CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — RESCISÃO — INDENIZAÇÃO

— A faculdade de rescisão está implícita em tôdas as concessões tendo em vista o interêsse público, assegurada ao concessionário a indenização por danos e prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Companhia Industrial de Ilhéus *versus* Exmo. Senhor Presidente da República.

Mandado de segurança n.º 18.028 — Relator: Sr. Ministro

EVANDRO LINS E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a segurança.

Brasília, 27 de março de 1968. — *Luís Gallotti*, Presidente. — *Evandro Lins e Silva*, Relator.

O Sr. Ministro Evandro Lins — A Cia. Industrial de Ilhéus S. A. concessionária dos Serviços do pôrto de Ilhéus, requer mandado de segurança contra o ato administrativo do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, consubstanciado no Decreto número 60.340, de 9-3-67, publicado no *Diário Oficial* de 10 do mesmo mês pelo qual foi declarada a rescisão do contrato de concessão de que a impetrante é titular.

Sendo de 60 anos o prazo da concessão, que se iniciou em 28-5-23, o têrmo final do contrato é a data de 28-5-83.

O instrumento da concessão admite duas formas de extinção antecipada da concessão:

1.º) na cláusula XXVIII *a encampação* assim regulada:

"Ao Govêrno Federal fica reservado o direito de encampar a concessão do pôrto de Ilhéus, em qualquer tempo, depois de um têrço do prazo da concessão contado a partir da data da primeira concessão (28-5-23) e de acôrdo com o Decreto n.º 24.599, de 6-7-34".

2.º) na cláusula XXX, a *rescisão* de contrato, expressamente caracterizada nos têrmos seguintes:

"O Govêrno Federal, por decreto, poderá declarar rescindido de pleno direito, o presente contrato, sem interpelação ou ação judicial *no caso de ocorrerem mais de duas multas*, bem como no caso de não ser no devido tempo integrada a caução a que se refere a cláusula XXXII (Documento número 3)".

A Administração iniciou o processo de encampação do serviço e, para tanto, podia

prescindir da audiência da concessionária, mas no curso do processo enveredou o Govêrno pelo caminho da rescisão do contrato, que afinal foi sumàriamente decretada, sem que se facultasse à interessada o exercício do direito de defesa e sem que tivesse ela incorrido em penalidade anterior de multa ou houvesse emitido a caução contratual, únicas hipóteses em que a cláusula XXX do contrato possibilitava a rescisão, como penalidade máxima ao concessionário reincidente na inadimplência do contrato.

Aduz a impetração, ainda, que o Govêrno havia decretado intervenção federal nos serviços e instalações do pôrto de Ilhéus, pelo prazo de 90 dias, sucessivamente prorrogado, mas argumenta que tal intervenção, longe de ser uma penalidade, representou o reconhecimento pelo poder concedente, do grave desequilíbrio econômico e financeiro da concessão, pela qual lhe cumpria zelar mediante a atribuição de tarifas adequadas, como implìcitamente reconheceu o art. 151, parágrafo único, da Constituição federal de 1946, e, agora, de forma expressa, consagra o art. 160, n.º II, da Constituição federal de 1967. A causa da intervenção foi a impossibilidade de atendimento, pela concessionária, dos aumentos salariais que lhe foram impostos pela pressão sindical, o que se consumou no acôrdo coletivo de 4-1-62.

A impetrante foi compelida a assinar o acôrdo, mas fêz sentir ao poder concedente a sua incapacidade financeira de atender a tais encargos, tendo, em contrapartida, a expressa e categórica promessa do poder concedente de que o Govêrno Federal atenderia financeiramente a emprêsa, seja pelo estabelecimento de nova tarifa, seja facilitando-lhe o crédito em estabelecimentos bancários oficiais.

Não houve, contudo, aumento de tarifa nem lhe foram concedidos os empréstimos bancários prometidos como cobertura dos aumentos salariais.

Quanto à acusação de ser a concessionária inadimplente em suas obrigações contratuais, porque não atendia devidamente ao melhoramento do pôrto com a sua dragagem permanente, argumenta a petição que há mais de vinte anos o legislador federal, reconhecendo que as necessidades de melhoramento dos serviços excediam à capacidade da receita das tarifas, chamou a si o custeio dos programas de ampliação, melhoria e dragagem dos portos, com a instituição de uma taxa portuária especial e mediante sucessivas leis.

Sustenta, por fim, a inicial que o ato impugnado é manifestamente ilegal, pois não houve culpa da concessionária que fundamentasse qualquer sanção, não ocorreu o pressuposto contratual como requisito prévio para a penalidade extrema da rescisão do contrato, não foi facultado direito de defesa à concessionária e as próprias autoridades técnicas do Ministério da Viação manifestaram-se pela encampação do serviço e não pela rescisão do contrato.

