

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.085 - DF (2015/0246011-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE : UNIÃO

PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

AGRAVADO : LOCALFRIO S/A ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS

ADVOGADOS : LUÍS FELIPE CARRARI DE AMORIM
THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER

DECISÃO

REVOGAÇÃO DA LIMINAR
ADMISSÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO
DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1. Este Mandado de Segurança foi impetrado com caráter preventivo, com pedido de liminar, por LOCALFRIO S/A ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS, em face da alegada iminência da prática de ato que reputa injurídico do MINISTRO DA SECRETARIA ESPECIAL DE PORTOS, consistente na projetada prorrogação do Contrato de Arrendamento no. 69/97, *cuj o objeto é a exploração de bem público formado pelo conjunto de instalações destinadas à atividade portuária, situadas no Porto de Santos, São Paulo, margem esquerda*, nos termos da impetração.

2. A empresa Impetrante pleiteou a concessão de tutela liminar para determinar-se que a digna Autoridade Impetrada se absteresse de praticar o referido ato nos autos do Processo Administrativo no. 50300.001051/2006-46, até que seja julgada esta impetração.

3. Justificou o seu pedido, aduzindo que o referido contrato diz respeito à *concessão de uso de bem público*, situado no Porto Organizado de Santos/SP, em cuja área está englobado um terreno público denominado T4, sobre o qual houve decisão judicial proferida pelo egrégio TRF 3a. Região, no Mandado de Segurança 0005554-05.2006.4.03.6104, daquela Corte Regional, por cujo acórdão foi deferida a ordem impetrada, bem como definida a necessidade de certame licitatório público, como é de rigor em casos que tais.

Superior Tribunal de Justiça

4. Peticionou a impetrante, às fls. 136/140, noticiando que o ato apontado como coator que era iminente, foi concretizado no dia 30.9.2015, tendo sido publicado no DOU de 1.10.2015, pelo que houve por bem, ainda, aditar a petição inicial para transformar a natureza da impetração de preventiva para repressiva.

5. À vista de tais alegações, bem como da análise perfunctória própria das medidas de urgência, deferi o pedido de tutela liminar, através da decisão que foi assim fundamentada:

(...).

5. *Passo à análise do presente pleito, especialmente à verificação da presença dos elementos condicionantes do deferimento da postulada medida de eficácia prontíssima; o pedido de tutela produtora de efeitos imediatos, sejam inibitórios de atos oficiais ou ordenadores de sua prática, na via mandamental, como se sabe, sujeita-se à demonstração de dois requisitos elementares de refinada, mas muito conhecida elaboração doutrinária e judiciária, quais sejam: (a) o periculum in mora, denotador da plausibilidade de ocorrência de dano grave ou de reparação árdua, a decorrer da natural absorção de tempo que se leva para o equacionamento do mérito da postulação, e (b) fumus bonis iuris, indicador da forte plausibilidade de atendimento final da postulação deduzida.*

6. *Ao meu ver, a esses dois elementos deve ser acrescentado, para o efeito de deferimento de medida de urgência, um outro elemento: a emergencialidade da situação, pondo à mostra que, se não se der proteção imediata ao direito visível, a concessão posterior de proteção jurídica terá resultado bastante reduzido, talvez mesmo resultado inútil e, portanto, desnecessário.*

7. *Na hipótese vertente, entendo relevantes os fundamentos jurídicos da impetração e que se reveste da mais alta indagação jurídica a questão a ser dirimida, oportunamente, pela Primeira Seção desta Corte; essa questão está relacionada à decisão judicial proferida pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, concedendo a ordem impetrada, versando os mesmos fatos desta impetração, embora se trate de writ postulado por empresa diferente da ora impetrante.*

Superior Tribunal de Justiça

8. Tenho para mim que, uma vez concedida a ordem de segurança, a parte que a postulou não tem poder dispositivo sobre a sua eficácia ou sobre a sua execução, isso porque a ordem judicial é dada à autoridade, em função de se haver constatado ilegalidade ou abuso de poder, não podendo as partes transacionar ao seu respeito: este é um ponto de vista relativo à tutela mandamental que cultivo há muito tempo, por entender que a jurisdição mandamental não está ao alcance de acomodações a interesses particulares, ainda que inegavelmente legítimos.

9. Esta percepção faz-me pensar que é necessário um exame verticalizado do que ocorreu neste caso, no qual, ao que se vê, a ordem de segurança teria sido esvaziada de eficácia ou teria sido dela subtraída a força ordenadora que lhe é própria, típica e ineliminável: eis aí, na minha visão das coisas, a presença do decantado *fumus bonis iuris*.

