



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000953380

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215845-35.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CORSÁN-CORVIAM CONSTRUCCIÓN S/A DO BRASIL, é agravado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ:

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar de perda de objeto da ação cautelar, não conheceram 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 negaram provimento ao recurso, revogado o efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI E LEONEL COSTA.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

PONTE NETO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 7205

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2215845-35.2015.8.26.0000

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 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.

1. Adota-se o relatório da decisão liminar (fls. 2029-2032) proferida pelo eminente Desembargador Rubens Rihl, que me precedeu na relatoria:

«Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CORSÁN-CORVIAM CONSTRUCCIÓN S.A. DO BRASIL, em face da decisão de fls. 37/40 que, nos autos da ação cautelar movida contra a COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ, revogou a r. decisão liminar inicialmente concedida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Alega a recorrente, em breve síntese, que a revogação da liminar ocorreu de forma abrupta e inesperada, indo além dos pleitos de reconsideração do Metrô, que postulava a reconsideração para prosseguir nos processos administrativos instaurados somente até as decisões finais, deixando de executar eventuais penalidades aplicadas.

Sustenta que no dia seguinte à reconsideração da liminar, o Metrô enviou as Cartas CT.GE4631 e CT.GE4632 pelas quais comunicou a aplicação à agravante das severas penas de 5% do preço total do saldo a executar das contratações, e de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 02 anos.

Defende ser evidente o perigo de dano irreparável autorizador da imediata antecipação da tutela recursal postulada neste recurso e, ao final, o provimento do agravo para restabelecer a liminar inicialmente concedida.

Afirma que a verossimilhança das alegações também é evidente, na medida em que, amparado na r. decisão agravada, o Metrô usurpou da competência do Tribunal Arbitral, aplicando penalidade à revelia do foro arbitral competente para a solução de toda controvérsia ou reclamação relacionada aos contratos, inclusive para rescisão dos mesmos, conforme dispõe a Cláusula 20.6 dos contratos.

Entende que, ao contrário do assentado na r. decisão agravada, a arbitragem não está a usurpar interesse público ou primário ou a prerrogativa da Administração do exercício do poder de polícia, uma vez que a arbitragem compatibiliza-se com o exercício dessas prerrogativas da Administração, como bem reconhecido na própria decisão revogada, bem como porque a arbitragem é soberana para dirimir a culpa da rescisão contratual em ambos os contratos, além do que, não faz o menor sentido punir e depois a questão de fundo (culpa pela rescisão) ser revista na arbitragem, quando os danos, decorrentes da aplicação das penalidades já serão irreversíveis.

Ao final, alega que não resta outra alternativa à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agravante senão a interposição do presente agravo de instrumento para restabelecer a r. decisão liminar inicialmente concedida e obstar o advento de dano irreparável (fls. 01/35).

A petição foi instruída com os documentos obrigatórios exigidos por lei, bem como com cópias de outras peças úteis ao entendimento da lide.

Como a decisão atacada é interlocutória suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação e tendo em conta o prazo legal de interposição não transcorrido, recebo o presente recurso como agravo de instrumento.»

Com efeito, a agravante Corsán-Corviam move ação cautelar em face do agravado Metrô, objetivando impedir a imposição de sanções, por parte do agravado, até a constituição de Tribunal Arbitral, que sustenta ser competente para apreciação dos contratos administrativos (nºs L42-01 4126129401 e L42-02 4127129401), integrantes do empreendimento de construção da Linha 4 – Amarela – Fase 2, do Metrô.

Argumenta que este usurpou a competência daquele Tribunal, destacando-se as cláusulas 20.6 e 20.8; prejudicou o interesse público envolvido em tais contratações; não proveu as condições necessárias à continuidade da execução contratual; assim como a “Junta de Conflitos”, prevista para solução de controvérsias durante a execução do contrato, restou completamente ineficiente. Ademais, afirma que houve diversas ocorrências a impedir a regular execução das obras. Ambas as partes chegaram consensualmente à rescisão contratual. Em seguida o Metrô, utilizando prerrogativa contratual, elegeu como tribunal arbitral a Câmara de Comércio Internacional (ICC – International Chamber of Commerce), contudo, instaurou dois processos administrativos, cominando multa de R\$ 23.458.844,17 e outras penalidades, como as previstas no artigo 87 da Lei Federal 8.666/93 – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Em primeiro grau, a liminar havia sido parcialmente concedida, em suma, para que o Metrô – permitida a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instauração de processos administrativos e suspensos os prazos prescricionais –, não emitisse decisão punitiva antes das decisões que adviessem no âmbito da arbitragem, fls. 1448-1453 (1408-1413 dos autos originários).

Já a decisão recorrida houve por bem revogar a anterior – fls. 1847-1854 (fls. 1807-1814 do feito originário).

A agravante, por sua vez, pediu a antecipação da tutela recursal, a ser confirmada pela Câmara, para o fim de suspender os efeitos da decisão recorrida e, como consequência, restabelecer a liminar inicialmente concedida, de modo a suspender as penalidades impostas pelo Metrô, “*até a constituição efetiva do Tribunal Arbitral*” (fls. 34 *in fine*).

Assim sendo, o aludido Relator deferiu efeito suspensivo, nos seguintes termos:

«Passo à apreciação do efeito pleiteado pela recorrente.

Numa análise perfunctória, entendo que é caso de deferimento do pedido de efeito suspensivo, eis que presentes os requisitos legais para tanto, notadamente o *periculum in mora*. Observa-se que se encontram presentes os requisitos legais para tal concessão, sobretudo a relevância da fundamentação consubstanciada no perigo de dano irreparável decorrente das penalidades aplicadas, quais sejam, multa de 5% do preço total do saldo a executar das contratações e suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 02 anos.

Sendo assim, determino a suspensão da decisão agravada, bem como das penalidades impostas pelo Metrô, até o julgamento final deste recurso.»

Comunicado o Juízo de primeiro grau, dispensando-se a requisição de informações (fls. 2033).

O agravado apresentou contraminuta pedindo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconsideração do efeito suspensivo e alegando, preliminarmente, que o pedido em primeiro grau estaria restrito a impedir a aplicação das sanções, no entanto, já aplicadas; que o pedido recursal caracteriza inovação; e que a ação cautelar perdeu o objeto, segundo a teoria do fato consumado. Ademais, discorre sobre o mérito recursal (fls. 2036-2064). Junta documentos (fls. 2065-2079).

Noticiou-se nos autos a instauração do processo arbitral, caracterizada pelo recebimento, no dia 17/09/2015, do requerimento formulado pela Corsán-Corviam à Câmara de Comércio Internacional, conforme normas internas desta (fls. 1877 ss.).

Cabe anotar também que, da primeira decisão, o Metrô interpôs Agravo de Instrumento (nº 2177262-78.2015.8.26.0000), julgado prejudicado por esta Câmara, na sessão de 04/11/2015, em virtude da aludida reconsideração em primeiro grau.

Feito redistribuído a este subscritor em 17/11/2015, com subsequente remessa à Mesa (fls. 2080-2081).

Em seguida, sobrevieram duas petições:

(1) Petição de fls. 2082-2085: O Estado de São Paulo, na qualidade de Poder Concedente, requereu seu ingresso no feito, como interveniente previsto na Lei Federal 9.469/97, artigo 5º, parágrafo único. Alude que *“o anexo Ofício GS/STM nº 597/2015 informa que nova licitação para execução das obras faltantes está designada para o dia 13/01/2016, sendo certo que a vigência da liminar em tela impactará tal certame e a futura contratação”* (fls. 2085).

Junta documentos: -- contrato de *“concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 - Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra”*, firmado em 29/11/2006 (fls. 2086-2157); -- *“Diretrizes técnicas para concessão da Linha 4 - Amarela”*, de 22/02/2006 (2158-2163); -- Resolução STM 47, de 21/05/2010, publicada no DOE de 22/05/2010 (2164-2165); -- Ofício GS/STM nº 597/2015, do Sr. Secretário de Estado dos Transportes Metropolitanos, requerendo a aludida



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

intervenção (2166).

(2) Petição de fls. 2167-2173: a agravante Corsán-Corviam pleiteia o indeferimento desse pedido de intervenção, alegando, em resumo: supressão de instância, ilegitimidade de parte, e que *“Não há a alegada interferência indireta na concessão patrocinada da Linha 4 ou repercussão da liminar deferida neste agravo na nova licitação das obras faltantes, designada para o próximo dia 13/01/2016”*. Dentre outras afirmações, coloca que *“não tem a menor intenção de participar do novo certame [...] – cujos termos, para ela, servirão tão-somente como parâmetros para os pleitos arbitrais já encaminhados à ICC”*.

Junta ofício do Metrô à ICC, datado de 19/10/2015 (fls. 2174-2175).

É o relatório.

2. Rejeita-se a preliminar de perda de objeto da ação cautelar, pois o exame dessa postulação compete ao Juízo *a quo*, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Sob o mesmo fundamento, não se conhece do pedido do Estado de ingresso no feito na qualidade de interveniente (Lei Federal 9.469/97, artigo 5º, parágrafo único). Cabe-lhe, querendo, formular tal pretensão em primeiro grau.

Passando-se ao mérito, não assiste razão à agravante, em sua pretensão de restabelecer a liminar inicialmente concedida, pois a decisão posterior revela-se mais acertada, conforme se passa a demonstrar.

As empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem serviços notoriamente estatais, à evidência, distinguem-se das que exercem atividades predominantemente privadas, via de regra concorrendo no mercado com instituições particulares.

As primeiras atuam como *longa manus* da Administração Pública direta, em regime de descentralização funcional ou técnica, termo que importa a transferência não apenas da execução de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

determinado serviço público, mas da sua titularidade.

“Ocorre uma *descentralização funcional ou técnica* (ou uma *descentralização de serviço público*) quando o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios) cria, *por lei*, pessoas jurídicas de direito público ou privado e a elas transfere, ao mesmo tempo, a titularidade e a execução de um serviço público. A entidade assim criada passará a prestar o serviço a ele outorgado, em seu próprio nome e por sua própria conta e risco.

Como regra, esse tipo de descentralização ocorria apenas com as autarquias [...]. Em nossos dias, entretanto, nada impede que o Estado transfira também para pessoas jurídicas de direito privado tanto a *execução* como a *titularidade* de determinados *serviços públicos* e de *atividades de interesse coletivo*. Assim, por exemplo, as sociedades de economia mista, as fundações e as empresas públicas.”

(Luiz Antonio Rolim, *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*, ed. RT, 2004, pp. 30-31, os destaques são do original.)

Tal é o regime jurídico do Metrô, sociedade de economia mista que atua no serviço público de transporte coletivo, de caráter essencial, conforme artigo 30, inciso V, parte final, da Constituição Federal.

Com efeito, o Metrô foi constituído pelo Município de São Paulo, por meio da respectiva Lei 6.988/1966, que estabeleceu, dentre as finalidades da sociedade, no artigo 4º, letra “b”, “*contratar, coordenar, superintender e fiscalizar as obras de implantação do 'METROPOLITANO', em São Paulo*” (grifo nosso); posteriormente a Companhia passou ao atual controle acionário do Estado.

Por conseguinte, as razões recursais não infirmam os elementos de convicção da decisão recorrida, da lavra do Dr. Randolpho Ferraz de Campos. Seus fundamentos afiguram-se judiciosos – em análise perfunctória, própria a esta via processual de agravo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instrumento, sujeita, portanto, a eventual revisão em segundo grau –, ficando ratificados (artigo 252 do Regimento Interno/2009) e transcritos abaixo:

«I

Ante o agravo da requerida e subsequentes manifestações dela a requerer revisão da tutela cautelar inicialmente concedida, mister é reexaminar esta mesma decisão concessiva (em parte) da tutela cautelar, inclusive porque, a despeito da decisão de fls. 1.511, o art. 807 do C.P.C. permite expressamente a revogação ou a modificação da medida cautelar a qualquer tempo e, realmente, *"as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito do direito afirmado na demanda, são medidas, nesse aspecto, sujeitas a modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final"* (STJ, REsp 664.224/RJ, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 5.9.06, DJU 1.3.07, pág. 230).

II

Há duas premissas postas na decisão concessiva da tutela cautelar para as quais não se entrevê motivo para aqui rever e que são as seguintes:

(i) a arbitragem não pode tratar de interesse público primário que, como tal, é indisponível, ex vi do art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.307/96; e

(ii) punir ou sancionar é prerrogativa estatal que, como tal, é expressão do poder de polícia. [Sublinhadas pelo Relator.]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mas há uma terceira premissa posta na decisão concessiva da tutela cautelar que merece revisão, a saber, a de que, para eventualmente *in casu* sancionar e/ou punir, mister seria à requerida [Companhia do Metrô] atentar para pressupostos fáticos e/ou jurídico-legais (inexecução, parcial ou total, ou má execução contratual, tudo como desdobramento de desatendimento de obrigações contratuais) que, contudo, poderão e deverão ser objeto da própria arbitragem em si que restou entre as partes adotada como meio de solução de conflitos.

Esta premissa encontra-se errada em seu raciocínio, em sua conclusão e quanto ao que por ela contém em termos de desdobramento, inclusive por colidir com as outras premissas anteriormente expostas (as de ns. i e ii).

Explica-se.

III

Foi explanado na própria decisão concessiva da tutela cautelar – e nada há a acrescentar aqui – que *"a sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o dever-poder de promover a apuração do ilícito e a imposição de punição correspondente"* (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 2008, 3ª ed., n. IX.13.2, pág. 477).

E, de fato, *"a sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas"* (STJ, AgRg no Ag 1.303.811/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 5.8.10, DJe 18.8.10).

E no caso de contratos administrativos, prescreve o art. 58, IV, da Lei Federal n. 8.666/93, que *"o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de ... aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste"*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De outra banda, *"o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados"* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Atlas, 2006, pág. 144).

Corolário deste aspecto é que o poder de polícia é indelegável, *in verbis*: "3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção ... 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público" (STJ, REsp 817.534/MG, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, v.u., j. 10.11.09, DJe 10.12.09).

Deveras, *"o Poder de polícia é sempre um exercício de força e supremacia do Poder Público sobre os particulares, de modo que jamais pode ser exercitado exatamente por um particular. Funções que se consubstanciam no exercício da força, onde o Estado aparece em posição de supremacia sobre o particular, podendo comandá-lo (nos limites da lei), limitando e balizando seus direitos e interesses em prol de valores jurídicos constitucionalmente superiores, com auto-executoriedade em seus atos, são tipicamente públicas e estão na própria essência e razão de existir do Estado. Se o Estado começar a delegar tais funções, realmente não precisaria nem existir, devendo deixar que os particulares passem a se auto-regular"* (TRF 1ª Região, Remessa Oficial 1999.33.00.016642-2/BA, 5ª T., Rel. Des. Fagundes de Deus, v.u., j. 14.2.07).

Ora, como natural consequência de tais aspectos, inegável parece ser não poder a arbitragem funcionar como mecanismo impeditivo de exercitar a requerida o poder de polícia, (i) seja porque é expressão da predominância do interesse público sobre o privado, (ii) seja porque é indelegável (a arbitragem não poderá implicar exercício de poder de polícia), (iii) seja pela sua auto-executoriedade, (iv) seja porque,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

naturalmente decorrente do quanto antes explanado, veicula o poder de polícia interesse público indisponível.

Este raciocínio foi inteiramente desenvolvido na decisão concessiva da liminar, daí ter-se mesmo concluído não ostentar fumaça do bom direito a pretensão da requerente de decretar a suspensão dos *"procedimentos administrativos já instaurados (fls. 1273/1369), ou qualquer outro que venha a ser iniciado pelo METRÔ em face da Autora nesse período, na medida em que todas controvérsias havidas entre as partes devem ser dirimidas na seara da Arbitragem"* [fls. 1.384, item (i)], porquanto exatamente esta mesma arbitragem não poderá exercitar, por indelegável, o poder de polícia fiscalizador e punitivo passível de ser exercido nos moldes dos arts. 58, IV, e 87, ambos da Lei Federal n. 8.666/93, ficando, assim, admitido instaurasse a requerida processos administrativos, instruindo-os, a fim de, oportunamente, dirimi-los por decisão acerca de ser ou não caso de impor sanção e qual seria em caso positivo, inclusive a fim de ver-se impedida de fazê-lo pela prescrição.

IV

Mas se até aqui nada se vê a ser retificado por ora na decisão sob análise, o mesmo já não se pode dizer sobre em que termos cabe à requerida, para eventualmente *in casu* sancionar e/ou punir, atentar para pressupostos fáticos e/ou jurídico-legais (inexecução, parcial ou total, ou má execução contratual, tudo como desdobramento de desatendimento de obrigações contratuais) que, contudo, poderão e deverão ser objeto da própria arbitragem em si que restou entre as partes adotada como meio de solução de conflitos.

De fato, na decisão em questão, a conclusão foi a de que, sem vedar-se à requerida instaurar processos administrativos para fim de eventualmente apenar a requerente nos moldes do art. 87 da Lei Federal n. 8.666/93, cabia proibi-la de efetivamente emitir decisão neste sentido sem aguardar as próprias conclusões a que se poderá chegar no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

âmbito da arbitragem, ficando, pois, ditos processos suspensos (e a respectiva fluência do prazo prescricional) a partir do momento em que, instruídos, estiverem aptos a serem objeto de julgamento administrativo, podendo, contudo e sem prejuízo, dar-lhes prosseguimento até final solução ao menos para tratar da imediata rescisão dos contratos celebrados entre as partes (porém sob premissa passível de revisão no que colidir com as conclusões a que se chegar no processo arbitral a ser instaurado).

Ora, decisão como esta erra porque, na prática:

- (i) gerou a própria abolição do poder de polícia;
- (ii) ofendeu os arts. 58, IV, 67 e 87, todos da Lei

Federal n. 8.666/93; e

(iii) representou, por desdobramento e em termos práticos, praticamente impedir o interesse público de auto-tutelar-se quanto a gerenciar e fiscalizar o próprio cumprimento das obrigações contratuais pela parte contratada, gerenciamento e fiscalização que existem a ela, Administração Pública (direta ou indireta) como dever-poder, daí que dita decisão acaba por representar a própria desconconsideração do teor do contrato celebrado entre as partes, nomeadamente quanto (iii-a) à ser a lei regente dele a do Brasil (fls. 107, subcláusula n. 1.4) e (iii-b) a ser admissível, com espeque no contrato mesmo, impor a contratante (a requerida) à contratada (a requerente) sanções variadas (fls. 109, subcláusula n. 8.7).

E ainda, a decisão incorre em verdadeira contradição em seus próprios termos, porquanto por ela já se tinha deixado consignado, como acima colocado, que:

(i) a arbitragem não pode tratar de interesse público primário que, como tal, é indisponível, ex vi do art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.307/96; e

(ii) punir ou sancionar é prerrogativa estatal que, como tal, é expressão do poder de polícia.

E errada está a decisão inicialmente proferida,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

porque, além de tudo, faz da arbitragem instrumento até mesmo mais restritivo ao agir da requerida do que ocorreria em se não a prevendo (hipótese em que ficaria preservado o Poder Judiciário como via de solução de conflitos), o que seria absolutamente esdrúxulo.

Afinal, sem a arbitragem, dar-se-ia meramente sucessão de fatos como sói ocorrer com contratos administrativos precedidos de licitações – celebração, execução, surgimento de fatos supostamente geradores de descumprimento obrigacional, instauração de processo administrativo para apuração e, se o caso, punição, observados previamente o contraditório e a ampla defesa e, após, com ou sem esgotamento da via administrativa, ajuizamento da ação para questionamento do quanto fosse decidido pelo contratante em detrimento do contratado.

Ora, se é assim para caso de não haver previsão contratual de arbitragem, por que haveria de ser diferente em existindo tal previsão?

Note-se, neste passo, ensinar o saudoso administrativa Hely Lopes Meirelles que *"o principal direito da Administração, além dos consubstanciados nas cláusulas contratuais e nos regulamentos próprios da espécie, visando à obtenção do objeto do contrato, é o de exercer as suas prerrogativas diretamente, isto é, sem a intervenção do judiciário, ao qual cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as prestações da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com ela"* (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 36a. ed., pág. 230).

Ora, parafraseando o exposto, tem-se, no caso de arbitragem, que o principal direito da Administração, além dos consubstanciados nas cláusulas contratuais e nos regulamentos próprios da espécie, visando à obtenção do objeto do contrato, é o de exercer as suas prerrogativas diretamente, isto é, sem a intervenção da arbitragem, à qual cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as prestações da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ela.

E em realidade, a prevalecer a decisão como exarada foi, corre-se o risco mesmo de tornar-se desgovernada a própria execução contratual, desprovida como ficaria a parte contratante (a requerida) de fiscalizá-la e, portanto, de dispor de adequado poder de coerção para gerenciá-lo (e daí ao caos seria passo curto).

Incensurável, pois, é o raciocínio da requerida quando, neste contexto, aduz que, *in verbis*:

"Não há, 'data venia', qualquer incompatibilidade entre a aplicação de penalidades administrativas e o juízo arbitral, tanto o é que a rescisão foi regularmente perpetrada e nada afetou a futura e eventual lide arbitral.

Houvesse obrigatoriedade na submissão à arbitragem de cada penalidade a ser imposta, inócuas seriam suas previsões e inexistiria esse importante instrumento de gestão dos contratos administrativos, considerando o dispêndio de tempo e recursos necessários à instauração do Tribunal Arbitral e o natural trâmite da execução contratual que não poderia sofrer solução de continuidade aguardando o resultado de cada processo.

Não é demais lembrar, que a aplicação das penalidades em contratos administrativos, com a regular instauração do procedimento administrativo, permite à Administração Pública evitar delongas na execução contratual, admoestando a contratada ao cumprimento fiel do cronograma, bem como das obrigações que lhe são inerentes.

A penalidade administrativa é corolário do inegociável princípio da supremacia do interesse público, que transcende os interesses das partes, protegendo a coletividade, maior beneficiada com a realização do objeto contratual, especialmente em contratos como o em apreço, atrelados à expansão do sistema metroviário.

A possibilidade de efetiva aplicação das penalidades, com a suspensão de sua exigibilidade por esse Juízo, preserva esse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

importante e necessário instrumento de gestão de contratos administrativos, não somente o do objeto da demanda, essencial à execução de obras e serviços públicos, mas, também, de outras avenças análogas, convivendo perfeitamente com o instituto da Arbitragem, de natureza jurisdicional.

Saliente-se que a reconsideração como medida requerida resguarda íntegra a competência do Juízo arbitral para proceder ao legítimo controle de legalidade/finalidade do ato administrativo, que poderá ser exercido por conta de eventual instauração da Arbitragem ao caso concreto".

V

Mas, por óbvio, persiste a possibilidade de arbitragem que, levada a efeito e ultimada, aí então se poderá e se deverá tomar em conta o que por ela restar decidido na forma [da] decisão inicialmente proferida nos termos da Lei Federal n. 9.307/96 (arts. 18 - "*o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*" - e 31 - "*a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*" -, ambos da Lei Federal n. 9.307/96), mesmo porque, e eis um ponto sobre o qual se não debruçou adequadamente ao ser proferida a decisão inicialmente proferida a conceder em parte a tutela cautelar pleiteada, se o contrato prevê a possibilidade de ser qualquer controvérsia entre as partes dirimida por arbitragem, nada impede que esta controvérsia verse exatamente sobre o quanto foi considerado (inadimplemento contratual) para ser expendida pela requerida decisão administrativa veiculadora de sanção ou pena.

Ou seja, não se tem de impedir a requerida de exercitar seu poder de polícia, pois este agir em nada obsta nem prejudica a arbitragem em si.

Exercita-se-o, portanto, embora sob



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentação passível de revisão na arbitragem e que, revista que seja, levará à necessidade de desconstituição do quanto restar concretizado pelo poder de polícia exercitado, mas não for compatível com o que ficar decidido soberamente na arbitragem. [Sublinhado pelo Relator.]

Tem-se, portanto, não de obstá-lo ou proibi-lo, mas de preservá-lo, porém sob condicionamento tal qual posto na decisão inicialmente proferida a fim de dar-se a correta compatibilização da arbitragem com o dever-poder de fiscalizar e sancionar de forma a que, (i) além de não se afigurarem não contraditórias as decisões a serem tomadas nem se mostre a arbitragem em si desprovida da condição de única e correta instância solucionadora dos conflitos surgidos entre as partes contratantes naquilo que pode ser dela objeto e que nos seus limites exclui a própria jurisdição estatal, (ii) tampouco se afigure desprovida de adequada eficácia e eficiência o próprio poder de polícia e até mesmo os termos do contrato celebrado entre as partes que permite à contratante emitir decisões punitivas em detrimento da requerente (naturalmente, em situações por si mesmas sujeitas também à arbitragem).

Repise-se, neste passo, prever o contrato mecanismos punitivos passíveis de uso pela requerida em caso de reputar ela ter a requerente incorrido em situação fático-jurídica passível de seu uso, o que se coaduna com o próprio teor dos arts. 58, 67 e 87, todos da Lei Federal n. 8.666/93, lei esta aplicável ao contrato (conforme acima foi assinalado), *in verbis*:

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

...

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;"

"Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição"; e

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior".

E são tais preceitos legais que levaram Hely Lopes Meirelles a ponderar que *"o acompanhamento da execução do contrato é direito e dever da Administração e nele se compreendem a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais"* (obra cit., pág. 233) [...].»

Ainda que não fosse por tais razões, são plausíveis os argumentos da agravada, na contraminuta, de que, *"Além disso, a suspensão da penalidade de proibição de participar de licitação e contratar com o Poder Público expõe o erário não só da agravada como de todo o Poder Público a novos riscos, eis que a empresa poderá participar de novas licitações, inclusive para obras metroviárias."* (fls. 2051).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De fato, além das sanções administrativas ora versadas, há prova de “pendências financeiras”, protestos, “dívidas vencidas”, reclamações trabalhistas, e diversos processos cíveis por suposta inadimplência, inclusive dois pedidos de falência (nºs 1073128-08.2015.8.26.0100 e 1071300-74.2015.8.26.0100), conforme extrato do *site* do Tribunal, consulta cadastral e listas, trazidos pelo agravado (fls. 2065-2076), circunstâncias que pesam sobre a agravante, de modo a tornar pouco verossímil sua qualificação econômico-financeira para contratar novamente com o Poder Público.

3. Ante o exposto, 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.

PONTE NETO

Relator