Agrava-se a lesão de direito pela ausência de qualquer indenização, convertendo-se em puro e simples confisco do patrimônio particular aplicado no serviço concedido.

Pede a impetrante que seja restabelecido o seu direito líquido e certo a continuar como concessionária do pôrto de Ilhéus até o vencimento do prazo do respectivo contrato.

O Exmo. Sr. Presidente da República prestou as seguintes informações consubstanciadas em ofício do Doutor Hélio Proença Doyle, Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes:

"A Companhia Industrial de Ilhéus Sociedade Anônima, ex-concessionária dos serviços do Pôrto de Ilhéus, requereu ao eg. Supremo Tribunal Federal mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente da República consubstanciado no Decreto n.º 60.340, de 9-3-67, publicado no *Diário Oficial* de 10 do mesmo mês.

2. Citado Decreto n.º 60.340 dispõe sôbre a rescisão do contrato de concessão de que era titular a impetrante, determinando o art. 2.º que "o Pôrto de Ilhéus passa a ser administrado, provisòriamente, pelo Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, nos têrmos do art. 3.º, alínea *f*, art. 25, alínea *d*, observados o art. 27 e demais dispositivos da Lei n.º 4.213, de 14-2-63 até que seja estabelecida a forma definitiva para sua exploração comercial".

3. O contrato rescindido, por inadimplência da impetrante, teria seu término em 29-5-83, quando, pelos próprios têrmos do contrato, deveria ocorrer a *reversão*, ocasião em que reverteriam ao domínio da União "as obras, o aparelhamento, terrenos, instalações diversas e tudo mais que constituir, nessa ocasião, o acervo da concessão... cabendo à concessionária receber do Govêrno, além da caução, a importância dos saldos

que restarem nos capitais adicionais que ainda não estejam integralmente compensados".

4. Na cláusula da *reversão* diz o contrato:

"Será cobrada da concessionária a importância que fôr orçada como necessária para colocar as instalações portuárias em perfeito estado."

Parágrafo único — Se por ocasião da reversão de que trata esta cláusula, verificar o Govêrno Federal, que a concessionária deixou de atender à obrigação que lhe impõe a cláusula XXII, de manter em perfeito estado e em plena eficiência as instalações portuárias, será orçado o custo dos trabalhos a serem feitos para dar essas instalações aquêle estado e eficiência, sendo a respectiva importância descontada da caução ou do pagamento acima referido, ou ainda dos fundos de compensação constituídos."

5. Essa mesmíssima condição é imposta na cláusula referente à *rescisão* do contrato: "Cláusula XXX:

Rescisão do contrato.

"...

Pela rescisão, a concessionária perderá a caução e receberá do Govêrno a importância correspondente à diferença entre o capital reconhecido e os fundos de compensação constituídos, sendo essa importância paga com títulos da dívida pública da União pela cotação da praça na ocasião.

Parágrafo único — *Do pagamento acima será descontada a importância das despesas necessárias para as reparações das instalações portuárias de modo a ficarem em perfeito estado e plena eficiência de acôrdo com a cláusula XXII*".

6. Ora, levada a efeito, pelo Govêrno, a intervenção, como lhe era facultado, *o que foi muito do gôsto da concessionária*, e verificando a Interventoria aquilo que já vinha sendo alardeado há anos, a *completa inadimplência da concessionária, ao Govêrno só será lícito expedir o decreto de rescisão*.

7. Esperavam, é certo, a concessionária, *e outros que de longa data atuavam na causa*, que o desfecho fôsse diferente, pois tudo haviam feito para a encampação, como diz a própria impetrante.

8. No entender da impetrante os motivos para a rescisão do contrato seriam sòmente dois: multa ou falta de caução.

9. Mas se com a intervenção pôde o Govêrno constatar que a concessionária durante anos não cumprira com suas obrigações, seria ridículo que o Govêrno devolvesse os serviços à concessionária, a multasse duas vêzes para, em seguida, efetuar a rescisão. Por outro lado seria desonesto que o Govêrno, ciente do descalabro existente, efetuasse a simples encampação, como lhe *oferecia* a própria concessionária.

10. Com as transcrições de trechos do contrato de concessão, nos itens 3-5 acima, entendemos provado que agiu certo o Govêrno, pois provado está que em qualquer das hipóteses — reversão ou rescisão, a concessionária estaria obrigada a recolocar o pôrto em perfeitas condições de funcionamento. Verificando a falta da concessão, a medida certa, obrigatória mesmo, foi a adotada.

O minucioso exame que culminou com a rescisão do contrato.

11. O assunto foi exaustivamente examinado anteriormente ao ato de rescisão, parecendo-lhe mais lógico e prático, tornando a matéria mais compreensiva, limitarmo-nos a anexar cópias dos pareceres e informações constantes dos processos administrativos n.ºs 34.302-58, 37.410-58, 10.906-66, 21.472-66, 7.934-66, 3.906-67 e outros; o longo e minucioso relatório do engenheiro Alfredo M. Cabussu, Interventor Federal no Pôrto de Ilhéus, o voto do Conselheiro Júlio Nogueira Júnior, representante do Ministério da Marinha no Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis, o voto brilhante do General Reynaldo Mello de Almeida, relator do Conselho Nacional de Transportes, representante do EMFA — Estado-Maior das Fôrças Armadas, o erudito parecer do Assessor Jurídico do Conselho Nacional de Transportes, Dr. Érico I. Baumgarten, citado nominalmente no parecer do eminente Consulto-Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, do qual também juntamos cópia; o nosso parecer, proferido em 11-11-66, para encaminhamento ao Consultor-Geral da República; despachos, decisões e peças que esclarecem o assunto. Vamos fazê-lo, entretanto, por ordem cronológica, para maior facilidade de exame. Juntamos, ainda, alguns textos de leis citadas.

12. Afirma a impetrante, sob o título "A Ilegalidade do Ato", que o processo foi iniciado como de *encampação* e que, "contrariando os pareceres dos próprios órgãos fiscalizadores do serviço, enveredou o Go-

vêrno pelo caminho da rescisão do contrato, que afinal foi sumàriamente decretada..."

13. Mais adiante, complementando seu raciocínio, errôneo, diga-se de passagem, acrescenta a impetrante que deixou de cumprir suas obrigações, especialmente quanto a dragagem do pôrto, porque o Govêrno Federal atraiu para sua órbita todo o programa de melhoramentos dos portos, inclusive o de dragagem.

14. *Não é verdade*. Mas vamos admitir que verdade fôsse e ainda assim podemos demonstrar que tal fato não seria a causa da inadimplência.

15. Em primeiro lugar, o problema não foi resolvido com açodamento, como afirma a impetrante, em seguida, mesmo tendo o Govêrno despendido grandes quantias com a dragagem, em nada cooperou a concessionária. E mais, o problema não é nôvo, como afirma a impetrante. Juntamos os documentos n.os 1 e 2, que provam exatamente o que afirmamos. Em 1955 o 1.º Secretário da Câmara de Vereadores de Ilhéus dirigiu ao Ministro da Viação o requerimento n.º 343-55 onde ficou ressaltado que

"...apesar do trabalho feito, no qual o Govêrno gastou cêrca de 60 milhões de cruzeiros (dragagem), em puro benefício de uma emprêsa concessionária, que só se interessa por um rendoso serviço de alvarengagem... acontece que o pôsto não tem nenhuma aparelhagem para receber os navios...; não tem cais, não tem pontes, não tem guindastes..." (docs. n.os 1 e 2).

16. Em 14-5-57 e 8-11-57 foram dirigidos ao então Presidente da República os telegramas anexos por cópia, docs. n.os 3 e 4, o primeiro da "Ala Môça pelo Progresso de Ilhéus", solicitando providências quanto ao Pôrto de Ilhéus, ressaltando as

"...instalações portuárias deficientíssimas..." (doc. 3).

O segundo do Prefeito de Ilhéus, solicitando providências

"Virtude crescente agravamento condições Pôrto de Ilhéus... em decorrência desaparelhamento referido pôrto..." (doc. 4).

17. Verifica-se, assim, que o problema não é nôvo, como afirma a impetrante. Os Governos anteriores à intervenção é que não tiveram a oportunidade de tomar atitude positiva para pôr côbro ao descalabro que vinha ocorrendo naquele serviço concedido.

18. Quanto aos estudos em tôrno do assunto, também foram vários e profundos. o Govêrno não foi afoito, como quer fazer crer a impetrante.

19. Depois de várias providências e verificando que a Companhia concessionária estava deixando os serviços paralisados, foi efetuada a intervenção e designado interventor, conforme Decreto n.º 51.761, de 28-2-63 (doc. n.º 5), do Govêrno do ex-Presidente João Goulart, do qual basta, a nosso ver, a transcrição de dois *considerandos*:

"considerando que a concessionária se encontra em dificuldades para a manutenção da normalidade dos serviços portuários, disso resultando grave prejuízo para o País..."

.....

