento de eletricidade, temos uma lei referente à concessão de exploração de riquezas do subsolo, temos uma outra lei referente à exploração do serviço de telecomunicações. Então o que seria a concessão, essa delegação de um serviço público a um particular para executá-lo à sua própria custa, mediante um determinado preço ou uma determinada tarifa? Hoje, como não temos um conceito legal no nosso direito positivo a respeito do que seja concessão, a não ser no que toca a essas espécies, teremos de recorrer à doutrina, na qual, aliás, é mestre dos mais consumados o ilustre antagonista, advogado dos impetrantes. Mas é tranqüilo, hoje absolutamente tranqüilo que a concessão não tem caráter contratual. A concessão é de natureza nitidamente regulamentar, é um ato administrativo disciplinado cometido unilateralmente pela Administração, que fixa, o que é o mais importante, o preço do pagamento do serviço, unilateralmente, sem qualquer interferência, ou sem qualquer colaboração dos concessionários. E esta situação de concessionário pode ser interrompida a qualquer momento no interêsse público, no interêsse do serviço público. Quando se trata de eletricidade, está prevista a encampação quando se trata de concessão de exploração de jazidas no subsolo, é a cassação. Mas é essencial essa possibilidade de retomada do serviço quando o interêsse público assim o exigir.

De modo que, ainda que se tratasse de concessão, não seria essa concessão antiquada, superada, do contrato, a chamada concessão-contrato, seria concessão regulamentar. Hoje, o chamado contrato de concessão não é outra coisa senão a repetição, palavra por palavra, do que está na lei e do que está no regulamento. Mesmo admitindo que se tratasse de concessão dada regularmente, de concessão em vigor, ainda assim poder-se-ia dar a retomada. Haveria ilegalidade, haveria abuso, haveria prejuízos ao ser praticado êste ato? Então o direito dá os meios normais de reparação. A ação de indenização colocaria as coisas no seu lugar, e o direito porventura ferido estaria amparado e satisfeito. Mas, mesmo essa concessão assim entendida — e não pode ser entendida em outros têrmos — existe? De forma nenhuma.

O Decreto-Lei nº 9.793, de 1946, a que fêz alusão o ilustre representante dos impetrante, diz no seu art. 4º — é um de-

creto de apenas oito artigos e é todo êle, por assim dizer, o nosso estatuto disciplinador das concessões de linhas aéreas:

"O prazo das concessões será de cinco (5) anos, podendo ser prorrogado por idênticos períodos sucessivos, quando satisfatória a sua execução no período vencido."

Bem se vê, então, que há uma simples possibilidade de prorrogação. E êsses contratos, como disciplinam essa prorrogação, ou essa possibilidade de prorrogação? Isto, os eminentes Ministros tiveram ocasião de ver, está nos documentos constantes dos autos o teor dêsses contratos. Êsses contratos se referem à concessão de três espécie de linhas: linhas nacionais subvencionadas, linhas nacionais não subvencionadas e linhas internacionais sempre subvencionadas.

Estas são sempre subvencionadas.

Pois bem, fêz-se um tipo de contrato para cada uma dessas hipóteses, e, nos contratos de concessão das linhas nacionais, quer subvencionadas ou não, lá está a cláusula "podendo ser prorrogado, de acôrdo com o Decreto-Lei nº 9.793, de 1946."

Mas, já no tocante as linhas internacionais, não há esta cláusula; ficou intencionalmente excluída essa cláusula de simples possibilidade de prorrogação do contrato.

O último contrato assinado com a "Panair do Brasil S. A." é de 1956, por um período de cinco anos. Depois disto, seguiu-se uma nova política. Em 1963, estabeleceu-se uma nova política, segundo a qual não se faria mais prorrogações; então, ficou excluída essa intenção, essa presunção de prorrogação dos contratos que tivessem os seus prazos terminados. Essa política reguladora da concessão das linhas aéreas consta de numerosos atos públicos, sempre nesse sentido, e nenhuma companhia teve, desta data em diante, um só contrato assinado.

De maneira que, recapitulando, o decreto regulador do assunto, o de nº 9.793, de 1946 admitiu a possibilidade da prorrogação e, nos contratos, essa possibilidade ficou excluída, justamente nos contratos de concessão das linhas internacionais, enquanto foi admitida a possibilidade de serem prorrogados os outros contratos. Não há, pois, como pretender-se, no que diz respeito aos contratos relativos às linhas internacionais, se tivesse verificado tàcitamente, como pretendem os impetrantes, essa prorrogação. Além de tudo, essa prorrogação só se daria com uma condição, cuja verificação é impossível agora: — que o serviço estivesse sendo realizado satisfatòriamente. Era uma condição de fato, que deveria ser verificada para justificar, então, a prorrogação. De sorte que se excluía, também, essa possibilidade de uma prorrogação automática. Nem o caráter regulamentar desta concessão admite essa prorrogação tácita, contra, aliás, as manifestações, como já afirmei, constantes de atos públicos, de que não seria dada nova prorrogação.

De sorte que, na realidade, o Govêrno não tinha necessidade de cassar a concessão e não fêz cassação de concessão; declarou, apenas, supressa a autorização que vinha dando às companhias, para realizar as viagens, sob apenas duas condições: a observância de determinado preço e de determinado horário. Era apenas isto.

De sorte, que, do ponto de vista legal e do ponto de vista jurídico, não há como sustentar-se a permanência dessa situação ou o direito de retornar a essa situação, que era uma situação precária, transitória, não consolidada, uma situação que não era sequer de concessionária. E, se de concessão fôsse, ainda assim estaria sujeita à interrupção, o que é essencial na concessão.

O Govêrno teve o cuidado de justificar o seu ato. Não precisava fazê-lo, mas teve êsse cuidado. A exposição de motivos se refere a circunstâncias, a diligências realizadas no sentido de se apurar a situação em que se encontrava a "Panair do Brasil Sociedade Anônima". Essa situação, aliás, estava já marcada numa carta de nove membros de sua administração, e que se encontra junta ao memorial, onde se pode verificar que é datada de dezembro de 1964, anterior, portanto, a todos êsses fa-

tos. Nesta carta, êsses administradores renunciavam aos seus cargos e declaravam a situação ruinosa em que se encontrava a emprêsa. Isso anteriormente a êsses fatos e até dando um dos motivos determinantes da ação do Govêrno. Então, o Govêrno procedeu a essas diligências e verificou a ocorrência dessas coisas impressionantes que se encontram nas informações oficiais, dadas pelo Govêrno: uma situação, em primeiro lugar, de irremediável "desequilíbrio financeiro". A "Panair do Brasil S. A." vinha apresentando, desde 1961, pelo menos, uma situação de insolvência já irrecuperável, e isto era denunciado não só nos seus balanços chamados operacionais como nos balanços contábeis. Nesta última espécie de balanço, como todos sabem, são levados em consideração os dados da contabilidade. São certas parcelas convencionais, certos valôres estimativos que, muitas vêzes, não coincidem com a situação real da emprêsa. Pois bem, nesses balanços de contabilidade, aí mesmo, verifica-se essa situação de desequilíbrio, sendo que, em 1964, o desequilíbrio se expressou pela cifra de 10 bilhões de cruzeiros. Mas, ao lado dêsse, há o balanço operacional, que é êsse cotejo entre a receita de uma emprêsa e as suas despesas, o gasto com operações, aí já com dados realistas, obtidos em perícia, dados periciais. Então se verifica que no ano de 1961, o deficit foi de um bilhão e novecentos milhões; em 1962, de três bilhões; em 1963, de seis bilhões; em 1964, já abordando os sete bilhões.