10. O *periculum in mora*, neste caso, eu o vejo na execução, efetividade ou cumprimento que se venha a dar ou que venha a ter o ato da autoridade impetrada que prorrogue o referido contrato na área portuária santista, quando o egrégio TRF da 3a. Região havia determinado que se fizesse licitação pública para a concessão do seu uso; volto a dizer que não imagino qual metodologia processual poder-se-ia empregar para retirar a eficácia dessa decisão, salvo se tal ocorresse mediante o uso das vias processuais recursais adequadas.

11. Segundo me parece, o ato do MINISTRO DE ESTADO DOS PORTOS, que prorrogue o tal contrato, surge-me como ato que deva ter a sua eficácia suspensa, até que a douta 1a. Seção do STJ dê o seu veredicto definitivo sobre se é possível, ou não, que um acordo inter partes ou uma conciliação intersubjetiva, inspirada em oportunidades empresariais ou conveniências de gestão portuárias, termine por esvaziar a energia ordenadora de uma decisão mandamental: repito que é aqui que detecto a aparência do bom direito, mas sem emitir a seu respeito qualquer juízo conclusivo, definitivo ou irreformável.

12. Ante o exposto, concedo a medida mandamental liminar postulada, para suspender, provisoriamente, como ora o faço, a prorrogabilidade do Contrato de Arrendamento no. 69/97, relativo a espaços portuários no complexo Porto de Santos/SP, tornando insubsistente qualquer ato oficial que eventualmente se contraponha a este decisum; embora nem fosse necessário dizer, acrescento, porém,

Superior Tribunal de Justiça

que após as informações da digna Autoridade Impetrada, reavaliarei os termos desta decisão, porquanto sei que a dinâmica dos serviços portuários exige soluções rápidas, eficazes e seguras (fls. 146/148).

6. Desta decisão, a UNIÃO interpôs Agravo Regimental (fls. 155/177), onde alega em síntese: (a) a ocorrência de decadência da via mandamental; (b) a não interferência da desistência do MS 0005554-05.2006.4.03.6104; (c) a competência da Secretaria de Portos - arts. 16, III da Lei 12.815/2013 e 1o., parág. único do Decreto 8.033/2013; (d) a possibilidade legal de expansão da área arrendada e da prorrogação antecipada do contrato de arrendamento.

7. A parte impetrante, às fls. 182/208, apresentou manifestação refutando os argumentos contidos no recurso interno, defendendo a manutenção da liminar anteriormente concedida.

8. Sobrevieram as informações da Autoridade Impetrada (fls. 212/3.444), tendo ressaltado no Ofício, três argumentos que convenceram o Ministro de Estado dos Portos a não determinar a anulação do ato:

1. A inviabilidade de competição que permite à Secretaria de Portos e à ANTAQ realizar acréscimo de área de concessão não diz respeito a ausência de interessados mas, neste caso, ao fato de que somente o proprietário lindeiro, se tiver acrescida essa área, poderá realizar obras que implique em cais acostável de 1.200 metros contínuos, extensão de berço junto ao cais de 15 metros, com quatro terminais ferroviários com 800 metros de extensão cada. Esse é o fundamento que inviabiliza a licitação e não a ausência de interessados na gleba isolada. For esse motivo, o tratamento da inviabilidade de competição na Lei n. 12.815/2013 permite ser diferente do previsto na Lei n. 8.666/1993;

2. O interesse público, no dever de dar fiel cumprimento a futuro provimento judicial que dê ao tema entendimento diferente do Ministro Chefe anterior desta pasta, que praticou o ato, está plenamente resguardado no parágrafo primeiro da cláusula sétima do contrato firmado, que segue como anexo 2 deste ofício, razão pela qual inexistente o periculum in mora suficiente para a manutenção da liminar (fls. 212/213).

Superior Tribunal de Justiça

9. Vale ainda destacar, a existência de parecer elaborado pela Assessoria Jurídica da AGU junto à Secretaria de Portos (fls. 220/235), que examina com profundidade os tópicos destacados pela Autoridade Impetrada, isso no cumprimento de seu dever funcional.

10. Houve ainda peticionamento da parte interessada SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 3.448/3.483) defendendo: (a) a existência de litisconsórcio passivo necessário; (b) a ocorrência da decadência da impetração; (c) a inadequação da via eleita, e; (d) a inexistência do direito líquido e certo.

11. É o relatório, no que interessa.

12. De início, verifico a existência de pedido de admissão como litisconsorte necessário da empresa SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 3.448/3.483), nos termos do art. 24 da Lei 12.016/2009, por ser a beneficiária do ato apontado como coator, o qual a impetrante pretende desconstituir, atingindo, diretamente sua esfera de interesse jurídico, ao que demonstra.

13. Assim, defere-se o seu ingresso, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, nos termos dos arts. 24 da Lei 12.016/2009 e 47 do CPC, devendo proceder a Coordenadoria da 1a. Seção, às devidas anotações e cadastramento.