"considerando o que a própria concessionária expôs em seu ofício 28-62, de ..... 20-12-62..." (doc. 5).

20. Efetivada a intervenção, *com o que ficou muito satisfeita a concessionária, digase de passagem*, o Interventor, Eng. Alfredo M. Cabussu, apresentou, em 25-4-64 o circunstanciado relatório (doc. 6), o qual comprova tudo aquilo que há anos e anos se propalava: *a inteira irresponsabilidade da concessionária*. A transcrição das partes principais tomaria espaço e não refletiria a idéia do conjunto. Assinalamos na cópia anexa (doc. 6) as partes que interessam ao presente mandado de segurança e pedimos vênia para só transcrever o seguinte trecho, *ao qual nenhum comentário aditaremos*, pois nesse trecho do relatório do Eng. Cabussu, Interventor, está consubstanciada tôda a razão do completo abandono a que foi submetido o Pôrto de Ilhéus:

"Afigura-se, de todo, inconveniente a manutenção do vigente contrato de concessão. Os principais acionistas da Companhia Industrial de Ilhéus dos serviços do pôrto, integram ou estão vinculados às emprêsas — Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada e D. Brusel & Cia. Ltda. — a primeira explorando o serviço de alvarengagem e a segunda uma das principais agenciadoras de várias companhias de navegação.

Dêsse modo, embora sob entidades jurídicas diversas, constitui-se um grupo econômico que, em operações conjugadas, domina inteiramente o sistema portuário de Ilhéus.

De um lado, sem peias e sem contrôle a Sociedade de Alvarengagem auferia lucros sem limites nos embarques fora da Barra, de outro lado, a D. Brusel, agenciando com-

panhias de navegação, auferia o lucro de 20% sôbre o faturamento total.

Dentro dêsse sistema de exploração dos serviços, organizado pelo grupo econômico controlador das atividades portuárias em Ilhéus, embora a Companhia Industrial de Ilhéus S. A. fôsse deficitária, o mesmo não ocorria com as duas outras emprêsas que não estavam sujeitas a limitações e fiscalizações em seus lucros.

Acresce que os *deficits* apresentados pela concessionária poderiam ser recuperados com o processo de reajustamento, permitindo que apesar de tudo obtivesse o lucro correspondente a uma justa remuneração do capital aplicado.

Sem que se pretenda induzir que, por essa ligação ou vinculação, propositadamente, tenha a concessionária levado a situação do Pôrto de Ilhéus ao caos em que foi encontrado, situação que sòmente beneficiaria as outras emprêsas do grupo econômico, o que é fato inconteste é que nada fêz a concessionária no sentido de:

"manter as profundidades contratuais do pôsto e do canal de acesso ao mesmo" (C 1. XI — Decreto n.º 18.908, de 20-9-29), deixando que, pouco a pouco, se lhe escapasse o funcionamento do pôsto em docas, para que chegasse ao extremo de nenhum navio acostar ao seu cais" (doc. n.º 6).

21. Diante dos fatos trazidos de longa data, ao processo, culminando com o relatório do Interventor, foi o processo ao Conselho Nacional de Portos e Vias Navegáveis, onde recebeu pareceres do Conselheiro Júlio Nogueira Júnior, representante do Ministério da Marinha (doc. 7), o qual conclui ressaltando a completa inadimplência da concessionária. Acompanharam êsse voto os Conselheiros Waldomiro Rocha, representante do B.N.D.E. e Waldo Mário da Costa Araújo, representante do Conselho Nacional de Transportes, tendo o Presidente do Conselho, em voto de desempate, opinado pela rescisão.

"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" (docs. n.ºs 8 e 9).

22. Mas não terminou aí a cautela do Govêrno. Submeteu o processo ao Conselho Nacional de Transportes, onde novamente a maioria opinou pela *rescisão*. O voto do relator, General Reinaldo Melo de Almeida, representante do Estado Maior das Fôrças Armadas — EMFA — examina item por item, concluindo pela *rescisão*, pelas razões óbvias, já várias vêzes ressaltadas. O parecer encontra-se, na íntegra, anexo, doc. n.º 10.

23. No Conselho Nacional de Transportes pronunciou-se, ainda, em brilhante e erudito parecer, o Assessor Jurídico daquele órgão, Dr. Érico I. Baumgartem, em 17-8-66 (doc. 11). Ainda aqui parece-nos conveniente evitar transcrições, pois a eleitura do parecer, na íntegra, esclarece definitivamente o assunto.

24. Os documentos ns. 12 e 13 nos dão notícias da decisão do CNT e da comunicação feita ao Exmo. Sr. Ministro Juarez Távora.

25. Mas não estavam esgotadas as cautelas, as precauções do Govêrno, diante de ato realmente sério, que requeria tais cautelas e precauções. Que fêz o Sr. Ministro? O que sugeriu o próprio Conselho Nacional de Transportes? A audiência do mais alto intérprete das leis na esfera administrativa, o Exmo. Sr. Consulto-Geral da República.

26. Antes, porém, cumprindo dispositivo legal, oferecemos o Parecer n.º B-136-H/66 (doc. 14) conluindo, também, pela rescisão.

27. Encaminhado o processo ao Exmo. Sr. Consultor-Geral da República, S. Exa. ofereceu o Parecer 471-H, de 30-1-67, publicado no *Diário Oficial* de 10-3-67, aprovado pelo Excelentíssimo Sr. Presidente da República (doc. 15), parecer que tem a seguinte ementa: *Pôrto de Ilhéus, no Estado da Bahia. Rescisão que se impõe do contrato de concessão".*

28. Apesar de anexada cópia, na íntegra, do referido, parecer, pedimos vênia para transcrever sua conclusão:

"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 drenagem 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."

29. Diante de todo o exposto, nenhuma outra alternativa cabia ao Govêrno. Repetindo o fecho do parecer do Assessor Jurídico do Conselho Naional de Transportes:

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

30. Foi, assim, que expediu o Govêrno o Decreto n.º 60.340, de 9-3-67, objeto do presente mandado de segurança.

Provada e comprovada a inadimplência da concessionária, só restava ao Govêrno a providência adotada, no resguardo do interêsse público, contra o qual não há direito adquirido."

A douta Procuradoria-Geral da República, reportando-se a essas informações e aos documentos que a acompanham, opina pelo indeferimento do pedido, levantando, contudo, a seguinte preliminar:

"Preliminarmente, entendemos descabida, na espécie, a ação de mandado de segurança.

3. Isto, porque, como é de entendimento pacífico, o processo do *writ* visa, exclusivamente, à manifestação do poder de império. Em outras palavras, destina-se a proteger o indivíduo contra os atos de *império*, cuja executoriedade imediata pode afetar irreparàvelmente direitos subjetivos.

4. Ora, a rescisão de contrato, ainda quando *formalmente* manifestada através de decreto, como é o caso, é ato tìpicamente de *gestão*, cujo conteúdo volitivo está ìntimamente ligado ao complexo de política administrativa e, por isso mesmo, integrado nos podêres discricionários da Administração.

5. Não se compreenderia, aliás — e isso nem no campo do direito privado — que alguém fôsse obrigado a manter contrato que lhe não convém.

6. Bem sintomático, a êste respeito, que a impetrante não indique um só dispositivo legal que tivesse sido violado, mas se limite, contraditòriamente, a procurar amparo no próprio contrato rescindido.

7. É que não há mesmo qualquer disposição legal impeditiva da rescisão dos contratos. Claro que, se uma das partes não quer a rescisão e a outra a efetua unilateralmente, a via judicial a buscar-se é outra e outro igualmente é o objetivo a perseguir-se."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Relator) — Entre as duas formas de resolução do contrato — encampação ou rescisão — optou o Govêrno por está última. Para tanto, baseou-se em resoluções do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, do Conselho Nacional de Transportes e em parecer do Consultor-Geral da República, entendendo todos que a impetrante não cumprira obrigações contratuais.

Penso que o mandado de segurança não é meio idôneo para impedir ao poder concedente o exercício da faculdade, que está implícita em tôdas as concessões, ou seja, a rescisão unilateral do contrato, tendo em vista o interêsse público. É claro que fica assegurado ao concessionário o direito de indenização por danos e prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão.

Em caso rumoroso, o Supremo Tribunal Federal negou a segurança impetrada pela Panair do Brasil Sociedade Anônima visando à declaração da nulidade de ato governamental que suspendeu as autorizações para a exploração de linhas de aviação concedidas àquela emprêsa. Aí se reconheceu que, no contrato administrativo, ao contrário do que sucede com o contrato de direito privado, a condição potestativa de resilição, declarada unilateralmente, é implicita, pois o *fato do príncipe* "tem sua justificativa no interêsse coletivo, causa final do contrato de que o Poder Público é o árbitro" (*R. T. J.* 40/239).

Em caso mais recente, das Docas da Bahia, embora o mandado de segurança não tivesse sido conhecido, por maioria de votos, ficou acentuado, em manifestações durante o julgamento, que a União podia legislar, modificando cláusulas contratuais e podia, até, rescindir o contrato, indenizando a emprêsa (mandado de segurança n.º 17.957, 6-12-67).

No caso dos autos, apega-se a impetração à letra do contrato, que só permitiria a sua rescisão 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 XXXII.

É preciso ter em conta que os serviços concedidos estavam sob intervenção do po-

der concedente ante a iminência de sua paralisação e diante da impossibilidade, alegada pela própria concessionária, de atender a sua continuidade, sob o fundamento de que os acôrdos salariais, patrocinados pelo Govêrno, a colocaram em situação deficitária.

Para verificar a culpa do Poder concedente, que teria criado dificuldades para a exploração do serviço, intervindo abusivamente na fixação dos salários dos empregados da emprêsa, seria necessário um exame de fundo da prova, o que fugiria aos limites estreitos do mandato de segurança.

Por outro lado, a Administração atribui à impetrante faltas graves, alegando, ainda, que a situação deficitária da emprêsa já existia muito antes do acôrdo salarial a que a mesma se refere. O poder concedente ainda argüi que a impetrante não cumpriu obrigações contratuais que visavam à rentabilidade do pôrto, como sejam, a dragagem para um canal permanente e a conservação das instalações portuárias.

Ora, êsse exame sôbre se houve culpa de uma ou outra parte contratante ou se houve concorrência de culpas, só pode ser feito pelos meios ordinários, em que o juiz declarará a responsabilidade da Administração ou a do concessionário, se fôr o caso.

Em conclusão, penso que não está demonstrado o direito líquido e certo da impetrante a continuar como concessionária do Pôrto de Ilhéus até o vencimento do prazo do respectivo contrato. Ressalvando-lhe o direito de demandar nas vias ordinárias, indefiro a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, não obstante o adiantado da hora, como tive a honra de ser Consultor Jurídico do Ministério da Viação por longos 12 anos, vejo-me na contingência de dizer duas palavras sôbre a questão.

Entendo que é implícito, inerente ao poder concedente retomar, quando lhe aprouver, a concessão.

Êsse poder, a meu ver, sobreleva as cláusulas contratuais, até os mandamentos da legislação ordinária. É um poder de ordem institucional, de ordem constitucional.

O Poder Público não pode abandonar nas mãos do concessionário o serviço público. Pode retomá-lo, quando julgar conveniente. Esta é a orientação doutrinária e jurisprudêncial, inclusive do Supremo Tribunal, ao apreciar as rescisões unilaterais dos contratos sôbre exploração de energia elétrica em muitos municípios brasileiros.

Recordo-me que a expressão "abandonar nas mãos do concessionário do serviço público" é do eminente Ministro Orosimbo Nonato, relatando acórdão neste Tribunal, a propósito da mesma matéria.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Quando é concessionário estrangeiro, tem alguma conseqüência.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Ressalvo os casos de abuso de direito manifesto, para os quais entendo que deve haver um tratamento mais adequado, até mesmo no processo desimpedido e desembaraçado do mandado de segurança.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O Poder Público paga o prejuízo.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Em qualquer hipótese pagará .

Para que o concessionário possa assumir o serviço, só posso admitir em casos excepcionalíssimos de abuso manifesto do poder concedente ao retomar a concessão.

Mas entendo, como o entenderam o eminente Relator e os eminentes colegas que o prestigiarem, que é lícito ao concessionário reclamar, pelas vias ordinárias, a indenização que lhe couber, principalmente porque não pode haver enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública com os instrumentos da concessão.

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sr. Presidente, pela existência de matéria de prova, que demanda maior exame, também acompanho o eminente Relator, mas não quero deixar passar esta oportunidade sem fazer uma ponderação.

Vivemos num regime declaradamente capitalista, em que a Constituição exprime seu apoio, não digo irrestrito, mas vigoroso, à iniciativa privada, opondo mais óbices que a de 1946 à atividade econômica do Estado. Não compreendo, neste regime, que a Administração sustente, sôbre a concessão de serviço público, uma doutrina que deixa o capital completamente desamparado. Num empreendimento em que o concessionário, pressumidamente, aplica vultosos recursos,

deve êle ficar privado dêsse patrimônio, até ninguém sabe quando, à espera da indenização a que tiver direito, sem que se lhe reconheça, pelo menos, a garantia de um processo administrativo?

Essa teoria, que me parece contrária ao espírito da Constituição, tem sido ampliada, talvez além dos limites, pelo Supremo Tribunal, como aconteceu no caso da Panair.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — V. Exa. me permite?

Parece que o contrato de concessão de serviço público e a teoria jurídica que, lentamente, se foi filtrando em vários países, desde séculos passados, são produtos do capitalismo.

Essa teoria foi construída *pari passu* com a marcha do capitalismo, sobretudo na sua fase industrial de gigantismo das emprêsas.

Por outro lado, no caso da Panair, e posso dizer até por observação pessoal, como viajante no estrangeiro, ela chegou à completa deterioração de seus serviços, a ponto de um passageiro, que foi o meu caso e o de outras pessoas, que passaram por êste mesmo vexame, ficar mais de dez horas abandonado em Roma, porque os aviadores resolveram não ir ao aeroporto até o dia seguinte, e não havia ninguém para tomar lá uma providência. Houve até perigo de segurança de vôo, segundo afirmou o Ministério da Aeronáutica.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Não desejo discutir de nôvo o caso da Panair.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Mas V. Exa. está citando.

Havia apropriação de fundos de outras companhias, em intercâmbio ou compensação de passagens. Quando havia trânsito de uma companhia para outra, recebiam a importância e não a entregavam à transportadora escolhida pelo passageiro.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Também neguei o mandado de segurança da Panair, mas com observações que se assemelham às que ora estou fazendo. Eram conhecidos os exemplos em que o Govêrno retomava um serviço público concedido, para garantir a sua continuidade. No caso da Panair, havia uma situação anômala, e o Govêrno, inopinadamente, sem processo administrativo regular, fêz cessar suas atividades, para transferi-las a outras companhias. Não foi uma intervenção para garantir a continuidade do serviço, mas para liquidá-lo. No caso presente, sem dúvida, o Govêrno está procurando garantir a continuidade do serviço.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O caso de Ilhéus vem de linga data. Eu e o eminente colega Adalício Nogueira já o conhecemos há 40 anos. Aquilo foi coisa precária, de emprêsas baianas, com capital modesto, incapazes de assumir a gravidade de operações que a própria natureza tornava obrigatória.

Reconheço o que está no art. 151, da Constitucional Federal de 1946, e no art. 160, da Constituição atual.

A equação financeira, matéria em que meu mestre foi o ilustre Professor Caio Tácito, na sua magnífica monografia publicada na *Revista de Direito Administrativo*, nós a conhecemos de perto...

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Está na Constituição, art. 160, mas pràticamente tem sido etlra morta.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — ... Também o direito de pedir uma indenização em relação ao capital realmente investido, na medida em que êle não foi compensado, na forma da contabilidade que a emprêsa concessionária do serviço público deve manter...

O Sr. Ministro Vítor Nunes — O art. 160 da Constituição é realmente expresso. A lei que disponha sôbre concessão do serviço público deve estabelecer qual seja a justa remuneração do capital. Mas isso tem sido letra morta, uma *flatus vocis*, porque o Govêrno impõe...

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O problema é o da inflação, que domina tôda as companhias.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — ... o Govêrno impõe encargos, não permite a revisão das tarifas e decreta a rescisão do contrato por inadimplemento.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Nesse caso, deve pagar a parte do capital realmente não amortizado. Fiquei impressionado com...

O Sr. Ministro Vítor Nunes — V. Exa. me releve a veemência. O que me parece é que estamos levando muito longe, talvez demasiadamente, a desproteção do capital investido em tais emprêsas. Veja V. Exa. Alega-se, no caso de Ilhéus, que não se podia retardar a medida com a audiência da emprêsa sôbre as faltas que lhe eram imputadas. Mas essa emprêsa já estava sob a intervenção do Govêrno! Por que tanta pressa em transformar a intervenção em definitiva encampação, sem dar vinte ou trinta dias à emprêsa para se defender?

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Permita o nobre Ministro: há 30 anos, quando eu era deputado estadual, lutava-se na Bahia, por intermédio da Assembléia, para que o Ministro José Américo de Almeida mandasse uma draga a Ilhéus. O Ministro prometeu muito, mas depois mandou um cartão de visita a várias autoridades, pedindo-lhes para prestigiar Agripino Grieco, que iria fazer uma conferência, paga. O povo de Ilhéus disse que pedira uma draga e que lhe mandavam um cavador, apenas.

O Sr. Ministro Luís Gallotti (Presidente) — O Pôrto de Ilhéus vive em minha memória há 40 anos e ressurgiu quando li o livro de Jorge Amado *Gabriela, Cravo e Canela*.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O eminente Ministro Adalício Nogueira sabe que um navio da firma Correia Ribeiro bateu em uma haste submersa de draga e foi ao fundo, morrendo quase tôda a tripulação, além dos passageiros.

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Fui testemunha ocular dos fatos. Êsse acidente foi uma das tragédias que mais me impressionaram.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Os eminentes colegas me honraram com seus esclarecimentos, que, aliás, corroboram o meu voto. Se se trata de fatos que vêm de trinta e quarenta anos, por que não aguardar, digamos, mais um mês, para que a emprêsa se defendesse em processo administrativo. O elementar princípio da defesa deve ser obrigatório para a Administração. Quando descumprido, no processo penal, declaramos a nulidade, mesmo em benefício de celerado. Entretanto, permitimos que um vultoso patrimônio seja retirado da posse do particular, sem atenção ao requisito mínimo da defesa. Parece que estamos necessitando, nessa matéria, de uma construção doutrinária que não institucionalize o arbítrio.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Acho que não se pode, de maneira nenhuma, prevenir qualquer ato da autoridade, impedindo-a de tomar providência heróicas, porque a própria natureza do serviço público, pela sua imediatidade, pela sua continuidade pela sua inexorabilidade, pede que a autoridade haja assim. A Fazenda Pública pagará o que a companhia investiu e o que ela não pôde reaver ou amortizar no curso do prazo contratual, ou porque não lhe dessem uma tarifa adequada, ou porque, pela interrupção brusca, não teve tempo necessário de amortizar o que realmente investiu.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — O Pôrto de Ilhéus já estava sob intervenção, estava sendo administrado pelo Govêrno. Custava fazer um processo administrativo, para se ouvir o concessionário? Que urgência seria essa que apenas mudava o título da Administração do Pôrto, pelo Govêrno Federal, para chamá-lo Administração indireta e não intervenção?

Sr. Presidente, faço estas considerações, porque me parece que os juristas brasileiros, incluindo sem dúvida os juízes, devemos meditar mais fundamente sôbre a total desproteção em que estamos deixando os concessionários de serviço público, quando a Constituição inequìvocamente quer amparar a iniciativa privada.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flôres — Sr. Presidente, estou de pleno acôrdo com o Relator. A exposição feita pelo douto advogado e as razões trazidas pelo Dr. Procurador revelam que se trata de matéria que depende de provas e essas provas não podem ser alcançadas em mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Temístocles Cavalcanti — Sr. Presidente, minha opinião já foi mencionada aqui pelo Senhor Procurador-Geral da República. Cada vez mais se acentua a tendência para atribuir ao Estado a fiscalização e o contrôle dos serviços concedidos, e, evidentemente, essa cláusula de rescisão está implícita em todo contrato.

A questão é de prova — se houve ou não culpa, se cabia ou não a rescisão — e me parece claro que, em mandado de segurança, essa matéria não pode ser ventilada.

Acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Tenho a impressão de que já li, em algum lugar, que o contrato de concessão de serviços públicos é um instituto moribundo. Cada vez mais o Estado pode tomar providência como essa que tomou.

Acredito que não há direito líquido e certo por parte da recorrente, já pela própria

natureza do instituto da concessão de serviços públicos, já por essa dependência de provas que tão lùcidamente o Relator assinalou. Aliás, o Procurador-Geral da República declarou que não foi anexado o contrato no seu texto integral (apenas 3 cláusulas foram transcritas).

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Mas o ilustre advogado mencionou um fato que o Dr. Procurador não contestou: não houve procedimento administrativo; a emprêsa não teve oportunidade de se defender, na via administrativa, das acusações que lhe são feitas.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Entendo que o mandado de segurança deve ser instruído documentalmente, e, aliás, só pode ser impetrado se as provas forem constituídas por documentos.

No caso, havia matéria intrincada e de alta transcendência: o estado do pôrto; quem devia ou quem não devia remover as conseqüências do assoreamento permanente e dramático do Pôrto de Ilhéus.

Por estas razões, não reconheço direito líquido e certo à requerente, mas, como também o fêz o Ministro Relator, ressalvo-lhe o direito de, pelas vias ordinárias, pleitear a indenização pela parte dos investimentos que não estejam razoàvelmente amortizados, na forma do art. 160 da Constituição federal atual, que rege a matéria.

EXTRATO DA ATA

MS 18.028 — DF — Rel., Ministro Evandro Lins. Requte., Companhia Industrial de Ilhéus S.A. (Adv., Caio Tácito). Reqdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Indeferido, unânimemente, nos têrmos do voto do Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, os Srs. Ministros Lafayette de Andrada e Adauto Cardoso. Falou o Doutor Caio Tático, pelo requerente e o Doutor Décio Miranda, Procurador-Geral da República, pela União Federal.

Presidência do Sr. Ministro Luís Gallotti. Presentes, os Srs. Ministros Thompson Flôres, Moacir Amaral Santo, Temístocles Cavalcanti, Rafael de Barros Monteiro, Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Elói da Rocha, Aliomar Baleeiro, Osvaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Vítor Nunes e Gonçalves de Oliveira.