



JUSTIÇA FEDERAL
19ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO – GUARULHOS/SP

2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS
Autos nº 0003076-32.2013.403.6119

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO

AUTOS nº 0003076-32.2013.403.6119

AUTOR: UNO E DUE COMÉRCIO ALIMENTÍCIO LTDA - EPP

**RÉU: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE
GUARULHOS**

D E C I S Ã O

Trata-se de ação de rito ordinário, distribuída por dependência à ação de reintegração de posse nº 0001036-77.2013.403.6119 (em trâmite nesta 2ª Vara) em que se pretende a declaração de nulidade das cláusulas contratuais “18.3” e “19” do Contrato de Concessão de Uso de Área nº 02.2004.057.0017, firmado aos 20/01/2004 (fls. 50/58), reconhecendo o direito da demandante em ver respeitados os investimentos e prazos de vigência do Termo Aditivo nº 003/09(IV)/0057, firmado aos 19/01/2009 (fl. 62/63).

Em sede de antecipação da tutela, pleiteia a autora a suspensão dos efeitos das mencionadas cláusulas contratuais.

A petição inicial foi instruída com procuração e documentos (fls. 21/193).



É o relatório necessário.

DECIDO.

Inicialmente, reconheço a prevenção deste Juízo e admito a distribuição por dependência em relação à ação de reintegração de posse nº 0001036-77.2013.403.6119, dada a manifesta conexão entre as causas, uma vez que o pedido de reintegração de posse formulada naqueles autos pela ora ré se ampara, precisamente, nas cláusulas contratuais cuja validade questionada a demandante nesta ação anulatória.

Assentado esse esclarecimento, passo ao exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. E, ao fazê-lo, reconheço a plena **viabilidade jurídica do pedido liminar** deduzido nestes autos.

- Da plausibilidade jurídica das alegações iniciais

Reexaminando a *quæstio juris* veiculada na presente demanda – que se repete em outras ações similares ajuizadas nesta Subseção Judiciária em face da *Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A (GRU Airport)* e diz com a possibilidade, ou não, de denúncia unilateral, pela *Concessionária*, do contrato de cessão de uso de bem público a terceiros no aeroporto – vejo-me compelido a reconsiderar, em parte, meu entendimento inicial no tocante à natureza das *relações da GRU Airport com os concessionários de uso de bem público* na área do aeroporto.



O contrato em cujo bojo se inserem as cláusulas questionadas pela autora nesta demanda foi celebrado entre ela e a INFRAERO para, segundo a própria peça vestibular, "*concessão de uso de área, destinada à exploração comercial de padaria e loja de alimentação, atendendo exclusivamente aos funcionários do aeroporto, posto a área localizar-se no piso térreo do Edifício de Apoio à Carga Aérea do Aeroporto Internacional de Guarulhos (setor TECA II)*" (fl. 03, sem os destaques do original).

Diante da concessão da administração do Aeroporto Internacional de Guarulhos à iniciativa privada, nos idos de 2012, a posição contratual antes ocupada pela INFRAERO foi transmitida, em sucessão, à GRU Airport (sociedade anônima da qual a INFRAERO é acionista minoritária).

Presente este contexto, a ***quaestio juris que se coloca nesta demanda*** consiste em saber se, assumindo a posição contratual da INFRAERO, a GRU Airport se sub-rogou em todas as prerrogativas contratuais, inclusive naquelas que, *a priori*, revelar-se-iam próprias apenas do Poder Público.

Numa primeira abordagem do tema, *entendi que sim*, afirmando textualmente que "a peculiar Concessão outorgada à *Concessionária do Aeroporto de Guarulhos S/A*, autora desta ação, lhe impõe a condição de verdadeira *longa manus* da União no que toca ao uso e à ocupação dos bens públicos sob sua administração" (ação de reintegração de posse nº 0001036-77.2013.403.6119, ajuizada pela GRU Airport em face da ora autora, decisão liminar de 05/03/2013).



Todavia, melhor analisando a questão - mormente diante das ponderações invocadas pela autora nesta ação anulatória - parece-me que a situação não seja bem assim.

Cuida registrar, em primeiro lugar - tal como assinalado na ação possessória nº 0001036-77.2013.403.6119 - que, consistindo o contrato originariamente firmado pela autora com a INFRAERO (ora sucedida pela GRU Airport) em contrato de cessão de uso de bem público (o espaço público no Aeroporto Internacional de Guarulhos ocupado pela ora autora para fins comerciais), a precariedade era, de fato, atributo inerente ao negócio jurídico originalmente entabulado, sendo ambas as cláusulas contratuais combatidas nesta ação anulatória mera revelação desse caráter precário.

A cláusula 18.3 tem a seguinte redação: "Ocorrerá a *resilição deste Contrato: [...] por interesse de quaisquer das partes, mediante expresso aviso, com antecedência de 60 (sessenta) dias*".

Já a cláusula 19 estabelece que "*Findo, rescindido ou resiliado este Contrato, a CONCEDENTE entrará de imediato e de pleno direito na posse da área, respectivas edificações e benfeitorias, sem que assista ao CONCESSIONÁRIO direito à indenização ou compensação*".

Note-se, por relevante, que tais cláusulas apresentavam-se, **no contexto contratual em que se inseriam**, com nítido colorido exorbitante, rememorando-se que "*são cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a*



Administração em posição de supremacia sobre o contratado" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 23ª ed., Ed. Atlas, 2010, p. 268 - grifei).

Dentre outras, cláusula exorbitante por excelência é, justamente, aquela que permite a *rescisão unilateral* do contrato por parte da Administração, por razões de interesse público.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, muito embora a cláusula 18.3 em discussão confira igual direito à cessionária ("*Ocorrerá a rescisão deste Contrato [...] por interesse de quaisquer das partes*"), parece evidente que, tratando-se de contrato de cessão de bem público com prazo de vigência determinado, **a precariedade do contrato estava ligada, naturalmente, a razões de interesse público.**

Vale dizer, não poderia a INFRAERO denunciar o contrato por mero capricho ou simplesmente para substituir a cessionária por outra empresa que eventualmente lhe pagasse mais pelo uso do bem público cedido. Não caberia, por assim dizer - e a despeito mesmo da literalidade da cláusula - denúncia "imotivada" por parte do Poder Público.

E isso pela própria natureza e finalidade do contrato de cessão de uso de bem público no aeroporto, que se destinava a viabilizar a exploração comercial, por particulares, da área cedida, e haveria, por isso mesmo, de permitir uma certa previsibilidade quanto à sua duração (tanto que previa prazo de validade expresso).

À toda evidência, **não é o *nomen juris* atribuído ao contrato que lhe define a natureza, mas sim o que decorre de suas disposições.** Assim, muito embora o contrato se afirmasse "contrato de concessão de uso de área sem



investimento" (fl. 50, grifei), é evidente que a instalação de uma padaria (ou de qualquer outro empreendimento comercial bem estruturado) não prescindiria de investimentos por parte do cessionário, que necessariamente haveria de montar sua estrutura, contratar funcionários e fornecedores, etc.

Na hipótese dos autos, bem se note, não se trata de uma mera "banca de frutas" (que o cessionário da área pública pudesse trazer pela manhã e levar embora à noite, ficando ele próprio ali a vender, sem funcionários). Cuida-se de uma área de mais de 200 m², "*destinada à instalação e exploração comercial de padaria e loja de alimentação*" (cfr. contrato, fl. 50).

Evidente, aí, que a instalação e operação de um tal negócio exigiria investimentos da cessionária, ora autora, que veria, no prazo de vigência fixado, o horizonte para recuperação do investido e realização de lucro. E tais investimentos, muito embora não retirassem a *precariedade* inerente ao contrato de cessão de área pública, naturalmente a vinculavam (a *precariedade*), a razões de interesse público, livrando a cessionária de eventual instabilidade de humores do Poder Público.

Não por outra razão - veja-se - o próprio contrato estabelece que ele é regido, dentre outras, pela Lei 8.666/93 e por "Portarias baixadas pelo Comando da Aeronáutica e por Normas da Administração Aeroportuária" (cláusula 1.1, fl. 52v), disposições normativas que remetem, claramente, a restrições e imposições de direito público.



Nesse cenário, parece-me claro - como sempre me pareceu - que as cláusulas ora em discussão (nnº 18.3 e 19) colocavam a INFRAERO em clara posição de supremacia sobre oscessionários, afigurando-se exorbitantes e, portanto, aplicáveis somente diante de fundamentadas razões de interesse público.

Posta a questão nestes termos, parece-me - e precisamente aqui reside a revisitação de minha posição anterior - que **reconhecer a aplicabilidade de tais cláusulas também em favor da GRU Airport** (empresa privada, sucessora da INFRAERO no contrato de cessão da área pública) **equivaleria a descaracterizar a própria natureza e finalidade da concessão do Aeroporto** Internacional de Guarulhos.

Com efeito, fosse interesse do Governo Federal manter a administração, manutenção e ampliação do aeroporto sob os influxos diretos e intensos do direito público, não haveria por que se empreender a concessão, visto que a tanto já se prestava a INFRAERO, empresa pública federal.

Todo o interesse da União em conferir ao aeródromo uma administração mais ágil, moderna e livre da burocracia estatal cairia por terra se, mesmo gerido por uma empresa privada concessionária, devesse ela obediência estrita às imposições de direito público.

Demais disso, tal observância estrita das normas de direito público colidiria frontalmente com os próprios interesses privados da empresa concessionária, que, evidentemente, apenas se dispôs a administrar o aeroporto diante da perspectiva de lucro e da possibilidade de gerenciar os bens públicos sob sua responsabilidade segundo



as normas do direito privado e os cânones do mundo empresarial.

Precisamente aí, a meu ver, reside a **solução para a *quæstio juris* posta nesta demanda** (saber se, assumindo a posição contratual da INFRAERO, a GRU Airport se sub-rogou em todas as prerrogativas contratuais, inclusive naquelas que, *a priori*, revelar-se-iam próprias apenas do Poder Público), uma vez que **a concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos, se não se sujeitará aos ônus e incômodos das amarras do direito público, igualmente não poderá se beneficiar de seus bônus e cômodos.**

Como há milênios já afirmavam os romanos, "*qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*" (cfr. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*", 9ª ed., Ed. Forense, 1981, p. 250). Se a concessionária deverá beneficiar-se do universo normativo mais ágil e flexível do direito privado, deverá, por questão de coerência lógico-jurídica, submeter-se também às limitações desse universo, em que se não admitem cláusulas exorbitantes e meras sujeições de uma parte à outra.

Vale dizer, **não pode a GRU Airport valer-se do melhor dos dois mundos**: a agilidade e liberdade dos regramentos da iniciativa privada, e as prerrogativas e derrogações concedidas ao Poder Público. Ou se vale da disciplina normativa da iniciativa privada para consecução de seus fins - e aí se sujeita à mesma disciplina em suas relações comerciais com terceiros - ou se vale das prerrogativas e exorbitâncias do Poder Público - e aí deverá se sujeitar estritamente também às limitações



estatais, como, e.g., a realização de licitações formais e respeitadas da Lei 8.666/93.

E, na linha do acima já exposto, parece-me que a solução desse dilema nos é dada pela própria natureza e finalidade do ato de concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos: **serão as normas de direito privado e os cânones do mundo empresarial que regerão as relações comerciais da GRU Airport com terceiros.**

Destarte, sendo as cláusulas 18.3 e 19 - como já anotado - claramente *exorbitantes*, há de se reconhecer **plausibilidade jurídica** na alegação da autora de que elas não poderiam ser invocadas pela GRU Airport.

Com efeito, fosse o contrato em análise originariamente celebrado entre a empresa autora e a Concessionária ré (e não a INFRAERO), dificilmente haveria lugar para as malfadadas cláusulas de rescisão unilateral, seja do ponto de vista empresarial, seja sob o aspecto legal.

Do ponto de vista empresarial, afigura-se-me razoável supor que dificilmente duas empresas privadas contratantes sujeitar-se-iam à insegurança gerada por cláusulas que tais, que, na prática, submeteriam o concessionário aos humores negociais da cedente, e não mais a fundamentadas razões de interesse público.

Sob o aspecto legal, as disposições do Código Civil invocadas pela autora em sua inicial parecem sugerir - o que se admite, nesta sede de cognição sumária, como mera hipótese - a ilicitude de cláusulas exorbitantes dessa magnitude entre particulares, visto que submeteriam uma empresa privada à supremacia (ou "ao mero arbítrio", no



dizer dos civilistas) de uma outra empresa privada, que embora administre bens públicos, o faz na perspectiva empresarial de obtenção de lucro.

Na específica hipótese dos autos, todavia, **a questão não me parece se resolver no plano da nulidade**, como pretende a autora. E isso porque, quando celebrado o contrato com a INFRAERO, não havia que se falar em nulidade dessas cláusulas exorbitantes, que então revelavam a presença do Poder Público num dos pólos da relação contratual.

Tais como inseridas no contrato originário, as cláusulas 18.3 e 19 não se me afiguram - com as limitações de cognição impostas por este juízo sumário - nulas. Existentes e válidas (porque hígidas quando da celebração do contrato com a INFRAERO), **tais cláusulas teriam se tornado, contudo, absolutamente ineficazes após a sucessão contratual que levou a GRU Airport a figurar como cedente** no contrato de cessão de área pública celebrado pela ora autora (cessionária).

E, sendo elas ineficazes, não poderiam servir de supedâneo à pretensão resilitória (unilateral) da ora ré.

Presentes as razões que se vem de expor, impõe-se reconhecer, neste juízo de cognição sumária, a **verossimilhança das alegações da autora**.

- Do *periculum damnum irreparabile*

Igualmente presente na espécie o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse jurídico da autora.



E isso porque foi deferida, na ação possessória nº 0001036-77.2013.403.6119, medida liminar determinando a saída da autora da área pública ocupada até 26/04/2012 (vide fls. 198/201). E tal medida liminar foi deferida, precisamente, com fundamento nas disposições das cláusulas 18.3 e 19, que, reconhecidas como válidas naquela demanda possessória, serviram a configurar o esbulho possessório por parte da ora autora.

Nítido, portanto, o estado de periclitância do interesse jurídico da autora, que se vê na iminência da expiração do prazo para desocupar a área pública em questão, com todos os custos e transtornos inerentes não só à desocupação como também à própria desativação do negócio.

Reconheço, assim, o ***periculum damnum irreparabile*** na espécie.

- Repercussões quanto à competência da Justiça Federal

Visto o quanto exposto até aqui, é lícito concluir que, reconhecendo-se a atuação *eminente privada* da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos em suas relações com cessionários de área pública, mesmo a circunstância de serem as áreas cedidas *bens públicos da União* poderia revelar-se liame muito tênue para consubstanciar o interesse da União nas causas em que se discutisse os contratos de cessão.

E desaparecendo o interesse da União na causa, desapareceria também o motivo justificante da competência da Justiça Federal na espécie, uma vez que não estando



JUSTIÇA FEDERAL
19ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - GUARULHOS/SP

2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS
Autos nº 0003076-32.2013.403.6119

presentes nos pólos ativo e passivo da demanda nenhuma das pessoas indicadas no art. 109 da Constituição Federal.

Nada obstante, tenho que, tendo sido a questão da competência resolvida provisoriamente na ação de reintegração de posse já referida - ali fixando-se a competência desta Justiça Federal - parece-me não ser o caso de se rever, de imediato, aquela conclusão, impondo-se a implementação do contraditório e a prévia oitiva da parte contrária, até mesmo diante da repercussão heterotópica que a modificação de entendimento a respeito da competência terá, atingindo outros processos.

Nem se diga que se afiguraria então "temerário" apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em demanda em que a própria competência da Justiça Federal ainda é discutível. E isso porque **o reconhecimento de uma situação de risco de dano irreparável autoriza, indisputavelmente, o exame do pedido liminar mesmo por juízo incompetente.**

Deveras, a exata percepção do poder cautelar geral como decorrência da *residualidade* e da *subsidiariedade* da tutela cautelar (e, conseqüentemente, o reconhecimento da natureza *constitucional* de que se reveste essa especialíssima atribuição jurisdicional, posto atributo inerente e indissociável da própria função jurisdicional), permite distinguir uma **implícita outorga de competência a todos os juizes do país, que lhes autoriza a preservar a incolumidade de direitos prováveis sob risco de dano iminente**, ainda que, segundo as regras do processo, a competência para conhecer da pretensão cautelar seja de juízo ou de Justiça diversa (cfr. *Tutela cautelar:*



natureza, pressupostos e regime jurídico, Ed. Verbatim, 2010, p. 106).

Nesse contexto, examinado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a questão da competência será reapreciada oportunamente, após a vinda da contestação.

- Conclusão -

Presentes as razões expendidas, **DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determino a suspensão da eficácia das cláusulas nº 18.3 e 19 do contrato comercial de concessão de uso de área nº 02.2004.057.0017 e seus sucessivos aditamentos.**

INTIME-SE, com urgência, a ré *Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A (GRU Airport)*, para ciência e cumprimento da presente decisão.

Suspensa a exigibilidade das cláusulas contratuais nº 18.3 e 19 (que serviram de supedâneo à decretação liminar de reintegração de posse em favor da *GRU Airport* em outra demanda), impõe-se reconhecer a prejudicialidade desta decisão em relação à decisão liminar proferida na ação possessória nº 0001036-77.2013.403.6119.

Nesse passo, extraia-se cópia da presente decisão e junte-se àqueles autos, ali abrindo conclusão para reexame da determinação de reintegração liminar de posse em favor da *GRU Airport*, ora ré.

Valendo-se do mesmo mandado de intimação desta decisão, CITE-SE a ré para, querendo, contestar a presente demanda no prazo legal.



JUSTIÇA FEDERAL
19ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - GUARULHOS/SP

2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS
Autos nº 0003076-32.2013.403.6119

Por fim, INTIME-SE a autora para que corrija, no prazo de 5 (cinco) dias, o valor atribuído à causa, ajustando-o ao valor do proveito econômico buscado na demanda (revelado, *in casu*, pelo valor do contrato) e recolhendo as custas complementares.

Cumpra-se.

Int.

Guarulhos, 19 de abril de 2013.

PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO, no exercício da Titularidade