

Superior Tribunal de Justiça

MEDIDA CAUTELAR Nº 20.232 - PR (2012/0238934-4)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
REQUERENTE : **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT**
ADVOGADO : **RAPHAEL RIBEIRO BERTONI E OUTRO(S)**
REQUERIDO : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL**

DECISÃO

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT ajuíza a presente medida cautelar contra a Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil – ANAFPOST, requerendo a concessão de efeito suspensivo ao REsp 1.351.344/PR, interposto para reformar acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS DE FRANQUIA POSTAL FIRMADOS COM A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. PREVISÃO DE EXTINÇÃO DE PLENO DIREITO DOS MESMOS, APÓS DECURSO DE LAPSO TEMPORAL, FIXADO POR NORMA INFRA-LEGAL (ART. 9º, § 2º, DO DECRETO Nº 6.639/08). INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REGULAMENTAÇÃO QUE EXTRAPOLA AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 7º, § ÚNICO, DA LEI Nº 11.668/08, A QUAL SOMENTE FIXOU PRAZO MÁXIMO DE SUBSTITUIÇÃO DOS CONTRATOS ANTIGOS POR NOVOS, REALIZADOS ATRAVÉS DE PROCESSO LICITATÓRIO, SEM DETERMINAR A EXTINÇÃO DAQUELES EM CASO ADVERSO. SERVIÇO DE CARÁTER ESSENCIAL. MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS EM VIGOR ATÉ A SUBSTITUIÇÃO POR NOVOS, ESTES REALIZADOS ATRAVÉS DE PROCESSO LICITATÓRIO, O QUE DEVE OPERAR-SE DENTRO DO PRAZO LIMÍTROFE ESTIPULADO EM LEI.

Apelação provida.

Foi negado provimento aos respectivos embargos de declaração (e-STJ fls. 753-758).

Sustenta a requerente que "a celebração dos diversos contratos de franquia postal, pelo modelo antigo, ocorridas em meados dos anos 90, não se deram mediante prévio processo licitatório, em desestima ao que preconiza o art. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal" (e-STJ fl. 2). Diante disso, o Tribunal de Contas da União, em 1994, determinou "que a ECT adotasse todas as providências necessárias à regularização da questão, substituindo o modelo antigo por outro, mediante licitação" (e-STJ fl. 2).

Foi editada, ainda, a MP nº 403/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.668/2008, determinando "a substituição das agências franqueadas, mediante a realização de licitação, no prazo máximo de vinte e quatro meses, a contar da sua regulamentação, o que ocorreu em 10 de novembro de 2008" (e-STJ fl. 2). Com isso, "considerando que a regulamentação da Lei nº 11.668/2008 se deu no final do ano de 2008, a ECT, tão logo, lançou os editais de licitação de franquia postal em **maio de 2009**" (e-STJ fl. 2).

Os editais de 2009, entretanto, segundo o requerente, "foram questionados judicialmente pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL – ANAFPOST, mediante o **processo nº 5000825-70.2011.404.7000/PR**, hodiernamente objeto do **REsp 1351344** ao qual se pretende conferir efeito suspensivo com a presente ação cautelar" (e-STJ fl. 2). Acrescenta que, "nos autos do processo nº 5000825-70.2011.404.7000/PR, a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL, em síntese, alegou suposta inexecuibilidade do novo contrato em razão de suposta **falta de estudo de viabilidade técnica e**

Superior Tribunal de Justiça

econômica" (e-STJ fl. 2), e que, "em primeira instância, a ECT foi vitoriosa, mas perante o TRF-4, foi dado provimento à apelação cível da ANAFPOST para *'reconhecer e declarar a inexequibilidade do contrato anexo 07 do presente edital, decorrente da desnaturação do contrato de franquia postal, até que a mesma seja regularizada conforme disposto pela Lei 11.668/2008 em seu art. 7º e pelo Decreto 6.639/2008 e demais legislações pertinentes ao caso visto em tela, devendo ser mantida a atual relação jurídica, até que futura relação jurídica, ou seja, o contrato anexo 07 seja regularizado e legalizado'*" (e-STJ fl. 3).

Sustenta que "nesse meio tempo, a Lei nº 11.668/2008 foi **alterada** pela Lei nº 12.400/2011, inserindo-lhe o art. 7º-A", segundo o qual "as novas Agências de Correios Franqueadas – ACF terão prazo de 12 (doze) meses para fazer as adequações e padronizações definidas pelas normas técnicas e manuais da ECT" (e-STJ fl. 3). Com base nessa nova norma, "a ECT julgou necessária a adequação dos Editais ao prazo de 12 meses estipulado na referida Lei, razão pela qual **anulou** todos os procedimentos licitatórios ainda não concluídos" (e-STJ fl. 3). Assim, a anulação dos editais teria se dado por força da nova legislação, "não em virtude do acórdão prolatado nos autos do processo nº 5000825-70.2011.404.7000/PR (OBJETO DO REsp 1351344)" (e-STJ fl. 3), divulgando-se, em 14.12.2011, por meio do *site* da ECT, do DOU e de jornais de grande circulação, "os **novos editais de franquia postal (editais 2011)**" (e-STJ fl. 3).

Também segundo a requerente, "de uma forma ou de outra, é certo que **os novos editais (2011) contêm avanços suficientes para liquidar a decisão prolatada pelo TRF-4 nos autos do processo nº 5000825-70.2011.404.7000**, até porque aquela Corte, ao tomar conhecimento do acontecido esclareceu nos autos da ação cautelar nº 5000205-72.2012.404.0000 que *'a decisão recorrida não afronta o contido nos acórdãos proferidos nas AC nº 5003570-57.2010.404.7000/PR, transitada em julgado; e AC nº 5000825-70.2011.404.7000/PR'*" (e-STJ fl. 3).

Entende que, "com o lançamento dos novos editais (2011), é inegável a **perda do objeto** do processo nº 5000825-70.2011.404.7000/PR (editais 2009), pois quaisquer vícios que supostamente possam ser reconhecidos quanto aos editais de 2009, acabaram sendo **sanados pelos editais de 2011**" (e-STJ fl. 4). Observa, ainda, que "todos os contratos de franquia postal que já tinham sido firmados com base no edital de 2009 foram objeto de **TERMOS ADITIVOS** para fins de compreender em seu objeto todas as inovações do edital de 2011" (e-STJ fl. 4).

Diz que a situação atual é a "seguinte: A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL conseguiu declarar as irregularidades em relação ao edital de 2009 (sem trânsito em julgado), mas está consolidado no âmbito do TRF-4 que os editais de 2011 não contêm nenhum daqueles vícios" (e-STJ fl. 4).

Relata que "o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lens, **ao confrontar os editais de 2009 para com os editais de 2011**, nos autos da ação cautelar nº 5000205-72.2012.404.0000/PR, processo incidental ao processo nº 5000825-70.2011.404.7000, acolheu as alegações da ECT no sentido de que esta empresa pública concebeu novos modelos de viabilidade técnica e econômico-financeira, os quais foram submetidos à apreciação do TCU, não havendo até então qualquer manifestação desfavorável às conclusões obtidas pelos novos estudos' e 'que todas essas alterações passaram a integrar o edital de licitação de AGF de 14/12/2011, sendo incontroverso que ditas modificações se deram em razão do aperfeiçoamento dos modelos de viabilidade técnica e econômico-financeira'" (e-STJ fl. 4). A Terceira Turma do "TRF-4", afirma, confirmou a decisão monocrática.

Informa que, "não contente com a clara decisão do TRF-4 quanto à notória regularidade dos editais de 2011, a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FRANQUIAS POSTAIS DO BRASIL aforou perante a 04ª Vara Federal de Curitiba, a execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000, mediante a qual REPETE os argumentos e pedidos da ação cautelar nº

Superior Tribunal de Justiça

5000205-72.2012.404.0000" (e-STJ fl. 9). Conclui tratar-se "de PURO ATO DE MÁ-FÉ, pois aquilo que a ANAPOST pede nos autos da execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000, com base no acórdão prolatado nos autos do AC nº 5000825-70.2011.404.7000/PR, objeto do REsp 1351344, **já foi indeferido pelo TRF-4 nos autos da ação cautelar nº 5000205-72.2012.404.0000**" (e-STJ fl. 9). Enfim, não haveria "nenhuma mácula nos editais de 2011" (e-fl. 9).

Esclarece, mais adiante, que "tanto a ação cautelar nº 5000205-72.2012.404.0000, quanto à execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000 **são incidentais/oriundas do mesmo processo**, qual seja, a **apelação cível nº 5000825-70.2011.404.7000**, que é objeto do REsp 1351344, interposto pela ECT, ao qual se pretende conferir efeito suspensivo para fins de eliminar, de uma vez por todas, essas manobras processuais que põe em risco o sistema de franquia postal no Brasil" (e-STJ fl. 10). Especificamente sobre o *periculum in mora*, aduz:

É certo que o MM. Juízo da execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000 indeferiu o pedido de inclusão de novas associadas, mas permanece o risco pois eventuais recursos da ANAFPOST podem ser providos e, caso isso ocorra, o periculum in mora irá se maximizar, colocando em risco concreto toda a licitação de franquia postal realizada no país! **MAIS DE 1.000 LICITAÇÕES!!!**

Se assim o é, a execução provisória da AC nº 5000825-70.2011.404.7000/PR, ainda mais nos moldes em que pretendido pela ANAFPOST, causará séria lesão ao sistema de franquia postal da ECT em âmbito nacional, não obstante TODOS os argumentos contidos na execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000 já terem sido superados pelo TRF-4.

Fato é, Excelências, que a AC nº 5000825-70.2011.404.7000 **perdeu seu objeto**, pois, ad argumentandum, quaisquer supostas irregularidades que possam ter havido nos editais de 2009, foram corrigidas pelos editais de 2011, o que inclusive foi confirmado pelo TRF-4, conforme demonstrado acima, não restando alternativa à ECT, senão pedir **efeito suspensivo ao REsp 1351344**, pois além de presente o *fumus boni iuris*, já está consumado o *periculum in mora*, dado o aforamento da execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000 (e-STJ fl. 10).

O *fumus boni iuris* está assentado, basicamente, no fato de que "os modelos de viabilidade técnica e econômico-financeira originalmente concebidos para os editais de 2009" seriam diversos "dos modelos de viabilidade técnica e econômico-financeira que alicerçaram os novos editais de licitação, publicados em meados de dezembro de 2011, onde o seu aperfeiçoamento decorreu de uma série de medidas" (e-STJ fls. 22-23). Ademais, reforça que "houve inequívoca perda do objeto do processo nº 5000825-70.2011.404.7000/PR (o que foi pedido no RESP 1351344), pois é certo que a relação jurídica firmada entre elas e a ECT decorre de novo título, até porque os editais de 2009 acabaram sendo anulados, conforme demonstrado" (e-STJ fl. 26).

Pede que seja concedido liminarmente o efeito suspensivo ao recurso especial, anotando que, "por força do art. 7º, parágrafo único, da Lei 11.668/2008, a ECT necessita concluir a contratação de AGF até o dia 30/09/2012 (o prazo já acabou!!!), não podendo, de forma alguma, ter que republicar todos os editais pelo país afora – essa é a vontade da ANAFPOST com a inclusão, a toda hora, de novas associadas na execução provisória nº 5043869-08.2012.404.7000 – trata-se, pois, de claro *periculum in mora*" (e-STJ fl. 31).

É o relatório. Decido.

A Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil, em 18.1.2011, ajuizou "Ação Declaratória de Nulidade do Contrato – ANEXO 07 do Edital de Licitação das Franquias de

Superior Tribunal de Justiça

Correios c/c preceito cominatório de antecipação dos efeitos da tutela em caráter cautelar" contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Os editais objeto da presente demanda foram publicados em 2009 (e-STJ fls. 110-149).

A ação foi julgada procedente em segundo grau, no acórdão recorrido, "afim de reconhecer e declarar a inexequibilidade do contrato anexo 07 do presente edital, decorrente da desnaturação do contrato de franquia postal, até que a mesma seja regularizada conforme disposto pela Lei 11.668/2008 em seu art. 7º e pelo Decreto 6.639/2008 e demais legislações pertinentes ao caso visto em tela, devendo ser mantida a atual relação jurídica, até que a futura relação jurídica, ou seja, o contrato anexo 07 seja regularizado e legalizado" (e-STJ fl. 732).

Com efeito, o recurso especial, interposto em 21.2.2012, traz preliminar de prejudicialidade da demanda, por falta de objeto, afirmando que os editais objeto deste feito foram anulados (e-STJ fls. 767-771).

Nas contrarrazões, a ora requerida sustentou que "a recorrente, desprovida de qualquer cautela de fato e/ou de direito, publicou em data de 14 de dezembro de 2011, no Diário Oficial da União, n. 239, Seção 3, págs. 161 a 192, outro edital, todavia sem qualquer modificação no que tece ao estudo base do modelo de viabilidade, ao estudo de viabilidade econômico financeiro, ou aos demais vícios já constatados pelo próprios poder judiciário" (e-STJ fl. 786). Confirma, então, a anulação do "Edital 2009" e a publicação do "Edital 2011" e passa fazer comparações entre eles (e-STJ fl. 787).

Extraio dos autos, ainda, que a ora requerente chegou a pleitear, em cautelar ajuizada em segundo grau, a "suspensão do Edital de Licitação de 2011, publicado em 14/12/2011". A liminar inicialmente deferida foi reconsiderada (e-STJ fls. 2.289-2.290 e 2.509-2.514). Ficou consignado no acórdão proferido em agravo "que a própria agravante admitiu ter participado da audiência pública realizada pela ECT em 25/07/2011, ocasião em que realizou vários questionamentos, não concordando com o desfecho de tal audiência, bem como que o TCU aprovou o projeto" (e-STJ fls. 2.511-2.512), culminando com o "Edital de 2011".

Sem dúvida, considerando que o "Edital de 2009", objeto desta demanda, foi anulado e substituído pelo "Edital de 2011", verifica-se, em princípio, a prejudicialidade e a impossibilidade de execução, ao menos quanto ao mérito, do acórdão proferido na apelação.

Por outro lado, antes da execução provisória do julgados, questões importantes podem, eventualmente e em tese, ser avaliadas, tais como a plena satisfação do julgado exequendo diante dos novos editais ou mesmo a total perda de objeto da demanda, o que revela a fumaça do bom direito.

Quanto ao *periculum in mora*, a lei federal estabelece prazo para as licitações, devendo-se, o quanto antes, em benefício da coletividade, organizar os serviços vinculados à ECT.

Ante o exposto, defiro a liminar para conferir efeito suspensivo ao REsp 1.351.344/PR, deste Relator, concluso em 6.11.2012, e vedar a execução provisória do julgado.

Comunique-se ao juízo da execução e cite-se a requerida para contestar o pedido no prazo legal.

Publique-se.

Junte-se cópia da presente decisão nos autos do REsp 1.351.344/PR.

Brasília, 09 de novembro de 2012.

Ministro Castro Meira - Relator