Esta a situação da companhia, do ponto de vista financeiro, isto é, em razão dos seus próprios balanços, isto é, em razão dêsse balanço operacional, que é êsse cotejo realístico entre receita e a despesa. Fora disto, a companhia tinha um volume de dívidas simplesmente fantástico, devendo ao Banco do Brasil 26 bilhões e quarenta e tantos milhões; só em débitos vencidos com o Banco do Brasil, 11 bilhões e fração. Portanto, um estado de falência absolutamente irrecuperável. Para com a previdência social, débitos de dois bilhões; débitos a vencer, para com o Banco do Brasil, para com o Tesouro Nacional e para com terceiros, 62 bilhões. Era essa a situação da emprêsa, com cifras volumosíssimas, e essa situação decorria, naturalmente, de uma administração ruinosa, de uma administração em que se tivesse dado, abusivamente, desvio de bens. E a responsável última por tudo isso era a União, quer por via das subvenções, quer pela responsabilidade dêsses estabelecimentos oficiais, quanto a êsses débitos, que iam num crescendo de hora para hora. E, se fôsse preciso uma demonstração dada pelo próprio impetrante, dêsse desequilíbrio financeiro, dêsse caos financeiro, bastaria atentar no teor do memorial distribuído pela impetrante, em que, entre outros itens, o de nº 14, na pág. 17, diz o seguinte:

"A Panair "com uma sem-cerimônia espantosa, emprestou às pessoas e às emprêsas ligadas ao Grupo Mário Simonsen — Celso Rocha Miranda", várias quantias."

Esta é a conclusão do memorial, e as informações respondem da seguinte maneira:

"Trata-se não de empréstimos, mas de contas correntes, com clientes habituais dos serviços da emprêsa. E essa modalidade contratual de crédito é comum a qualquer emprêsa do gênero."

Ora, a Panair é acusada de ter feito empréstimos a pessoas dos grupos que a dominavam e vem a defesa e diz que isso se dava não por empréstimos, mas por contas correntes. Ora, o empréstimo é um contrato que pressupõe certas garantias, um título que dá uma execução sumária, que assegura uma compensação, determinados juros, e está submetido a determinado prazo. A conta corrente não: é uma retirada de dinheiro sem qualquer formalidade. E isto se repetiu. O laudo menciona isto em várias de suas partes. Há retiradas inexplicáveis de dinheiro, sem sequer finalidade declarada, mediante simples débito em conta corrente de particulares ligados aos dois grupos que, sabidamente, dominavam a emprêsa, que eram os titulares de suas ações e que eram, também, diga-se desde logo, os mesmos acionistas, das companhias de seguros de que era cliente a Panair do Brasil.

Isto quanto à parte financeira. Agora, quanto à parte técnica, são impressionantes os dados relativos a êste assunto, interessando já à segurança dos vôos. Há, nesse sentido, comprovações incontestáveis, confissões mesmo dessa situação. Há relatórios de comandantes das aeronaves citando fatos concretos e numerosos de omissões, de falhas e até mesmo de falta de aparelhos essenciais à segurança de vôo. Tudo isso, em conseqüência, como um reflexo dessa situação de desequilíbrio financeiro.

De maneira que, na realidade, o Govêrno não podia deixar de adotar essa providência e essa providência não poderia, por motivos óbvios, ser adotada com um prévio anúncio, com um edital para ciência de todos, ou com uma comunicação aos interessados a tempo de adotarem medidas que pudessem pertubar a solução adotada no interêsse do importante serviço.

De modo que, quer do ponto de vista legal, quer do ponto de vista dos fatos, não se podia deixar de dar, no interêsse do próprio país e no interêsse da segurança de um serviço que se estendia por uma grande parte do mundo, não podia deixar de ser adotada essa providência acauteladora.

Fala-se, também na injustiça que teria havido, com o deixar ao desamparo cêrca de cinco mil funcionários, É um argumento, *data venia* trazido, para impressionar, apenas para criar uma situação de antipatia em relação às autoridades governamentais. Mas até mesmo essa afirmação é absolutamente infundada. Não existe essa situação, que já foi corrigida. Tenho aqui um documento oficial, proveniente do Ministério da Aeronáutica, um ofício dirigido ao Procurador-Geral da República em que se informa a situação e o aproveitamento do pessoal da Panair.

Está assinado pelo Chefe de Gabinete do Ministro da Aeronáutica. De modo que a esta situação o Govêrno foi sensível, teve para êste problema também voltada a sua atenção, embora isso nada tenha com a questão de direito discutida no mandado de segurança. Entretanto, são esclarecedores êsses fatos, porque são argumentos utilizados pelos impetrantes.

Não desejo ocupar, por mais tempo, a atenção dos eminentes julgadores. Apenas desejo assinalar que essa questão é da maior importância para o interêsse não só do acêrvo da emprêsa, de quantos nela sejam interessados, não só no serviço importantíssimo que realiza, mas também para o próprio país.

Sendo, pois, sem fundamento na lei e em inteira contrariedade com os fatos apontados, a pretensão dos impetrantes, espera-se que o mandado seja indeferido.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas-Boas (Relator) — Os autores são três, mas o pedido é um só: "... uma vez declarado nulo o ato impugnado, bem como os que dêle são conseqüentes, restituir-se-á à primeira impetrante a exploração das linhas aéreas que vinha explorando, volvendo tudo ao *statu quo ante*".

Na contrariedade de fôlha 81-125, suscita-se questão referente à *legimatio ad causam activa*, a qual tenho por improcedente.

Quando a Panair veio postular, perante esta Alta Côrte, direitos de concessionária de serviços de navegação aérea, já se apresentou em condições de infortúnio. Sua falência havia sido decretada, a 15.2.65, por juiz da Guanabara, em réplica a uma proposta de concordata preventiva (fôlha 75). Sustenta-se que, com a sentença, a sociedade se dissolveu e os ex-diretores perderam a qualidade de seus representantes.

Mas, a meu ver, pelo menos na perspectiva da impetração, a tese não tem autenticidade.

Dispõe o art. 138 do Decreto-Lei nº 2.627 que a sociedade entrará em liquidação judicial, no caso de falência, pela forma prescrita na respectiva lei. Não está dito aí, nem o prescreve o Decreto-lei nº 7.661, que a companhia falida se reputa, automàticamente, extinta. Sofre restrições, mas não é alijada do mundo jurídico: conserva a

pode socorrer-se da concordata suspensiva capacidade para opor-se à declaração da quebra e efeitos (art. 11, § 4°, e 18, § 3°); (art. 117), requerer reabilitação (art. 198) e adotar outras providência (art. 36). E quem assim atua não desaparece, pois *mors omnia solvit.*

A massa falida é uma entidade de ficção, uma como pessoa jurídica, imposta pela necessidade da defesa dos interêsses creditórios reduzidos a uma unidade conceitual. Dirige-a o síndico exclusivamente com esta incumbência e finalidade. E não há-de ser êle, senão o próprio falido, quem se oponha à eficácia da sentença declaratória da falência.

Vamos, pois, ao *meritum causae.*

Em primeiro lugar, surge o problema da conexão causal, em têrmos que, conforme verificamos, não pode ser solvido por forma dirimente.

Dá o Govêrno como uma das razões do seu procedimento a situação de insolvência da Panair. Replica esta, sem negar o fato, que as dificuldades financeiras e a conseqüente impossibilidade de realizar os seus compromissos são imputáveis, exclusivamente, ao abuso de autoridade sofrido.

Diz o Govêrno: Não é possível que continue a concessão com uma emprêsa falida. E realmente não o é. Propõe então a impetrante: Anule-se a sentença de falência, de que é causa única o decreto do Govêrno, e tudo tenderá à normalidade, com o lógico desaparecimento dos efeitos maléficos.

É êste o enigma que deve ser decifrado.

Como se sabe, uma falência não se prende a uma só causa, senão a várias causas. E, na coexistência de muitos antecedentes, não é fácil determinar, *in ictu oculi,* como se faz para mandado de segurança, qual dêles operou como causa, não preponderantemente e sim decisivamente.

Por isso mesmo, o legislador preferiu abstrair-se das causas, para situar a questão no domínio chamado empírico: "Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva" (Decreto-Lei n° 7.661, art. 1°).

A Panair não teria solvido obrigações positivas e certas e legalmente foi declarada falida.

Argumenta-se que os motivos da sentença se subsumem na violência cometida. Reconhecida esta pelo Supremo Tribunal, inclui-se na sua prestação a nulidade da sentença, que é o grande impedimento a que a emprêsa possiga nas suas atividades.

Mas, suponhamos que o *writ* fôsse assim outorgado, que se seguiria?

Como executar a ordem, como as implicações que, inevitàvelmente, emergiriam? Que garantias poderíamos oferecer e assegurar aos portadores de títulos vencidos, já habilitados na falência? Poderíamos classificá-los como beneficiários do ato de fôrça, quando não participaram dêle e têm, em verdade, direito adquirido à execução coletiva?

O Congresso Nacional, e só êle, poderia prover a respeito, com uma nova lei de moratória e reajustamento. Não a Justiça, porque, se o fizer, se sujeitará, universalmente a êste reto juízo: no Brasil, instituiu-se uma ditadura judiciária. A sua Suprema Côrte não sòmente exerce contrôle jurisdicional sôbre o Executivo, mas também estende a sua injunção ao Legislativo. Não seria melhor que se observasse o princípio da separação dos Podêres?

Subsistirá, pois, salvo cassação pelos recursos normais, o processo falimentar, intransponível obstáculo a que a Panair continue a prestar serviços de navegação aérea.

Passemos, porém, ao segundo ponto.

A garantia da sobrevivência da Panair estaria no contrato de concessão.

A Constituição atribui privativamente à União a exploração dos serviços de navegação aérea, que serão realizados mediante autorização ou concessão.

A concessão se outorga por contrato porque assim dispõem o Código do Ar e o Decreto-Lei nº 9.793-46, ainda em vigor. O art. 4º dêste Instrumento preceitua: "O prazo das concessões será de cinco anos, podendo ser prorrogado por idênticos períodos sucessivos, quando satisfatória a sua execução no período anterior".

Tenho algumas considerações doutrinárias a fazer, antes de me referir às informações.

O eminente Prof. Francisco Campos observa que existe larga e difusa controvérsia entre os autores quanto à natureza da concessão, sustentando uns que se trata de ato unilateral ou regulamentar revogável *ad nutum* da Administração, e conceituando-a outros como autêntico contrato.

Todavia, ainda os que, como Jèze, vêem na concessão puro meio para assegurar o ium de funcionamento do serviço público, regendo-se por princípios e regras peculiares, excrbitantes do direito civil, não fazem abstração do vínculo jurídico que é fonte de mútuos direitos e obrigações (*Direito Administrativo*, vol. I, pág. 281 e seguintes).

Certamente, a perfeita concessão é um contrato, porque é negócio contraído por módulo *ne varietur*: encontro de vontades, gerando o consenso; objeto lícito, que consiste na prestação de um serviço; forma prescrita em lei; elementos acidentais, determinando as obrigações recíprocas.

O contrato tem, na ordem civil, eficácia de lei entre as partes. Daí o princípio lapidarmente enunciado por Chiovenda, a que tanto se afeiçoa a moderna jurisprudência e a que se apega hàbilmente o insigne patrono da impetração: "O processo, tanto quanto pràticamente possível, deve dar ao titular do direito tudo o que êste legitimamente pretende".

Mas, *jure publico*, as coisas são diferentes.

Marcel Waline, por exemplo, adverte: *"On voit que la circunstance que le concessionnaire est associé à la gestion d'un service public produit de nombreuses et importantes consequences, qui differencient très nettement la situation du concessionnaire de celle d'un contractant de droit privé"*. — E uma das conseqüências da distinção é, a seu ver, esta: *"L'Administration reste donc toujours maîtresse du service. Le concessionnaire ets chargé de l'exécution du service, mais les conditions générales de cette execution restent fixées par l'administration, et par elle seule. Il n'y a pas le droit acquis contre l'intérêt public. La jurisprudence réserve seulement le recours en indemnité du concessionnaire"* (*Tr. Élém. de Droit Administratif*, p. 387 segue).

Em contrato celebrado segundo as regras do direito comum, é defesa a inserção de cláusula que sujeite uma das partes ao arbítrio da outra (código Civil, art.115). No contrato administrativo, ao contrário, a condição potestativa de resilição, declarada unilateralmente, é implícita. O denunciado *fait du prince* tem sua justificativa no interêsse coletivo, causa final do contrato, de que o Poder Público é o árbito.

Mas as coisas emanadas de ilegalidade podem ficar assim? Estamos acaso firmando um *bill* de indenidade? De modo algum. A lei e os princípios impõem o equilíbrio financeiro do contrato. Se a parte eventualmente mais poderosa adquire supremacia para o fim de rescindir, parecendo-lhe isso conveniente ao alto interêsse do povo, no momento seguinte a igualdade se restaura, para o pleno ressarcimento oriundo do abuso de poder. Há-de imperar sempre, em tôdas as relações humanas, aquêle conceito da *Justiça* que Dante proclamou: *"Dealis et personalis hominis ad hominem proportio, quase servata, hominum servat societatem, et corrupta, corrumpit"*.

Nada de injustiça, mas a Justiça, que em verdade é, tem também o seu modo de ser.

A ação mandamental não seria adequada para a anulação do ato administrativo, com restauração das coisas *ad statum ante*. A lei e os princípios se opõem a que o poder Judiciário, sobrepondo o seu critério ao do Executivo, expeça um preceito

ou mandado para que voltem a voar as aeronaves da Panair.

Não poderíamos apresentar elementos de ordem jurídica e, muito menos, de ordem técnica para uma solução desta envergadura. Não seríamos, se decidíssimos de outra maneira — penso eu — rigorosamente fiéis ao interêsse público, que é o fim visado.

Finalmente, há a observar que estas considerações são feitas na pressuposição de um contrato válido e plenamente operante.

Não é ainda assim.

No senso comum, é inconcebível que a Panair e outras Companhias de aeronavegação venham operando como simples permissionárias. Com enormes investimentos e engajamento de numeroso pessoal, nenhuma delas, ao que se informa, regularizou a sua situação, prestam tôdas serviço público, com a nota de precariedade.

As conseqüências disso serão apreciadas *opportuno tempore*, na ação própria.

Mas o fato é que, apesar do disposto no Decreto-Lei nº 9.793-46, que estabelece normas para a exploração das linhas regulares de navegação aérea, a Diretoria da Aeronáutica Civil não outorgou, desde 31.12.58, nenhuma concessão, nem renovou as antigas. "No caso específico da Panair — informa-se — o último contrato assinado, de acôrdo com os documentos apresentados com a petição inicial, é datado de 31.8.56. O referido contrato — como todos os outros, aliás —, tendo sido realizado para vigorar, pelo prazo determinado de cinco anos, é claro que o mesmo terminou em 1961". Acrescenta-se que, "a partir de 31.12.63, quando se venceu o último contrato assinado em 1958, com prazo de cinco anos, as emprêsas de navegação aérea passaram a explorar as linhas nacionis e interncionais a título precário, dependendo a dita exploração, exclusivamente, da aprovação dos respectivos horários e freqüência" (fôlha 106).

Queixam-se os impetrantes de que a Panair foi retirada do ar, *ex abrupto*, sem prévia notificação e competente processo, em que se lhe garantisse alguma defesa. Isso não é negado, mas foi explicado *quantum satis*, no item VI, fôlha 119, sob a epígrafe — *Situação financeira e a segurança de vôo (lê)*.

De qualquer modo, não há direito líquido e certo a ser amparado, no momento.

Se é devido algum ressarcimento ou reparação, deve ser postulado pela via ordinária, em que se verifique a culpa e se avaliem as responsabilidades.

Nego o pedido.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO ESCRITO

O Sr. Ministro Prado Kelly — Sr. Presidente, tendo recebido memoriais das partes interessadas, elaborei voto cuja conclusão, para honra minha, coincide com a do eminente Sr. Ministro Relator.

Em deferência ao Tribunal e em atenção aos litigantes, passo a ler o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Prado Kelly — A presente segurança foi impetrada contra o despacho presidencial que, aprovando exposiçoã de motivos do Ministério da Aeronáutica, suspendeu as autorizações administrativas dadas à Panair do Brasil S. A. para a exploração de linhas aéreas nacionais e interncionais.

E o fim do *writ* abrange:

a) a declaração de nulidade do mesmo ato bem como dos "que dêle sejam conseqüentes";

b) a restituição à Panair (representada por antiga Diretoria) da "exploração das linhas aéreas que vinha explorando, voltando tudo ao *statu quo ante*."

É patente a *idoneidade* do "mandado" para alcançar os objetivos da impetração.

O ataque ao ato administrativo exigiria se deslindasse prèviamente a questão de saber se a exploração do serviço federal (prevista no art. 5º, XII, da Constituição)

se fazia, na espécie, por meio de "concessão tàcitamente prorrogada" (como pretendem os impetrantes) ou "em regime de autorização" a título precário (como sustenta a autoridade pública).