14. No tocante à decisão que concedeu a liminar (fls. 145/148) em juízo superficial próprio das tutelas de urgência, tem-se que merece realmente ser reconsiderada, à vista das bem lançadas razões jurídicas não apenas da UNIÃO, em seu Agravo Regimental (fls. 155/177), mas também da litisconsorte passiva ora admitida (fls. 3.448/3.483).

15. Há matéria prejudicial de mérito, porquanto o ato apontado como coator, na realidade, se consubstancia no 5o. Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento PRES 69/97, sendo certo que o 1o. Aditivo foi levado a efeito

Superior Tribunal de Justiça

em 3.7.2006, restando caracterizada, portanto, a decadência da impetração, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009.

16. Por outro lado, verifica-se ainda, da análise mais acurada da petição inicial em confronto aos argumentos trazidos pela UNIÃO e pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A, que a via mandamental não é adequada à finalidade pretendida pela parte impetrante, porquanto a *questão posta nos autos — obrigatoriedade de comprovação da situação excepcional de inviabilidade de exploração autônoma do T4 —, reconhecidamente demanda dilação probatória, haja vista que o acréscimo (adensamento) da referida área ao Contrato de Arrendamento PRES n. 69/97 decorreu da inexigibilidade de licitação por ser a Santos Brasil Participações S.A. a única empresa em condições de explorar adequadamente referida área* (fls. 3.453).

17. Demais disso, também se apresenta imprescindível a realização de fase probatória para se desconstituir as conclusões constantes dos estudos técnicos trazidos pela UNIÃO, que foram utilizados para fundamentar a decisão da Autoridade Impetrada, em especial, a NOTA TÉCNICA 052/2009-GPP (fls. 167/168), assim como também o PARECER PRG/ANTAQ 611/2009 (fls. 169/170).

18. Não é demais recordar-se a clássica lição do saudoso Professor HELY LOPES MEIRELLES:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meio legais (Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 34/35).

19. Assim sendo, havendo a necessidade de dilação probatória,

Superior Tribunal de Justiça

a via mandamental é inadequada. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO CONTRATUAL COM APLICAÇÃO DE MULTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO AFASTAMENTO DA SANÇÃO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Hipótese em que a impetrante, empresa do ramo de construção civil, impetrou mandado de segurança, pleiteando a anulação de ato administrativo sancionatório praticado pelo Secretário de Estado de Administração Penitenciária, consistente na aplicação de multa no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais relativas à reforma da Penitenciária Alfredo Tranjan (Bangu II).

2. Não obstante tenha a recorrente o direito de suspender suas atividades em caso de atraso prolongado no pagamento, com base no art. 78, XV, da Lei 8.666/93 (Precedentes: REsp 879.046/DF, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 18/06/2009; REsp 910.802/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 06/08/2008), o seu exercício, ainda que legítimo, não tem o condão de, por si só, afastar a multa ora impugnada, que lhe foi imposta, também, em decorrência da constatação de inadimplemento contratual culposos.

3. Para tanto, necessária seria, primeiramente, esclarecer quem efetivamente deu causa aos atrasos na obra, principalmente em face da flagrante divergência entre as narrativas das partes envolvidas no processo.

4. Tal situação resulta na constatação de que a via mandamental é inadequada para a presente discussão, ante a necessária dilação probatória para se esclarecer todas as controvérsias existentes nos autos, relacionadas, especialmente, com os motivos que conduziram os atrasos na conclusão dos serviços contratados.

(...).

6. Extinto o feito, sem resolução do mérito, restando prejudicado o recurso ordinário (RMS 39.641/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25.11.2014).

20. Finalmente, quanto ao mérito, verifica-se que a

Superior Tribunal de Justiça

argumentação trazida pela UNIÃO em seu Agravo Regimental, demonstra a existência de normas legais que amparam a competência para a prática do ato pela Secretaria de Portos (arts. 16, III da Lei 12.815/2013 e 1o., parág. único do Decreto 8.033/2013), a possibilidade de ampliação da área arrendada (arts. 6o., § 6o. da Lei 12.815/2013 e 24 do Decreto 8.033/2013), e também da prorrogação antecipada do contrato de arrendamento (art. 57 da Lei 12.815/2013), não se apresentando, portanto, o direito alegado pela impetrante como líquido e certo a amparar a ação mandamental, o que importa a sua denegação por razão de mérito.

21. Ante o exposto, admite-se a empresa SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A, como litisconsorte passiva necessária; revoga-se a liminar anteriormente deferida e, ante os fundamentos acima delineados (decadência e inadequação da via eleita), denega-se a segurança pleiteada por LOCALFRIO S/A-ARMAZÉNS GERAIS, com fundamento *de meritis*, também porque verifica-se a absoluta legalidade da prorrogação do Contrato de Arrendamento, inclusive a área acrescida desde 1997.

22. Sem condenação em honorários por se tratar de ação mandamental.

23. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2015.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR