

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 45.215 — DF

(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro A. M. Vilas Boas.

Requerente: Panair do Brasil S.A. Requeridos: Exmos. Srs. Presidente da República e Ministro da Aeronáutica.

Mandado de segurança impetrado pela Panair do Brasil S.A., para a declaração da nulidade do ato governamental que suspendeu as autorizações para as linhas nacionais e internacionais exploradas pela empresa, e, conseqüentemente, para o restabelecimento da situação anterior.

— Denegação do pedido, à unanimidade.

— Exploração a título precário desde 31.12.1963, quando deixou de haver recondução das concessões às empresas de navegação aérea. Não é possível que a questão se resolva sumariamente, quando não há direito líquido e certo a amparar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, resolve o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Cândido Motta Filho, após ampla discussão da matéria como demonstram as notas taquigráficas que integram este acórdão, indeferir o pedido de Panair do Brasil S.A., sobre que se formou este processo n.º 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 Motta Filho*, Presidente.

— *A. M. Vilas Boas*, Relator.

COMPLEMENTAÇÃO
DO RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vilas Boas: — Pelo Regimento da Casa, o Memorial é hoje, praticamente, uma peça do processo. Não se pode fazer abstração do que apresentou o insigne juriconsulto 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 contróle ju-

risdicional sobre um, necessariamente, envolve o outro.

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

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

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, inequivocamente, a possibilidade de prorrogação tácita dos contratos de concessão dos serviços públicos.

5. A jurisprudência do S.T.F. 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 Governo.

7. Em nosso sistema jurídico, verificada a 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. — Arguição 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 empresa, que acreditavam no êxito daquela em que se empenharam. O argumento da finalidade ilícita de tal aquisição destrói-se pelo seu próprio ilógismo.

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

R. — Com intuito alarmista, confundem-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 acordos celebrados com os países da Europa, a Panair era a única empresa brasileira com possibilidade de recuperação.

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

R. — Não se trata propriamente de favor, senão de retribuição por serviços prestados. A subvenção internac-

nal, 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 aquele auxílio. Aliás, o fato de não ter havido reajuste na prometida contribuição do Governo, para equipamento de uma aviação de primeira categoria, explica o endividamento de todas as empresas de navegação aérea.

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

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

6. *INF* — O Governo assumiu as obrigações da Panair para com o BB e o BNDE.

R. — Nunca houve tal. Em relação ao BB, o que há é um regime de moratória para todas as Companhias de navegação aérea; e o BNDE é um avalista que nunca foi chamado a honrar 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 dobro da receita bruta de um ano e ao total dos auxílios financeiros conferidos a toda 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 Governo 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 empresas fizeram a mesma reivindicação.

10. *INF.* — 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 todas as empresas, ante a desatualização da subvenção para reequipamento, a responsabilidade do fato é imputável ao próprio Governo, e não à Panair.

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

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 passagem 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, fez empréstimos de dinheiros a pessoas e empresas ligadas ao grupo Simonsen — Rocha Miranda.

R. — Trata-se de contas-correntes entre a Companhia e clientes habituais, e qualquer empresa 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 Excelentíssimo Sr. Presidente da República, praticado em face de exposição de motivos do Sr. Ministro da Aeronáutica, determinando essa decretação.

Inicialmente, o eg. 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, nessa qualidade, 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 deles 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 rede 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 C. Com. que, no seu art. 335, n.º 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, D. 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 consequência, a Lei de Sociedades por Ações, anterior à Lei de Falência, D. 7.661, dispõe, no art. 40, que desde o momento da abertura da falência ou da decretação do sequestro, 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 superintendência do juiz. Diz o art. 61:

"A função de síndico é indelegável, podendo ele, entretanto, constituir advogado quando exigida a intervenção deste em juízo." Chega até a esse detalhe:

O art. 62 está nestes termos:

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

Outra afirmação dessa capacidade do síndico por via do art. 63, n.º XVI:

"representar a massa em juízo, como autora, mesmo em processos penais,

como ré ou como assistente, contratando, se necessário, advogado cujos honorários serão previamente ajustados e submetidos à aprovação do juiz".

Está aí esta rede 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 C. Pr. Civ., 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 interesse 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 interesse na sociedade. Ele invoca, então, esse pretendido direito ou esse pretendido interesse 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 interesses 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 interferência do acionista com esse 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 esse 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 desse acervo a um síndico? Há uma decisão judicial. Como se poderia admitir que fosse 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 empresa faliu em consequência 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. 1.º do Dl. 7.661. É o simples não pagamento, no vencimento, de obrigação líquida. Entende-se falido aquele que deixa de pagar, no vencimento, obrigação líquida. De maneira que o motivo determinante da falência, é juridicamente totalmente estranho a este fato, a esta circunstância de ter sido suspensa a outorização para exploração das linhas.

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

Por tôdas essas circunstâncias, é totalmente procedente a arguição 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 arrojar esta qualidade de defensores dos seus interesses, de interesses 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 acordo em que a matéria de concessão de exploração de linhas aéreas está regulada em dois diplomas legais antigos. É o Código Brasileiro do Ar, Dl. 483, de 1938, e o Dl. 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 esses decretos, sendo anteriores à Constituição de 1946, estabeleceram um sistema por esta Constituição alterado. A Constituição de 1946, no art. 5.º, n.º XV, declara que a União explorará o serviço de navegação aérea, diretamente, ou mediante concessão ou autorização. Distinguiu 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 sobre 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 cará-

ter 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 interesse público, no interesse do serviço público. Quando se trata da electricidade, 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 interesse 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 este 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 termos — existe? De forma nenhuma.

O Dl. 9.793, de 1946, a que fez alusão o ilustre representante do impetrante, diz no seu art. 4.º — um decreto de apenas oito artigos e é todo ele, 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 esses 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 desses contratos. Esses contratos se referem à concessão de três espécies 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 acordo com o Decreto-lei 9.793, de 1946.”

Mas, já no tocante às 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 verifi-

cado, tácitamente, 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 satisfatoriamente. 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 Governo não tinha necessidade de cassar a concessão e não fez 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 Governo 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 fatos. Nesta carta, êsses administradores renunciavam aos seus cargos e declaravam a situação ruínosa em que se encontrava a empresa. Isso anteriormente a

êsses fatos e até dando um dos motivos determinantes da ação do Governo. Então, o Governo procedeu a essas diligências e verificou a ocorrência dessas coisas impressionantes que se encontram nas informações oficiais, dadas pelo Governo: 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 valores estimativos que, muitas vezes, não coincidem com a situação real da empresa. 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 empresa 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 déficit 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 a 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 si-

tuação da empresa, com cifras volumosíssimas, e essa situação decorria, naturalmente, de uma administração ruínosa, de uma administração em que se tivesse dado, abusivamente, dervio de bens. E a responsável última por tudo isso era a União, quer por via das subvenções, quer pela responsabilidade desses estabelecimentos oficiais, quanto a esses débitos, que iam num crescendo de hora para hora. E, se fôsse preciso uma demonstração dada pelo próprio impetrante, desse desequilíbrio financeiro, desse caos financeiro, bastaria atentar no teor do memorial distribuído pela impetrante, em que, entre outros itens, o de número 14, na p. 17, diz o seguinte:

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

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

"Trata-se não de empréstimos, mas de contas correntes, com clientes habituais dos serviços da empresa. E essa modalidade contratual de crédito é comum a qualquer empresa 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 empresa, 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 este 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 consequência, como um reflexo dessa situação de desequilíbrio financeiro.

De maneira que, na realidade, o Governo 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 perturbar a solução adotada no interesse 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 interesse do próprio país e no interesse 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 cerca 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 Governo

foi sensível, teve para este problema também voltada a sua atenção, embora isso nada tenha com a questão de direito discutida no mandado de segurança. Entretanto, são esclarecedores esses 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 interesse não só do acervo da empresa, 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 consequentes, restituir-se-á à primeira impetrante a exploração das linhas aéreas que vinha explorando, voltando tudo ao *statu quo ante*".

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

Quando a Panair veio postular, perante esta Alte Côrte, direitos de concessão 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 (f. 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 D1. 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 7.661, que a companhia falida se reputa, automaticamente, extinta. Sofre restrições, mas não é alijada do mundo jurídico: conserva a capacidade para opor-se à declaração da quebra e efeitos (art. 11, § 4.º, e 18, § 3.º); pode socorrer-se da concordata suspensiva (art. 177), requerer reabilitação (art. 198) e adotar outras providências (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 interesses creditórios reduzidos a uma unidade conceitual. Dirige-a o síndico exclusivamente com esta incumbência e finalidade. E não há-de ser ele, 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 termos que, conforme verificamos, não pode ser solvido por forma dirimente.

Dá o Governo 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 consequente impossibilidade de realizar os seus compromissos são imputáveis, exclusivamente, ao abuso de autoridade sofrido.

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

É este 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 actu oculi, como se faz para mandado de segurança, qual dêles operou como causa, não preponderantemente o 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" (DL 7.661, art. 1.º).

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, incluiu-se na sua prestação a nulidade da sentença, que é o grande impedimento a que a empresa prosseguir nas suas atividades.

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

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

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

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 DL 9.793-46, ainda em vigor. O art. 4.º deste 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 Jêze, vêem na concessão puro meio para assegurar o fim de funcionamento do serviço público, regendo-se por princípios e regras peculiares, exorbitantes do direito civil, não fazem abstração do vínculo jurídico que é fonte de mútuos direitos e obrigações (*Direito Administrativo*, vol. I, p. 281 s.).

Certamente, a perfeita concessão é um contrato, porque é negócio contratado 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 lapidariamente enunciado por Chiovenda, a que tanto se afeiçoa a moderna jurisprudência e a que se apegam habilmente o insigne patrono da impetração: "O processo, tanto quanto

praticamente possível, deve dar ao titular do direito tudo o que este legitimamente pretende".

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

Marcel Waline, por exemplo, adverte: "*On voit que la circonstance que le concessionnaire est associé à la gestion d'un service public produit de nombreuses et importantes conséquences, qui différencient très nettement la situation du concessionnaire de celle d'un contractant de droit privé*". — E uma das consequências da distinção é, a seu ver, esta: "*L'Administration reste donc toujours maîtresse du service. Le concessionnaire est chargé de l'exécution du service, mais les conditions générales de cette exécution 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. Élémt. de Droit Administratif, p. 387 s.).

Em contrato celebrado segundo as regras do direito comum, é defesa a inserção de cláusula que sujeite uma das partes ao arbítrio da outra (C. Civ., 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 interesse coletivo, causa final do contrato, de que o Poder Público é o árbitro.

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 interesse do povo, no momento seguinte a igualdade se restaura, para o pleno ressarcimento oriundo do abuso de poder. Há-de imperar sempre, em todas as relações humanas, aquêlê conceito de *Justiça* que Dante proclamou: "*Dealis et personalis hominis ad hominem proportio*,

quae 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 a 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 decidíssemos de outra maneira — penso eu — rigorosamente fiéis ao interesse 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 consequências disso serão apreciadas, *opportuno tempore*, na ação própria.

Mas o fato é que, apesar do disposto no Dl. 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 acordo 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 de-

terminado 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 empresas de navegação aérea passaram a explorar as linhas nacionais e internacionais a título precário, dependendo a dita exploração, exclusivamente, da aprovação dos respectivos horários e frequência" (f. 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, f. 119, sob a epígrafe — *Situação financeira e a segurança do voo* (fê).

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 exposição 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 internacionais.

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 *inidoneidade* do "mandado" para alcançar os objetivos da impetração.

O ataque ao ato administrativo exigiria se deslindasse previamente a questão de saber se a exploração do serviço federal (prevista no art. 5.º, XII, da Constituição) se fazia, na espécie, por meio de "concessão tácitamente 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. 5.º, XII), teria agido nos limites estritos da sua "discrecionalidade", como a define R. Alessi: "margem de apreciação do interesse público concreto, ao decidir quanto à oportunidade de agir ou quanto ao conteúdo da atividade" (*Direito Administrativo*, ed. 1949, vol. 1.º, p. 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 termos próprios e sem observância de exigências legais, como fôsse a de registro obrigatório no Tribunal de Contas. Mas, se a controvérsia se estabelece sobre 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 tácitamente prorrogada" emergja 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 exercer faculdade implícita em tôdas as concessões: a "rescisão unilateral", em decorrência do "princípio fundamental" (apontado por Jêze) 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 interesse" (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, ed. 1950, 6/324). Essa verdade, já proclamada pela Alta Corte (R.D.A., 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 propriamente 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, reconhecida à Administração, de introduzir mudanças nas cláusulas contratuais em curso de execução; importa em alterar a cláusula relativa ao prazo (p. 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-contratante); não deve ser obrigada a continuar recebendo prestações inúteis" (p. 158).

Trata-se de regra geral, aplicável às diversas categorias de contratos, com a só exclusão dos que tenham caráter unicamente financeiro (empréstimos públicos, etc.), porque, nesse caso, a rescisão colimaria apenas satisfazer puros interesses pecuniários, que não correspondem ao fundamento real da

instituição (p. 159; cf. Badaoui — *Le fait du prince*, p. 120).

Para ser lícita, a rescisão deve fundar-se em "motivo de interesse 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 cometida por êle na execução do contrato" (p. 163).

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

"A rescisão decretada pela Administração Pública é evidentemente um ato *jure imperii* e, por conseguinte, 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. p. 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; Dl. 2.627, de 1940, art. 138. c). E, mesmo reconhecendo que as sociedade falidas se representem "na falência" pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, na forma e sob as sanções do art. 37 do Dl. 7.661, inconcebível

seria fazê-los substituir o síndico na defesa dos interesses 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 consequentes". 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 repleliu a sua oponibilidade à sentença falencial e mereceu, por isso, os encômios do Professor Waldemar Ferreira, no seu notável *Tratado de Direito Commercial*, de edição recente (vol. 14.º, 1955, § 3.593, p. 339-340).

Por êstes motivos, indefiro a segurança.

VISTA

O Sr. Ministro Pedro Chaves: — Sr. Presidente, sempre me bati 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 profere nesta causa e êste processo falimentar, desde as garantias individuais da propriedade, desde o princípio da livre empresa, até as consequências futuras do julgamento, que hão de se estabelecer, paralelamente aos princípios de política administrativa dêste país.

E, como disse V. Excia., 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 doudas 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. Excia., Sr. Presidente, conhece a massa de serviços que nos assorbera. 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 sobre 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 questões, para me deter, especialmente, ao exame dêste caso. E, com a vênia de V. Excia., 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, Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Vilas Boas e Luiz Gallotti. Impedidos, os Exmos. Srs. Ministros Carlos Medei-

ros, Oswaldo Trigueiro e Lafayette de Andrada. Licenciados, os Exmos. Senhores Ministros Ribeiro da Costa e Hahnnemann Guimarães.

Brasília, 12 de maio de 1966. —
Alvaro Ferreira dos Santos, Vice-Diretor-Geral.

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 este 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: (*lé*).

Como este caso foi mencionado no decorrer dos debates, apenas faço referência a ele 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, nestes têrmos: (*lé*).

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, substancialmente, sua manifestação de ofício, em defesa do parecer lançado nos autos, e já haviam pronunciado seus votos os eminentes Ministros Villas Boas, Relator, e Prado 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, presa convicta da velha regra: *Damihî tactum, 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 dele sejam consequência. Em resumo, a impetração procura demonstrar a liquidez e certeza do direito subjetivo que defende, paralelamente, à arguição 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 Direi-

to, para que pede proteção judiciária, e de cujo exercício se viu privada *ex abrupto*, sem regular processo administrativo ou judicial, e sobretudo, sem defesa.

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

Com as informações de f. 81, o Excelentíssimo Sr. Presidente da República encaminhou também ao conhecimento deste eg. Tribunal a contrariedade ao pedido iniciada pela arguição da 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 fossem 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 termo a uma situação irregular na execução do serviço concedido, por parte da concessionária.

Não se exclua da exposição que estou fazendo, dos termos em que foi posta a questão sob julgamento, a intercorrência de um fato novo, posterior ao ato impugnado, anterior à impetração para o exame de suas implicações ao caso, pois com fundamento

nêie foi alegada até a ineficácia prática da segurança, se porventura fosse 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 (f. 75) por sentença datada de 15 desse 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 L. 1.533, de 1951.

Saliente-se que a falência não foi declarada com fundamento na impositividade que a caracteriza na forma do art. 1.º, do Dl. 7.661, de 1945, nem tampouco com fundamento em qualquer dos fatos previstos no artigo 2.º, da Lei de Falências. 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 termos, 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 Dl. 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 vezes acolhido na nossa legislação, como na jurisprudência, sob o influxo da teoria da manifestação tácita da vontade, consagrada pelo art. 1.679, do C. Civil. Invoco neste ponto, como amparo de minha opinião, a autorizada lição de Bilac Pinto, em parecer que consti-

tui verdadeira monografia, emitido já na vigência da Constituição de 1946, publicado pela R.F., 130/45-59.

Destaco do notável trabalho do eminente jurisconsulto as seguintes conclusões: "A data ... termo 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 não 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 de citações 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 novo — a declaração da falência da

Panair do Brasil. Se não admitíssemos a discussão do ato administrativo impugnado, neste processo de mandado de segurança por força 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 originariamente. Nem a força da sentença declaratória atrai para seu processo o conhecimento de matéria estranha, direta ou indiretamente aos interesses 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, *re ipsa*, pela sentença declaratória da falência.

Alega-se que a falência foi decretada como consequência 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 deste 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 passível 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 seíuz a tese. A decisão que apenas atingisse o ato tornaria 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 a.o das autoridades apontadas como coatoras, e isso impede, a meu ver, a concessão da medida pleiteada.

VOTO

O Sr. Ministro Adalício Nogueira: — Vetaria 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 força 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 § 1.º dêsse artigo “praticar qualquer ato que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, inte-

resses, 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 *hurlent de se trouver ensemble*. Há implicações 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 falimentar em pleno curso, instaurado, como se acha, o juízo universal, em que se debatem os interesses 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 isso. 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 entrecchoque das controvérsias, que se erigem e se conflitam, inevitavelmente, na área dos dois processos, da colisão de propósitos que nêles se defrontam, que resultam a iliquidez 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 desses requisitos ainda se projeta em outros setecres da controvérsia.

Entendo que, diante do dilema estabelecido pelo art. 5.º, inc. XII, da C.F. de 1946, segundo o qual, é lícito ao governo explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de navegação aérea, podia ele, como na hipótese ocorreu, conduzido pelas injunções superiores do interesse 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, tácitamente, 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 Governo 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 Governo, mediante as investigações, que realizou, as pesquisas cuidadosas de que se cercou, as informações miruciosas, de que se munuiu, de que estava inçada de inconveniências e perigos, a atividade operacional da empresa, imbuído do sumo dever, que lhe corria, de salvaguardar o interesse 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, esse ato não é, absolutamente, imotivado e se não o é, como contrapor-se-lhe a alegação que deve ser escoreita, 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 argumentos trazidos a debate neste rumoroso processo, em que as partes se esmeraram na defesa de seus interesses, 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 eles 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 somente 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, consequências que ainda mais dificultariam o problema criado com a supressão das atividades da empresa requerente.

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

Houve a inélcia da empresa, após o ato do governo, criando novos e complexos problemas, com os interesses dos credores.

O ato governamental impugnado assenta-se em que as dificuldades financeiras da empresa 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 eminente 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 empresa para postularem a segurança, na forma do voto do relator, o eminente Ministro Vilas Boas.

No mérito, também de acôrdo com S. Excia. 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 empresa 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 empresa diz, por exemplo, que sua antiga concessão estava prorrogada. Não existe ato do Governo nesse sentido. Estaria tacitamente prorrogada. Há, todavia, fundadas razões para se admitir que o Governo, ao deixar de renovar, desde 1956, concessões às empresas de navegação aérea, colocava essa empresa fora do regime normal previsto no Código Brasileiro do Ar.

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

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

VOTO

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

Não posso deixar, contudo, de fazer umas poucas ponderações sobre 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 Governo. Sustenta igualmente, admitindo, para argumentar, que o regime seja de concessão, que o Governo 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.

Observe, porém, que no caso presente essa teoria é sustentada, não para o Governo assumir o controle de um serviço público concedido e garantir a sua continuidade e eficiência, mas para provocar com o seu ato, a paralisação de uma empresa, transferindo seus serviços a empresas concorrentes. É possível que a impetrante tivesse de cessar, por ato próprio, os seus serviços, por estar insolvente, como sustenta o Governo, mas o Governo se antecipou a essa situação, fazendo cessar a fonte de receita da empresa, o que por si só bastaria para levá-la irremediavelmente à falência.

São conhecidos exemplos de desapropriação ou encampação de serviços públicos ou de empresas, pelo Governo, para garantir a sua continuidade. Foi, aliás, o que alegou o Presidente Truman, ao assumir, em 1952, o controle da indústria do aço, ameaçada de uma greve iminente. Cumpria manter em funcionamento aquela atividade, que era indispensável ao esforço do país na guerra da Coreia. Fundou seu ato na gravidade da emergência nacional e nos seus poderes inerentes de Chefe de Estado e comandante supremo das forças armadas. Diga-se, de passagem, que um juiz federal imediatamente suspendeu o ato de encampação, e a Corte Suprema, por seis votos contra três, afirmou que o Presidente não tinha os poderes pretendidos (*Youngstown Sheet & Tube Co. et al. 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 permitia apresentar defesa.

Alega o Governo, carregando grande cópia de elementos para os autos, que era péssima e insustentável a situação financeira da empresa. 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 esse problema, em se tratando de empresa 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 empresa de navegação aérea em situação financeira insustentável teria de ser complementada com um estudo comparativo de todas as empresas congêneres, que operam no País, para que o julgador pudesse avaliar se a situação deficitária de todas chegou a ser tão grave num caso particular, que tornou imperioso o fechamento de uma empresa, em proveito das outras, também deficitárias.

Mas o exame de todos estes aspectos, que eu tenho como necessário para poder formar um juízo sobre 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, especialmente o de que devia ser mantida a concessão

por ser satisfatório o serviço da empresa, estão indissolúvelmente 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 Luiz Gallotti: — Li, com a maior atenção, os memoriais dos ilustres advogados. Li, igualmente, os pareceres dos eminentes jurisperitos 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 esse exame algumas considerações sobre 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 impugnaram.

Quanto ao mérito, porém, não me convenci de que o Governo 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 empresas 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 fossem (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 RE 35.221, de que fui relator e cuja ementa é dêste teor:

"Imposto de indústrias e profissões — Companhia de navegação aérea — O art. 31, parágrafo único, da Constituição não a isenta do imposto, 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 empresas não configura uma verdadeira concessão de serviço público.

Verdade é que nem sempre foi unânime, no Tribunal, esse entendimento.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — Devo dizer a V. Excia. que não estava presente à sessão, quando do julgamento do RE 53.023, mas, nessa sessão, o Tribunal decidiu que se tratava de concessão e deu isenção de impostos locais, em parte, a uma empresa de navegação aérea, recorrendo a matéria. Nesse recurso 53.023 fui relator e alguns eminentes Ministros, inclusive o Sr. Ministro Hahemann Guimarães, prestigiaram o meu modesto voto.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: — No RE 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.

Esse ponto é incontroverso.

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

Argumentam os impetrantes com o art. 4.º do DI. 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, traz 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 Governo*; 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 Governo*, e se *prorrogação* não houve, como reconhecer que esta existia?

E como reconhecê-lo em mandado de segurança, dirimindo neste as *controvérsias* sobre 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 — Celso Rocha Miranda adquiriu o controle da empresa *insolvente*, comprando 64% das suas ações, em três grandes lotes, por preço correspondente a quase cinco vezes o seu valor nominal e a quase dez vezes o seu valor na Bôlsa, e visando ao benefício dos interesses financeiros do mesmo grupo, com prejuízo dos serviços públicos que competia à Panair realizar. É de inferir-se, assim, que, entendendo o Governo 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* sobre matéria de fato, a que me referi: saber se o Governo teve, ou não, justo motivo para julgar inconveniente a *prorrogação* e deixar de fazê-la. Outra seria esta: saber se a *segurança* de voo 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 Governo, ou se não estava, como afirmam os impetrantes. Observe-se que a elucidação desses 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 Governo.

Ora, tais *controvérsias* sobre matéria de fato, cujo deslinde dependeria inclusive de provas periciais, incabíveis no mandado de segurança, são tipicamente 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 termos dos votos pronunciados.

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, Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Vilas Boas e Luiz 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.

Brasília, 18 de maio de 1966. — *Álvaro Ferreira dos Santos*, Vice-Diretor-Geral.