Nesta última hipótese, não haveria direito alegável pela permissionária, pois a Administração, valendo-se de opção constitucional (cit. art. 5º, XII), teria agido nos limites estritos da sua "discricionalidade", como a define R. Alessi: "margem de apreciação do interêsse público concreto, ao decidir quanto à oportunidade de agir ou quanto ao conteúdo da atividade" (*Diritto Amministrativo, ed* 1949, vol. 1º, página 139).

Na primeira hipótese, estaríamos diante da interpretação de *cláusulas contratuais,* especialmente a do *prazo.* e de circunstâncias de *fato,* posteriores ao término do ajuste e suscetíveis (segundo se argúi) de caracterizar a recondução dêle, não formalizada em têrmos próprios e sem obervância de exigências legais, como fôsse a de registro obrigatório no Tribunal de Contas. Mas, se a controvérsia se estabelece sôbre fatos, provas ou presunções (ainda que à luz de conceitos doutrinários), a complexidade da indagação não se coaduna com a índole do "mandado de segurança", que pressupõe uma situação jurídica esteada em *documentos* de valor incontestável, e não uma pretensão jurídica dependente de demonstração ou depuração processuais. A aceitar-se, contudo, que a existência de uma "concessão tàcitamente prorrogada" emerja do conjunto de conjecturas e deduções em que se firmam os impetrantes, não é de aceitar a prestabilidade do *writ* para impedir o poder concedente de exercitar faculdade implícita em tôdas as concessões: a "rescisão unilateral", em decorrência do "princípio fundamental" (apontado por Jèze) de que "o serviço público concedido continua a ser um serviço público" e é *direito inalienável* da Administração organizá-lo segundo as necessidades do *público interêsse* (*Principios Generales del Derecho Administrativo,* ed. 1950, 6/324). Esta verdade, já proclamada pela Alta Côrte *Revista de Direito Administrativo,* 30/296), conta com o abono dos tratadistas do melhor porte.

Insiste, p. ex., André de Laubadère (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs,* ed 1956, volume III, p. 155) que "o poder de rescisão unilateral da Administração, sem previsão em contrato e sem instituição em lei, constitui uma regra pròpriamente original do direito dos contratos administrativos". "Não tem equivalente em direito privado, pois nos contratos civis não pertence, em princípio, a um dos contratantes rescindir unilateralmente o contrato, ao menos nos contratos de duração determinada". Tal poder se assimila à faculdade, reconhecido à Administração, de introduzir mudanças nas cláusulas contratuais em curso de execução; importa em alterar a cláusula relativa ao prazo (página 158). E repousa na existência de mudança ocorrente na organização ou nas necessidades do serviço: "A idéia geral que o justifica é que a Administração deve poder, apesar das cláusulas convencionais, pôr fim aos contratos que se tornam inúteis ou não se adaptam aos reclamos da coletividade (conquanto sob reserva de indenização ao co-contrante); não deve ser obrigada a continuar recebendo prestações inúteis" (pág. 158).

Trata-se de regra geral, aplicável às diversas categorias de contratos, com a só exclusão dos que tenham caráter ùnicamente financeiro (empréstimos públicos, etc.), porque, nesse caso, a rescisão colimaria apenas satisfazer puros interêsses pecuniários, que não correspondem ao fundamento real da instituição (pág. 159; cf. Badaoui — *Le fait du prince,* pág. 120).

Para ser lícita, a recisão deve fundar-se em "motivo de interêsse geral". E, quando se permite ao juiz do contrato a apreciação de tal motivo, a sua ação se cinge à verificação da existência dêle "e não se estende à apreciação do seu valor". "O poder de rescisão unilateral, de que dispõe a Administração, constitui uma prerrogativa exorbitante. Sua contrapartida reside no direito do co-contratante a uma indenização de rescisão, quando, é bem de ver, a rescisão não constitui a sanção de falta co-

metida por êle na execução do contrato" (pág. 163).

E corretamente pondera Rafael Bielsa, em trecho de sucinto ensino, que bem se adapta ao objeto da causa em julgamento:

"A recisão decretada pela Administração Pública é evidentemente um ato *jure imperii* e, por conseguinte, só só pode dar lugar ao procedimento administrativo. É decisão *executória*. O contrato pode, por via contencioso-administrativo (apenas judiciária em nosso sistema nacional) demandar a indenização, os danos e prejuízos causados pela decisão do Poder Administrador, mas então a *competência judicial não se estende ao julgamento do ato administrativo, senão consiste no exame da causa alegada;* o juiz *limita-se* a declarar a responsabilidade da Administração, ou a do contratante, conforme o caso." (*Derecho Administrativo*, ed. 1947, vol. I, pág. 509).

Se, por absurdo, se negasse tal competência ao poder concedente, os próprios fatos demonstrariam a inviabilidade de restituir a exploração de linhas aéreas, nacionais e internacionais, a uma sociedade anônima judicialmente dissolvida por efeito de falência e em liquidação no mesmo processo (Código Comercial, art. 335, II; Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, art. 128, *c*). E, mesmo reconhecendo que as sociedade falidas se representem "na falência" pelos seus diretores, administradores, gerentes ou gerente ou liquidantes, na forma e sob as sanções do art. 37 do Decreto-Lei nº 7.661, inconcebível seria fazê-los substituir o síndico na defesa dos interêsses da massa ou na iniciativa de "mandados de segurança", como o presente, em que se visa, não só a anulação do "ato administrativo", senão também à dos "atos dêle conseqüentes". Se entre êsses "atos" se tentou incluir os do juízo falimentar, a impropriedade do *writ* se acrescenta e avulta, diante da censura da jurisprudência dêste Supremo Tribunal (acórdão de 27.9.50) que repeliu a sua oponibilidade à sentença falencial e mereceu, por isso, os encômios do Professor Waldemar Ferreira, no seu notável *Tratado de Direito Comercial*, de edição recente (vol. 14º, 1965, § 3.593, pág. 388-340).

Por êstes motivos, indefiro a segurança.

(PEDIDO DE VISTA)

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Sr. Presidente, sempre me bato pelo primado do Direito. O primado do Direito tem, por fundamento principal, a Constituição e as leis, a independência e a consciência dos magistrados.

Eu faltaria com o dever de consciência, Sr. Presidente, se não ousasse interromper êste julgamento para pedir vista dos autos, com a devida vênia, para exame pessoal da matéria. E faço isso, Sr. Presidente, porque me encontro verdadeiramente perplexo com a importância dêste caso, que não uma simples questão de direito privado, com a multiplicidade de questões de ordem processual e constitucional que nêle se encontram pendentes de solução, desde a existência de um decreto de falência e das possíveis implicações da decisão que se proferir nesta causa e êste processo falimentar, desde as garantias individuais da propriedade, desde o princípio da livre emprêsa, até as conseqüências futuras do julgamento, que hão de se estabelecer, paralelamente aos princípios de política administrativa dêste país.

E, como disse V. Exa., Sr. Presidente, eu me considero em estado de perplexidade diante de tantas dificuldades.

Peço aos eminentes colegas que perdoem as minhas deficiências, mas, à medida que ouvia o relatório do eminente Sr. Ministro Vilas-Boas, as sustentações proferidas neste Plenário, a notável peça que acaba de ser proferida pelo eminente Dr. Procurador-Geral da República e, depois, o voto do eminente Ministro Relator, secundado pelas brilhantes e doutas considerações doutrinárias proferidas pelo eminente Sr. Ministro Prado Kelly, essas minhas deficiências aumentaram, Sr. Presidente, a minha perplexidade se somou à incapacidade de resolver, de plano, êste processo.

Também recebi memoriais; recebi e os li; mas, V. Exa., Sr. Presidente, conhece

a massa de serviços que nos assoberba. Êste Tribunal talvez seja o único, no mundo, chamado a resolver essas grandes questões, que podem servir de farol para a vida política, econômica e social do país, e, ao mesmo tempo, resolver até sôbre classificação de produtos para despacho na Alfândega...

Diante de tudo isso, Sr. Presidente, prometo trazer êstes autos na próxima sessão. Vou sacrificar o exame dessas questiúnculas, para me deter, especialmente, ao exame dêste caso. E, com a vênia de V. Exa., reitero meu pedido de vista e o adiamento do julgamento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após o voto do Relator denegando, e do voto do Ministro Prado Kelly no mesmo sentido pediu vista o Ministro Pedro Chaves.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Cândido Motta Filho. Relator, o Excelentíssimo Sr. Ministro Vilas-Boas. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Adalício Nogueira, Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, Pedro Chaves, Vitor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas e Luís Ballotti. Impedidos, os Exmos. Srs. Ministros Carlos Medeiros, Oswaldo Trigueiro e Lafayette de Andrada. Licenciados, os Exmo. Senhores Ministros Ribeiro da Costa e Hahnemann Guimarães.

ESCLARECIMENTO

O Dr. Alcino Salazar (Procurador-Geral da República) — Sr. Presidente, Srs. Ministros, peço a palavra, pela ordem, para dar um esclarecimento, para dar uma informação, para a consideração que merecer no prosseguimento dos debates.

Na última sessão, quando teve início êste julgamento, discutiu-se a respeito de um laudo pericial inquinado de falsidade e que deu motivo a um acidente no processo de falência, no Estado da Guanabara; também há um incidente no processo de segurança.

Tenho em mãos o teor da sentença proferida no Juízo da falência, a respeito do incidente de falsidade invocado. E o pronunciamento do juiz, que, aliás, já consta de publicação até na imprensa, foi no sentido da improcedência do incidente. O juiz assim terminou: (*lê*).

Como êste caso foi mencionado no decorrer dos debates, apenas faço referência a êle em virtude dêsse incidente posterior.

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Sr. Presidente, antes de mais nada, quero invocar a benéfica tolerância do eg. Tribunal para com as notas que escrevi e que constam, substancialmente, de meu voto, neste têrmos: (*lê*).

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Chaves — Forçado a pedir vista dos autos na sessão anterior pelas razões que então aduzi, trago minha contribuição pessoal para que o veredicto se complete.

Lembro que ao ser adiado o julgamento o eg. Plenário já tinha ouvido a magnífica sustentação do pedido, interrompida aliás pela inexorabilidade do tempo regimental, assim como a impugnação oferecida pela assistente litisconsorcial, interessada na causa como beneficiária da exploração das linhas de navegação, antes confiada à impetrante.

Já havia também o ilustre Procurador-Geral da República proferido, substanciosamente, sua manifestação de ofício, em defesa do parecer lançado nos autos, e já haviam pronunciado seus votos os eminentes Ministros Vilas-Boas, Relator, e Pedro Kelly.

Pairávamos todos nas altas rotas do mais alto plano jurídico, quando necessitei fazer baixar o vôo, para me permitir à minha miopia, mais nítidos contornos da paisagem, como que em inspeção ocular, pessoal e direta, verdadeira *descente aux lieux*, dos processualistas franceses.

Isso porque uma *longa et inveterata consuetudine,* fêz de mim, prêsa convicta da velha regra: *Damihi factum, dabo tibi jus.*

O malsinado ato é do Exmo. Senhor Presidente da República, provocado por iniciativa do Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica e teve por finalidade suspender as "autorizações administrativas para as linhas nacionais e internacionais, exploradas pela Panair do Brasil S. A." a primeira impetrante.

Visa o pedido o deferimento do mandado para "restituir-se à primeira impetrante a exploração das linhas aéreas que vinha explorando, voltando tudo ao *statu quo ante",* depois de declarado nulo o ato impugnado e os que dêle sejam conseqüência. Em resumo, a impetração procura demonstrar a liquidez e certeza do direito subjetivo que defende, paralelamente, à argüição de ilegalidade do ato administrativo e abuso de poder por parte das altas autoridades que o praticaram, através de teses de direito e alegações de fato. Mas o ponto fundamental, a razão primeira de tôda argumentação jurídica está em que o entendimento administrativo recusou à impetrante a condição qualitativa de concessionária de serviço público, título que seu seria, de *jure,* fonte, raiz, origem do Direito para que pede proteção judiciária, e do cujo exercício se viu privada *ex abrupto,* sem regular processo administrativo ou judicial, e sobretudo, sem defesa.

As razões de fato visam a própria motivação do ato impugnado.

Com as informações de fôlha 81, o Excelentíssimo Sr. Presidente da República encaminhou também ao conhecimento dêste eg. Tribunal a contrariedade ao pedido iniciada pela argüição de falta de legitimidade *ad causam* tanto em relação aos diretores da sociedade, como também quanto aos que postulam a segurança na qualidade de acionistas. Essa alegação já foi repelida pelo eminente Ministro Vilas-Boas com argumentos irretorquíveis que peço licença para adotar sem restrições como se meus fôssem e, de certa forma, abandonada pelo eminente Procurador-Geral da República que lhe retirou o aspecto formal de exceção, reduzindo-a a simples e cautelar advertência.

Quanto ao mérito, a contestação ao pedido sustenta que vencidos os prazos dos contratos em 31.12.63, perdeu a impetrante a qualidade de concessionária, continuando a exploração das linhas por tolerância da administração, a título revestido de precariedade, porque não autorizaria a doutrina que lhe parece ser a melhor, a prorrogação tácita das concessões de serviços públicos. Vai além a contestação, defendendo a tese de que, mesmo admitida para argumentar a prorrogação tácita da concessão, a segurança não poderia ser concedida porque mesmo, em plena vigência da outorga original, não seria lícito negar à administração concedente o direito de fazê-la cessar, de rescindir o contrato administrativamente, para pôr têrmo a uma situação irregular na execução do serviço concedido, por parte da concessionária.

Não se exclua da exposição que estou fazendo, dos têrmos em que foi posta a questão sob julgamento, a intercorrência de um fato nôvo, posterior ao ato impugnado, anterior à impetração para o exame de suas implicações ao caso, pois com fundamento nêle foi alegada até a ineficácia prática da segurança, se porventura fôsse de ser concedida. Trata-se da falência da Panair do Brasil S.A. O ato administrativo visado neste processo é de 10.2.65. A falência foi decretada (fôlha 75) por sentença datada de 15 dêsse mesmo mês e ano. A impetração da segurança deu entrada no "protocolo" do Supremo Tribunal em 10.5.65, dentro do prazo fixado pelo art. 18, da Lei nº 1.533, de 1951.

Saliente-se que a falência não foi declarada com fundamento na impontualidade que a caracteriza na forma do art. 1º, do Decreto-lei 7.661, de 1945, nem tampouco com fundamento em qualquer dos fatos previstos no artigo 2º, da Lei de Falência. O decreto judicial surgiu em processo de concordata preventiva, que o juiz trancou decretando a quebra, por considerar impossível à requerente continuar no exercício de suas atividades específicas, e ainda porque

lhe pareceu não estar o pedido preventivo devida e regularmente instruído, falho que se encontrava de balanço em têrmos, de completo inventário dos bens, da lista nominativa dos credores, e desacompanhado dos livros obrigatórios que não foram apresentados para o necessário encerramento. Deu o magistrado entendimento que lhe pareceu melhor ao dispositivo do art. 161 do Decreto-lei nº 7.661 e decretou a falência.

Não posso acompanhar a corrente que apregoa o desnaturamento da concessão e sua transmutação em simples permissão precária, *ad nutum* do poder concedente pelo mero decurso do prazo. Essa metamorfose contraria a biologia jurídica e ofende o princípio da substância das coisas, de tanto alcance na tipificação dos institutos de Direito. A hipótese, no meu entendimento, *data venia*, não se subtrai aos efeitos do alongamento, tantas vêzes acolhido na nossa legislação, como na jurisprudência, sob o influxo da teoria da manifestação tácita da vontade, consagrada pelo art. 1.079, do Código Civil. Invoco neste ponto, como amparo de minha opinião, a autorizada lição de Bilac Pinto, em parecer que constitui verdadeira monografia, emitido já na vigência da Constituição de 1946, publicada pela *Revista Forense*., 130/45-59.

Destaco do notável trabalho do eminente jurisconsulto as seguintes conclusões: "A data ... têrmo fixado na última prorrogação, não tem nenhuma significação jurídica no calendário existencial de uma concessão...", e em prosseguimento: "Ultrapassada essa data, caso não seja concedida nova prorrogação, a concessão continuará, com a mesma natureza jurídica de concessão..."

Não poderia ser mais claro, mais preciso e mais adequado o notável parecer, para sua aplicação ao caso, pois nêle se consagra a prorrogação tácita da concessão e se reafirma a imutabilidade da natureza do contrato. Mas, se assim não fôsse, postergados os princípios em que assento minha argumentação, pergunto-me. — Era lícito à administração, por ato unilateral, sem regular processo, sem audiência do interessado, sem uma simples interpelação, sem uma mera notificação ou advertência e, principalmente sem defesa, revogar o ato administrativo, fôsse de concessão ou fôsse de autorização?

Responde por mim e pela breve negativa a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, quando do ato administrativo já resultou um direito subjetivo incorporado ao patrimônio do particular.

Escuso-me da citação de entendimento tão conhecido e de aplicação constante, mas não posso deixar de pôr em relêvo a circunstância de que a prática de um ato revestido da gravidade do que se discute, praticado no curso de um processo contra-revolucionário democrático que salvou o País do vórtice que o atraía, para reconduzi-lo à situação de um Estado de Direito, por mais dignos de encômios que sejam os seus motivos determinantes, gera incerteza, insegurança e alarma o sistema das garantias de direitos, assegurados pelo art. 141, da Constituição federal.

Passo, agora, a examinar a questão pelo ângulo da interferência do fato nôvo — a declaração da falência da Panair do Brasil. Se não admitissemos a discussão do ato administrativo impugnado, neste processo de mandado de segurança por fôrça da *vis attractiva* do processo falimentar, cairíamos em verdadeira petição de princípio, porque no processo falimentar não poderia o ato ser examinado, porque se encontra fora da alçada e competência do juiz de primeira instância. Entretanto, a nós não é dado também julgar o mérito da sentença falimentar, de cuja impugnação não nos compete conhecer originàriamente, nem a fôrça da sentença declaratória atrai para seu processo o conhecimento de matéria estranha, direta ou indiretamente aos interêsses da massa ou dos credores.

Por essa razão é que entendo que devemos conhecer da impugnação ao ato administrativo, sem ignorar, entretanto, os efeitos já produzidos, *rei psa*, pela sentença declaratória da falência.

Alega-se que a falência foi decretada como conseqüência da cassação das linhas

da impetrante. Não é exato. O pedido de concordata preventiva talvez tenha tido como motivo determinante imediato o decreto da cassação. Mas a falência foi decretada pelo indeferimento do pedido da concordata, como está expresso na sentença, pois ao magistrado pareceu que o petitório não estava devidamente instruído.

Adotou o magistrado providência legal, cuja imposição lhe pareceu cogente, na conformidade de entendimento de muitos de que a lei não permite nem mesmo abrandamento de interpretação. Essa decisão está de pé; contém ela mais de um fundamento e, assim, consoante ensinamento haurido na jurisprudência dêste Pretório Excelso, não podia ser reformada ainda que sob nosso reexame estivesse, pois subsistiria o julgado pelos motivos e razões inatacadas.

Subsistindo a decisão e até enquanto subsistir a massa e o exercício das atividades da falida, por mandamento expresso da lei, estão subtraídos à posse e à administração da falida. Daí a indiscutível interferência do fato nôvo, no julgamento dêste pedido de segurança. Daí a impossibilidade do deferimento do pedido como foi formulado, porque a decisão que declarasse a nulidade do ato administrativo não poderia cassar uma decisão judicial, só possível de revisão por outro meio processual, em outra ordem de competência.

Poder-se-ia objetar que o pedido seria divisível e o mandado concedido em parte, apenas para anular o ato, sem extensão aos que lhe foram conseqüentes. Não me seduz a tese. A decisão que apenas atingisse o ato tomaria nítido sabor acadêmico, pois o restabelecimento puro e simples da concessão só aproveitaria à massa falida de quem os impetrantes não têm legítima representação. Continuariam a sociedade falida e seus acionistas sujeitos às mesmas restrições de posse e exercício de administração, pois bens, linhas e direitos fazem parte da universalidade da massa representada pelo síndico.

Resumo, assim, minhas considerações e razões do meu pronunciamento: a liquidez e certeza do direito dos impetrantes foi turbada por um fato jurídico superveniente, não provocado por ato das autoridades apontadas como coatoras, e isso impede, a meu ver, a concessão da medida pleiteada.

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Votaria no sentido de que falece aos requerentes *legitimatio ad processum* e *ad causam* para impetrarem o presente mandado de segurança. Decretada a falência da Panair do Brasil S. A., esta perdeu, *ex vi legis*, capacidade para residir em juízo, a não ser representada pelo órgão insubstituível, que a encarna — o síndico. Aberta a falência, a sociedade entra em dissolução e, por fôrça do que dispõe o art. 40 da Lei de Falências, perde a mesma o direito de administrar os seus bens e dêles dispor, não lhes sendo lícito, desde então, como se acentua no § 1º dêsse artigo "praticar qualquer ato que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, interêsses, direitos e obrigações compreendidos na falência..."

Como, pois, admitir-se possa ela figurar, pessoalmente, na impetração de um mandado de segurança, como se a sua personalidade jurídica permanecesse íntegra, a despeito da quebra que a eliminou? Afigura-se-me isso, *data venia*, um contra-senso, uma aberração, uma impossibilidade jurídica.

Todavia, apreciando o mérito do pedido, como já o fizeram os eminentes colegas que me precederam, voto pelo indeferimento da segurança, em face da iliquidez e da incerteza do direito que a desamparam. Começo por dizer que essa incerteza e iliquidez ressaltam, desde logo, do confronto entre a segurança e a falência. Não sei como compreender uma situação, em que ambas convivam, porque elas *haulent de se trouver ensemble*. Há inplicações recíprocas, inevitáveis, contidas nesses dois processos. Como deslindá-las, solvê-las e conciliá-las? Se no curso da falência vier a positivar-se a veracidade das causas que contribuíram para o Poder Público cassar a autorização antes permitida?

Se deferir-se o mandado, como repercutirá a decisão no campo do processo fali-

mentar em pleno curso, instaurado, como se acha, o juizo universal, em que se debatem os interêsses de todos os credores e as múltiplas questões pertinentes à massa falida?

Dir-se-á que a matéria, cuja solução nos é destinada, está sobranceira a tudo iso. Nada menos. Parece-me que, por emanar do Supremo Tribunal Federal, é que a mesma há de impregnar-se do senso da responsabilidade de prevenir impasses futuros, de impedir ocorrências danosas aos particulares e ao País e de contornar situações imprevisíveis. É do embate dêsses problemas, do entrechoque das controvérsias, que se erigem e se conflitam, inevitàvelmente, na área dos dois processos, da colisão de propósitos que nêles se defrontam, que resultam a liquidez e a incerteza do direito pleiteado, através da via mandamental. No caso, tem inteiro cabimento o memorável postulado de Augusto Comte: "prever para prover."

O que acabo de mencionar bastaria para obumbrar os requisitos de certeza e liquidez do direito invocado. Mas a ausência dêsses requisitos ainda se projeta em outros setores da controvérsia.

Entendo que, diante do dilema estabelecido pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição federal de 1946, segundo o qual, é lícito ao govêrno explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de navegação aérea, podia êle, como na hipótese ocorreu, conduzido pelas injunções superiores do interêsse público, adotar o critério da autorização. Não importa vigorasse, anteriormente, o regime de concessões de natureza contratual, porque é, pelo menos, discutível que essas concessões pudessem prorrogar-se, tàcitamente, além dos limites temporais fixados, tendo-se em vista que tais prorrogações se condicionavam sempre ao exigido pelas cláusulas contratuais, que ponham, sempre, em relêvo, o critério do Govêrno e a execução satisfatória do serviço, no período vencido.

Mas, ainda admitido imperasse, na espécie, o regime da concessão, nem assim estaria tolhido o poder concedente de acudir, com a providência adequada, ao deslinde de uma situação que reputasse nociva à incolumidade e à segurança gerais. Em tais casos, adverte Waline, o juiz exclusivo é a Administração Pública.

Inteirado o Govêrno, mediante as investigações, que realizou, as pesquisas cuidadosas de que se cercou, as informações minuciosas, de que se muniu, de que estava inçada de inconveniências e perigos, a atividade operacional da emprêsa, imbuído do sumo dever, que lhe corria, de salvaguardar o interêsse público, praticou o ato incriminado. Se a impetrante o considera lesivo do seu patrimônio, tem, aberta, em seu prol, a estrada da apuração de perdas e danos. Mas, êsse ato não é, absolutamente, imotivado e se não o é, como contrapor-se-lhe a alegação que deve ser escorreita, de um direito líquido e certo?

Por essas razões, sem quebra do acatamento à riqueza dialética e doutrinária do eminente patrono da impetrante, indefiro, como já disse, a segurança requerida, acorde com os brilhantes votos dos eminentes Ministro Relator, Prado Kelly e, já agora, do eminente Ministro Pedro Chaves.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins — Após demorado estudo e meditação de todos os argumetnos trazidos a debate neste rumoroso processo, em que as partes se esmeraram na defesa de seus interêsses, cheguei à conclusão de que o caso não pode ser solvido nos limites estreitos do mandado de segurança. É que a matéria de direito está de tal forma entrelaçada com a matéria de fato, e esta apresenta tal complexidade, que só a via ordinária está em condições de valorá-la para lhe dar a solução adequada, de acôrdo com a lei.

A ilegalidade e o abuso de poder nem sempre se corrigem por meio de mandado de segurança, que é remédio heróico e excepcional para assegurar direito líquido, certo e incontestável.

O eminente professor e advogado que patrocina a causa dos impetrantes escreveu ao fim de sua petição inicial, quando pleiteou a medida liminar:

"Quanto à ineficácia da medida, caso deferida afinal, é manifesto que os prejuízos que vêm afetando, não apenas a economia, mas igualmente a reputação comercial da primeira impetrante, são todos êles irreparáveis à proporção que ocorrem e quanto mais dias se passam. Até porque foi ela privada, pelo ato impugnado, do seu fator mais importante de receita. A situação da primeira impetrante, a ser operante o ato por mais tempo, tornar-se-á prática e absolutamente irrecuperável, vindo a frustrar-se o mandado, caso concedido, por não mais haver como restaurá-la na sua economia e no seu funcionamento.

Trata-se, portanto, de um caso típico de suspensão do ato impugnado, porque sòmente assim se poderá evitar, na prática, a frustração da sentença que possa vir a reconhecer, definitivamente, o direito subjetivo invocado."

O não deferimento da liminar acarretaria, segundo a impetração, conseqüências que ainda mais dificultariam o problema criado com a supressão das atividades da emprêsa requerente.

No curso do processo, levantou-se um incidente de falsidade, com o objetivo de provar a inexatidão de documento enviado com as informações ao Supremo Tribunal Federal.

Houve a falência da emprsa, após o ato do govêrno, criando novos e complexos problemas, com os interêsses dos credores.

O ato governamental impugnado assenta-se em que as dificuldades financeiras da emprêsa não lhe permitiam adquirir sequer o material necessário para a manutenção dos seus serviços, o que estaria pondo em risco a segurança de vôo de suas aeronaves. Para contestar a alegação, a requerente desenvolve longas considerações, procurando demonstrar o contrário do que foi sustentado pelo ato inquinado de ilegal.

Por outro lado se discute longamente no mandado a situação financeira da requerente, colocando-se, em posições antagônicas, a autoridade coatora e a impetrante, no que toca a sua solvabilidade.

Como se vê, a matéria de fato, por demais complexa, está de tal forma interligada aos temas de direito suscitados, que não me parece que o assunto possa ser deslindado através de mandado de segurança.

Acompanho o voto do eminete Relator, com a ressalva nêle contida de que os requerentes não ficam impedidos de renovar tôda a discussão pelas vias ordinárias.

VOTO

O *Sr. Ministro Hermes Lima* — Também rejeito a preliminar de ilegitimidade dos diretores e acionistas da emprêsa para postularem a segurança na forma do voto do relator, o eminente Ministro Vilas-Boas.

No mérito, também de acôrdo com S. Exa. indefiro a segurança impetrada. Não me parece caso de mandado de segurança. O Poder Executivo suspendeu as autorizações administrativas para as linhas nacionais e internacionais exploradas pela Panair do Brasil S. A. por dois motivos: ausência de condições materiais para segurança de vôo e precárias condições financeiras da emprêsa a se refletirem em suas atividades.

A Panair argúi que êsses motivos não são verdadeiros. Não vejo como apurar essa questão em mandado de segurança.

A liquidez do direito da recorrente não se ampara dentro do problema que a impetração suscita. A emprêsa diz, por exemplo, que sua antiga concessão estava prorrogada. Não existe ato do Govêrno nesse sentido. Estaria tàcitamente prorrogada. Há, todavia, fundadas razões para se admitir que o Govêrno, ao deixar de renovar, desde 1956, concessões às emprêsas de navegação aérea, colocava essa emprêsa fora do regime normal previsto no Código Brasileiro do Ar.

O Govêrno podia renovar a concessão. Não o fazendo, como não fêz no caso da Panair e de quaisquer outras emprêsas, é de presumir que passa a considerá-las antes como permissionárias do que como concessionárias.

A lei não diz que as emprêsas de navegação aérea devam ter necessàriamente o caráter de concessionárias. O Govêrno pode admiti-las sob outro regime jurídico, de resto previsto na Constituição da República.

VOTO

O *Sr. Ministro Vitor Nunes* — Sr. Presidente, também indefiro o mandado de segurança, pela única razão de estar a matéria de direito indissolùvelmente vinculada à matéria de fato, sôbre a qual há controvérsia nos autos.

Não posso deixar, contudo, de fazer umas poucas ponderações sôbre alguns aspectos jurídicos da causa, porque a defesa da administração pública levou sua argumentação a posições que me parecem extremadas.

Sustenta a administração que o transporte aeroviário, no Brasil, é autorizado a título precário, podendo ser cassada a permissão ao simples nuto do Govêrno. Sustenta igualmente, admitindo, para argumentar, que o regime seja de concessão, que o Govêrno tem o poder de fazer cessar a concessão a qualquer momento, quando verifica que o seu funcionamento é irregular ou envolve risco para a coletividade, sem que haja outro remédio, em caso de abuso, além de uma demanda de perdas e danos.

Observo, porém, que no caso presente essa teoria é sustentada, não para o Govêrno assumir o contrôle de um serviço público concedido e garantir a sua continuidade e eficiência, mas para provocar com o seu ato, a paralisação de uma emprêsa, transferindo seus serviços a emprêsas correntes. É possivel que a impetrante tivesse de cessar, por ato próprio, os seus serviços, por estar insolvável, como sustenta o Govêrno, mas o Govêrno se antecipou a essa situação, fazendo cessar a fonte de receita da emprêsa, o que por si só bastaria paar levá-la irremediàvelmente à falência.

São conhecidos exemplos de desapropriação ou encampação de serviços públicos ou de emprêsas, pelo Govêrno, para garantir a sua continuidade. Foi, aliás, o que alegou o Presidente Truman, ao assumir, em 1952, o contrôle da indústria do aço, ameaçada de uma greve iminente. Cumpria manter em funcionamento aquela atividade, que era indispensável ao esfôrço do país na guerra da Coréia. Fundou seu ato na gravidade da emergência nacional e nos seus podêres inerentes de Chefe de Estado e comandante supremo das fôrças armadas. Diga-se, de passagem, que um juiz federal imediatamente suspendeu o ato de encampação, e a Côrte Suprema, por seis votos contra três, afirmou que o Presidente não tinha os podêres pretendidos (*Youngstown Sheet & Tube C° et at. v. Sawyer*, 343 *U. S.* 579).

A administração, no caso presente, sustenta teses que vão além dos exemplos conhecidos e que, a meu ver, desfiguram as linhas fundamentais do sistema de economia capitalista, que está protegido pela Constituição vigente e melhor corresponde à atual fase de desenvolvimento do País.

Um empreendimento como a navegação aérea, que exige vultosos capitais (fala-se em mais de sessenta milhões de dólares, no caso dos autos), não pode, na lógica do nosso sistema, assentar em bases jurídicas tão precárias que possa ser obrigada a paralisar suas atividades, da noite para o dia, por um simples ato da administração, sem precedência de qualquer processo administrativo, em que se lhe permita apresentar defesa.

