



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000544925

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1016607-87.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, é apelado FRANCA EXPANSÃO S.A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Compareceu a dra. Jenny Mello Leme, para realização de sustentação oral.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

MARIA LAURA TAVARES
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 19.572

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1016607-87.2015.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP

APELADA: FRANCA EXPANSÃO S.A.

Juiz de 1ª Instância: Luis Manuel Fonseca Pires

APELAÇÃO CÍVEL – Medida Cautelar inominada – Contrato Administrativo - Decisão que determinou remessa ao Juízo arbitral – Discussão que não versa sobre direito patrimonial disponível - Matéria discutida nos autos que não deve ser submetida ao juízo arbitral – Deferimento da medida cautelar que exige demonstração de fumus boni iuris, não demonstrado pela autora - Recurso da requerida provido.

Trata-se de medida cautelar ajuizada pela FRANCA EXPANSÃO S.A. contra a COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP. A autora alega que firmou contrato de Concessão do Direito de Superfície ou da Permissão Qualificada de Uso e Acesso das Áreas para a Execução das Obras com a requerida, em que se responsabilizou pela realização de obras que seriam posteriormente locadas à SABESP.

Diz que a conclusão das obras e serviços especificados no contrato depende da finalização de obras a serem realizadas pela Sapucaí



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mirim S.A. no âmbito do Contrato CSS 21874/08 e que, após várias reuniões com a SABESP, as partes concluíram que a única solução seria a prorrogação do prazo para a execução das obras da Franca Expansão e adaptação do cronograma. Nesse contexto, foi assinado aditivo ao contrato em novembro de 2014, prorrogando o prazo de execução das obras.

Sustenta que, entretanto, somente no início de abril de 2015 a SABESP entregou a via do Aditivo assinada, indicando a data da assinatura 21.11.2014, e que o prazo do Contrato de Financiamento firmado com a Caixa Econômica Federal para financiamento da obra guarda sintonia com o prazo do contrato da SABESP, de forma que a operação voltada à prorrogação teria que ser submetida ao conhecimento daquela Instituição Financeira, que também teria que prorrogar o referido contrato de financiamento. Destaca que a CEF acabou por aceitar prorrogar os prazos de carência e amortização do financiamento e que em 13.3.2015 a CEF encaminhou à SABESP o Aditivo do Contrato de Financiamento, para coleta da assinatura, na qualidade de Interveniente Anuente Patrocinadora. Alega que até a data do ajuizamento da medida cautelar (maio/2015) a SABESP ainda não havia assinado o aditivo e que as liberações de recursos da CEF estão suspensas e que existem três parcelas do financiamento em atraso, sendo a causa do atraso o fato da SABESP não assinar o Aditivo do Contrato de Financiamento.

Ressalta que, apesar da demora em elaborar e liberar o seu próprio Termo Aditivo assinado e datado para ser levado à CEF, e ainda demorar na análise do aditivo da CEF, a SABESP exige da autora o cumprimento à risca do cronograma, olvidando o fato de seu pleno conhecimento, que enquanto ela não assinar o referido aditivo da CEF nenhuma verba do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

financiamento será liberada para dar suporte às obras. Diz que a SABESP tem ameaçado a autora com a aplicação das sanções previstas no contrato, o que não se coaduna com o bom Direito, e muito menos com a realidade fática, já que não pode sofrer penalizações com origem em atos e fatos a que não deu causa e muito menos ser obrigada a executar o empreendimento sem dispor das verbas oriundas do financiamento, vez que só assumiu a parceria porque esta partia da premissa de que as obras seriam financiadas.

Assim, na inicial, pediu (a) que a SABESP fosse proibida de imputar penalidades contra a FRANCA EXPANSÃO S.A. enquanto não fosse regularizado o Contrato de Financiamento com a CEF (mediante a assinatura do Termo Aditivo prorrogando o prazo do Financiamento) e não fossem liberadas as parcelas do financiamento já aprovadas pela CEF; (b) autorização para suspender a execução das obras e implementação do cronograma físico enquanto não forem efetivamente liberadas as verbas do Financiamento e (c) que fosse determinado à SABESP que agilizasse o procedimento interno voltado ao conhecimento e aprovação ou não, do Termo Aditivo ao Contrato de Financiamento SIAPF nº 365.587-09, firmado entre a FRANCA EXPANSÃO S/A e a CAIXA ECONOMICA FEDERAL, onde ela SABESP surge como Anuente Interveniente Patrocinadora.

Antes da determinação de citação, a autora peticionou nos autos a fls. 532/534 informando que a SABESP enviou o 1º Termo Aditivo ao Contrato de Financiamento firmado entre a autora e a Caixa Econômica Federal, onde a Requerida figura na condição de Anuente, devidamente assinado. Assim, requereu emenda à inicial, para que o pedido passasse a ser de (a) que a SABESP seja proibida de imputar penalidades contra a FRANCA EXPANSÃO S.A.,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no âmbito do Contrato de Concessão enquanto não for regularizado o Contrato de Financiamento com a CEF e não forem liberadas as parcelas do financiamento já aprovadas pela CEF, sob pena de multa diária e (b) que a requerente seja autorizada a suspender a execução das obras e implementação do cronograma físico enquanto não forem efetivamente liberadas as verbas do Financiamento.

A liminar foi indeferida (fls. 545/547), decisão que foi mantida por esta C. 5ª Câmara de Direito Público ao julgar agravo de instrumento interposto pela autora (fls. 766/776).

A r. decisão de fls. 777 determinou a remessa dos autos ao Juízo arbitral da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, uma vez que a autora demonstrou a instauração de procedimento arbitral e, no entendimento do MM. Juiz, cabe aos árbitros a apreciação de medidas cautelares ou de urgência. Para efeito de baixa, julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito.

A SABESP apresentou recurso de apelação a fls. 783/798 alegando, em síntese, que os atrasos ocorridos na obra são imputados tão somente à apelada e que inexistente a pretendida dependência dos escopos. Diz que o contrato firmado entre a apelante e a apelada elege o Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo para dirimir conflitos referentes ao contrato quando o direito em discussão for indisponível. Aduz que a matéria em discussão possui cunho indisponível e está sujeita à jurisdição estatal. Destaca que a pretensão da autora resvala no poder de império e suas cláusulas inderrogáveis,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uma vez que pretende discutir o poder de fiscalização da Administração Pública, o que não configura interesse meramente patrimonial. Aduz que, ainda que prevista a arbitragem no instrumento contratual, a própria cláusula compromissória estabelece a ressalva relativamente aos direitos indisponíveis.

Recurso bem respondido (fls. 804/820).

É o relatório.

A autora pede que a SABESP seja proibida de lhe imputar penalidades, no âmbito do Contrato de Concessão, enquanto não for regularizado o Contrato de Financiamento com a CEF e não forem liberadas as parcelas do financiamento já aprovadas pela CEF, sob pena de multa diária. Pede, ainda, autorização para suspender a execução das obras e implementação do cronograma físico enquanto não forem efetivamente liberadas as verbas do financiamento.

A decisão de fls. 777 determinou a remessa dos autos ao Juízo arbitral da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, uma vez que a autora demonstrou a instauração de procedimento arbitral e, no entendimento do MM. Juiz, cabe aos árbitros a apreciação de medidas cautelares ou de urgência.

A SABESP diz que compete à jurisdição estatal o julgamento do feito, já que discute direito indisponível (poder de império, cláusulas inderrogáveis, poder de fiscalização da Administração Pública).

A arbitragem é uma forma alternativa de resolução de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conflitos fora do âmbito judicial, regulada pela Lei nº 9.307/96. A Lei nº 13.129/15 inseriu no artigo 1º da Lei nº 9.307/96 o parágrafo 1º, que prevê expressamente que *"a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis"*.

Entendo que a arbitragem pode ser utilizada para resolução de diversos conflitos de natureza patrimonial surgidos no âmbito de contrato administrativo, mas a arbitragem não é adequada para solucionar questões atinentes a direitos indisponíveis previstos em um contrato administrativo.

A fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível. Assim, a matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis apenas.

Portanto, entendo que o objeto da presente medida cautelar configura direito indisponível, que deve ser solucionado pela jurisdição estatal.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DE PREVISÃO CONTRATUAL DE ARBITRAGEM – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL (METRÔ) – MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PELA CONTRATADA (CONSTRUTORA), VISANDO SUSPENDER OS EFEITOS DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS PELO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONTRATANTE, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – Em análise perfunctória, própria a esta via processual de agravo de instrumento, sujeita, portanto, a eventual revisão em segundo grau, tem-se, em suma: – O sancionamento é aspecto indelegável do poder de polícia – As cláusulas de arbitragem e sua aplicação não podem funcionar como mecanismo impeditivo de o agravado (Metrô) exercer esse poder, uma vez que, dentre outros aspectos, veicula interesse público indisponível – Ratificação da decisão agravada (artigo 252 do Regimento Interno/2009) com acréscimo de fundamentação – Rejeita-se a preliminar de perda de objeto da ação cautelar, não se conhece do pedido de inclusão do Estado como interveniente (pois o exame dessas postulações compete ao Juízo "a quo", sob pena de supressão de um grau de jurisdição) e nega-se provimento ao recurso, revogado o efeito suspensivo (Agravo de Instrumento nº 2215845-35.2015.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ponte Neto, j. 16/12/2015).

Tendo em vista que a causa se encontra em condições de imediato julgamento, passo à análise de seu mérito, nos termos do artigo 515, §3º do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 1.013, §3º, do Código de Processo Civil de 2015.

O deferimento de providência cautelar requer a presença do *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (risco de o processo principal não ser útil, risco objetivamente apurável de dano).

Considerando que o aditivo do contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal já foi assinado pela SABESP, a autora pretende somente que (i) a SABESP seja proibida de lhe imputar penalidades, no âmbito do Contrato de Concessão, *enquanto não for regularizado o Contrato de Financiamento com a CEF e não forem liberadas as parcelas do financiamento* já aprovadas pela CEF, sob pena de multa diária e (ii) autorização



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para suspender a execução das obras e implementação do cronograma físico *enquanto não forem efetivamente liberadas as verbas do financiamento*.

Assim, busca afastar o poder de fiscalização da execução do contrato e de a aplicação direta de sanções da SABESP, bem como afastar as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido inerentes ao contrato administrativo, pedindo que seja autorizada a suspender a execução das obras. Pede tais providências enquanto não forem efetivamente liberadas as verbas do financiamento feito com a Caixa Econômica Federal.

Ainda que a ação cautelar não exija a demonstração cabal da existência do direito material, é necessária a demonstração de interesse amparado pelo direito objetivo, de *fumus boni iuris*.

Em cognição sumária e superficial, inerente à presente demanda, não vislumbro no caso dos autos a plausibilidade do direito alegado pela autora.

A autora pretende afastar verdadeiras prerrogativas de direito público da SABESP (cláusulas exorbitantes), mas é certo que tais prerrogativas não podem ser afastadas enquanto pendente providência que não depende apenas dela, mas também de outra pessoa jurídica (CEF), que se quer é parte no presente feito.

Eventual atraso na liberação de verbas de financiamento concedido pela CEF pode ocorrer por inúmeros motivos, não controlados pela SABESP. Ainda que a autora possa pleitear em demanda própria indenização por prejuízos causados diretamente pela SABESP, não é esse o objeto do pedido feito nos autos. A princípio, não há prova cabal de ilegalidade da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atuação da SABESP.

Ausentes, portanto, os requisitos para o deferimento do pedido feito na presente medida cautelar. Assim, deve ser afastada a determinação de remessa ao juízo arbitral e, no mérito, improvido o pedido inicial da medida cautelar.

Ante a sucumbência da autora, fica ela condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa, valor que atende tanto aos parâmetros dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 quanto aos parâmetros do artigo 85, §3º, inciso I, e §4º, inciso III do Código de Processo Civil de 2015, já que o valor da causa é inferior a 200 salários-mínimos (fl. 55).

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Maria Laura de Assis Moura Tavares

Relatora