Alega o Govêrno, carreando grande cópia de elementos para os autos, que era péssima e insustentável a situação financeira da emprêsa. Não ponho em dúvida esta afirmativa, porque, em mandado de segurança, se tem como presumidamente verdadeira a informação da autoridade. Mas parece-me que foi mal colocado êsse problema, em se tratando de emprêsa aeroviária, porque é notório que, em quase todos os países, senão em todos, a navegação aérea é deficitária, sustentando-se com subvenções oficiais. Portanto, a alegação de estar uma emprêsa de navegação aérea em situação financeira insustentável teria de

ser complementada com um estudo comparativo de tôdas as emprêsas congêneres, que operam no País, para que o julgador pudesse avaliar se a situação deficitária de tôdas chegou a ser tão grave num caso particular, que tornou imperioso o fechamento de uma emprêsa, em proveito das outras, também deficitárias.

Mas o exame de todos êstes aspectos, que eu tenho como necessário para poder formar um juízo sôbre o mérito dos problemas trazidos ao nosso conhecimento, não pode ser feito em mandado de segurança. E os temas jurídicos suscitados pelo ilustre advogado da impetrante, epecialmente o de que devia ser mantida a concessão por ser satisfatório o serviço da emprêsa, estão indissolùvelmetne ligados à matéria de fato, que veio controvertida para os autos.

São estas, Sr. Presidente, as razões e as ressalvas com que indefiro o mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Li, com a maior atenção, os memoriais dos ilustres advogados. Li, igualmente, os pareceres dos eminentes jurisconsultos Vicente Rao, Orosimbo Nonato e Pontes de Miranda. O segundo e o terceiro restringem-se ao exame da questão de saber se o mandado de segurança deve ser, ou não, conhecido. O primeiro acrescenta a êsse exame algumas considerações sôbre o mérito, concernentes à necessidade de processo administrativo, com defesa da parte, mormente por estar o ato presidencial em contraste com dispositivos expressos do decreto-lei regulador da matéria.

Quanto à preliminar, os memoriais e os três pareceres convencem de que deve ser repelida, para se conhecer da impetração, pois, na espécie, a decretação da falência é efeito do ato-causa, que os impetrantes impugnam.

Quanto ao mérito, porém, não me convenci de que o Govêrno haja praticado ato ilegal, e, muito menos, ilegalidade que possa ser corrigida em mandado de segurança.

Em inúmeros votos, acolhidos pelo Tribunal, tenho sempre entendido que as emprêsas de navegação aérea não são concessionárias mas permissionárias de serviços públicos, e por isso lhes temos negado a isenção de impostos locais assegurada em lei federal, isenção que lhes caberia, se concessionárias fôssem (Constituição, art. 31, parágrafo único).

Vou apenas citar um voto meu e uma decisão do Tribunal, como exemplo entre muitos.

Veja-se o acórdão unânime no recurso extraordinário nº 35.221, de que fui relator e cuja ementa é dêste teor:

"Impôsto de indústrias e profissões — Companhia de navegação aérea — O art. 31, parágrafo único, da Constituição não a isenta do impôsto, pois diz respeito a *concessionários* de serviços públicos e, no caso, se trata de *permissionária*".

Mais do que o rótulo, mesmo quando usado na lei, deve valer a substância do ato.

Após detido exame, concluí que a outorga feita a tais emprêsas não configura uma verdadeira concessão de serviço público.

Verdade é que nem sempre foi unânime, no Tribunal, êsse entedimento.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Devo dizer a V. Exa. que não estava presente à sessão, quando do julgamento do recurso extraordinário nº 53.023, mas, nessa sessão, o Tribunal decidiu que se tratava de concessão e deu isenção de impostos locais, em parte, a uma emprêsa de navegação aérea, reconsiderando a matéria. Nesse recurso 53.023 fui relator e alguns eminentes Ministros, inclusive o Sr Ministro Hahnemann Guimarães, prestigiaram o meu modesto voto.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — No recurso extraordinário nº 49.465, por exemplo tive longo debate com o eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, que com muito brilho sustentou a tese oposta.

Mas meu modesto voto foi um dos vencedores.

No presente caso, porém não interessa indagar se é autorização ou concessão. Mesmo admitindo que desta última se trate, como pretendem os impetrantes, isso não lhes melhora juridicamente a situação, pois o prazo do contrato terminara e poderia ser prorrogado por período igual, mas não foi.

Êsse ponto é incontroverso.

A outorga ficou sem prazo e, portanto, a título precário.

Argumentam os impetrantes com o art. 4º do Decreto-Lei nº 9.793, de 6-9-46, que dispõe:

"O prazo das concessões será de cinco anos, *podendo* ser prorrogado por *idênticos períodos* sucessivos, *quando satisfatória a sua execução, no período vencido.*"

O uso do verbo *poder, no caso,* traduz claramente uma *faculdade* e não uma *obrigação,* tanto mais que, no contrato referente às linhas nacionais subvencionadas, se disse que êle poderia ser prorrogado por igual tempo, a *critério do Govêrno;* e, no contrato para as linhas nacionais não subvencionadas, foi dito que a sua renovação deveria ser solicitada pela "concessionária", seis meses antes do vencimento do prazo, e dependeria do resultado do julgamento do serviço, a *critério do Ministério da Aeronáutica* (quanto às internacionais, tôdas subvencionadas, o contrato não previa prorrogação).

Assim, se, pela lei ou pelo contrato, o prazo de "concessão" *poderia* ser prorrogado por período igual, a critério do Govêrno, e se prorrogação não houve, como reconhecer que esta existia?

E como reconhecê-lo em mandado de segurança, dirimindo neste as controvérsias sôbre matéria de fato que aqui se suscitam?

Note-se que, segundo acentuam as informações oficiais, o último contrato assinado com a Panair, conforme os documentos apresentados com sua petição inicial, é datado de 31-8-56, tendo assim terminado em 31-8-61 o respectivo prazo. Ora, dizem as mesmas informações que, em 24-6-61, o grupo Mário Simonsen — Ceiso Rocha Miranda adquiriu o contrôle da emprêsa *insolvente,* comprando 64% das suas ações, em três grandes lotes, por preço correspondente a quase cinco vêzes o seu valor nominal e a quase dez vêzes o seu valor na Bôlsa, e visando ao benefício dos interêsses financeiros do mesmo grupo, com prejuízo dos serviços públicos que competia à Panair realizar. É de inferir-se, assim, que, entendendo o Govêrno já estar a Panair insolvente em 24-6-61 antes de terminar o seu último contrato em 31-8-61, teria julgado conveniente não prorrogar então, como não prorrogou, o contrato, tornando-o conseqüentemente sem prazo e a título precário.

Teríamos aí uma daquelas controvérsias sôbre matéria de fato, a que me referi: saber se o Govêrno teve, ou não, justo motivo para julgar inconveniente a prorrogação e deixar de fazê-la. Outra seria esta: saber se a segurança de vôo estava afetada por falta de meios para adquirir peças, acessórios, sobressalentes e motores, a fim de proceder à necessária manutenção das aeronaves, como informa o Govêrno, ou se não estava, como afirmam os impetrantes. Observe-se que a elucidação dêsses pontos não interessa apenas às partes em litígio, mas também à coletividade, isto é, aos que viajam, cujas vidas correriam perigo, se procedente a informação do Govêrno.

Ora, tais controvérsias sôbre matéria de fato, cujo deslinde dependeria inclusive de provas periciais, incabíveis no mandado de segurança, são tìpicamente das que jamais admitimos possam neste ter solução.

Indefiro o pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Indeferido o mandado, à unanimidade, nos têrmos dos votos pronunciados.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Cândido Mota Filho. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Vilas-Boas. Tomaram parte no jul-

gamento os Exmos. Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Adalício Nogueira, Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, Pedro Chaves, Vítor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas e Luís Gallotti. Impedidos, os Exmos. Srs. Ministros Ribeiro da Costa, Presidente; Carlos Medeiros, Oswaldo Trigueiro e Lafayette de Andrada. Licenciado, o Exmo. Sr. Ministro Hahnemann Guimarães.