

AO TRIBUNAL ARBITRAL DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA CIESP/FIESP

Procedimento Arbitral CMA n. 829

I.DA SUPOSTA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

1. Em que pese a Requerente alegar que o Quinto Termo Aditivo constitui matéria de direito disponível, o que atrairia a competência do Tribunal Arbitral para julgamento da questão controvertida, razão não lhe assiste.

2. Como demonstrado, a revogação da cláusula arbitral e qualquer controvérsia sobre sua validade devem ser analisadas exclusivamente pelo Poder Judiciário, pois envolvem direitos indisponíveis.

3. Os direitos indisponíveis são aqueles inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis ou não transacionáveis, pois essenciais para a ordem administrativa e para proteção do bem comum.

4. Nesse contexto, a análise da disponibilidade, ou não, de determinado direito deve levar em consideração o bem jurídico implicado e os interesses envolvidos.

5. A adequada execução do objeto do referido contrato é essencial para assegurar a proteção de direitos constitucionalmente previstos, tais como: dignidade da pessoa humana, saúde, saneamento básico e meio ambiente.

6. De fato, a abrangência dos serviços cuja execução foi assumida pela Requerente influi diretamente em direitos de natureza **indisponível**, como citado anteriormente, razão pela qual não se pode admitir a competência para julgamento pelo Tribunal Arbitral.

7. A Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem) destina-se a “*dirimir litígios relativos a direito patrimoniais disponíveis*” (art. 1º) e é dirigida a quem possa “*escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas*” (parágrafo 1º do art. 2º). Contudo, no presente caso, aparentemente, em se tratando de tema relativo aos direitos indisponíveis, tornou-se patente que a Administração Pública não logrou escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas.

8. Por esse motivo, a revogação da cláusula arbitral e qualquer outra discussão deverão ser conduzidas e julgadas pelo Poder Judiciário, pois tratam de direito indisponível.

9. Nesse sentido, o E. TJ/SP há muito reconhece a incompetência do Tribunal Arbitral para dirimir assuntos de natureza patrimonial indisponível, porquanto a competência é exclusiva do Poder Judiciário, conforme precedentes **2145797-41.2021.8.26.0000**¹.

10. Outrossim, no julgamento dos autos **1016607-87.2015.8.26.0053**², o E. TJ/SP manifestou-se sobre o tema. *In verbis*:

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.

11. No mesmo sentido, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas extra commercium. Tudo que diz respeito ao serviço público

¹ TJ-SP, AI n. 2145797-41.2021.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 21/07/2021.

² TJ-SP, APL n. 1016607-87.2015.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Relatora: Maria Laura Tavares, Data de Julgamento: 01/08/2016.

portanto - condições de prestações, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (**Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pg. 781**).

12. Isso posto, tendo em vista a anuência tácita da Requerente e em virtude de tratar-se de direito indisponível, não há que se falar em ilegalidade da revogação unilateral da cláusula compromissória.

II. A ARBITRABILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DAS MULTAS CONTRATUAIS APLICADAS PELA SAEMJA

1. O assunto será discutido em momento oportuno.

III. DA SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1. A Requerida alega suposta inexistência de conflito de competência, uma vez que, “conforme exposto, o juízo estatal reconheceu na *AÇÃO DECLARATÓRIA* a competência juízo arbitral para analisar a validade do 5º ADITIVO CONTRATUAL e, então, decidir sobre sua competência para dirimir a disputa referente às multas aplicadas à *ÁGUAS DE JAHU* (cf. itens 7/8, acima)” (fls. 170), além de o “Tribunal Arbitral, por sua vez, não proferiu decisão alguma acerca de sua competência. As Partes ainda estão apresentando suas manifestações escritas” (fls. 17).

2. Considerando que não há uma decisão do Tribunal Arbitral acerca do conflito de competência, uma vez que as partes ainda estão apresentando suas manifestações, nada obsta o reconhecimento da existência do conflito de competência já configurado, como ocorre no presente caso. A pendência de deliberação pelo juízo arbitral não inviabiliza o reconhecimento do conflito por outros meios, especialmente quando há elementos concretos que demonstram a sobreposição de jurisdições e a necessidade de definição da competência adequada.

3. É evidente o conflito de competência, uma vez que a matéria em questão envolve direito indisponível, cuja apreciação compete exclusivamente ao Poder Judiciário, em

detrimento da justiça arbitral. Tal entendimento está consolidado na jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou no sentido de que questões relativas a direitos indisponíveis não podem ser submetidas à arbitragem, conforme decidido no julgamento do **REsp 1855013/SP** (2019/0296616-0, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 19/05/2021).

4. No aludido julgado, a Corte Cidadã é clara ao preconizar que a competência só será do Juízo Arbitral quando tratar de matéria de direito **disponível**, diferentemente do presente caso. *In verbis*:

Nesse sentido, destacando a harmonia do princípio da indisponibilidade do interesse público com a arbitragem relativa apenas a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública, veja-se o seguinte precedente [...]

Em resumo, a decisão a ser tomada na ação civil pública - acerca de direitos indisponíveis da Administração Pública, repise-se - é prévia e prejudicial a uma decisão que venha a ser tomada no Juízo Arbitral acerca de eventual rescisão do contrato e reversão dos bens. Frise-se que a retomada da posse dos bens foi deferida pelo Juízo de primeira instância com fulcro no “fumus boni iuris” de irregularidades e nulidades na licitação da concessão do imóvel, que maculam – em tese – a validade do contrato, matéria que não é de competência do Juízo arbitral, justamente por envolver discussão quanto a direito indisponível da Administração Pública.

5. Não obstante, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na existência de conflito de competência entre Juízo Arbitral e Poder Judiciário, competirá à Corte Cidadã decidir qual será o juízo responsável pelo julgamento da causa.

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO TRABALHISTA E JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE FRANQUIA. EXISTÊNCIA OU NÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. **SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL**. NECESSIDADE. ART. 313, V, DO CPC/2015. 1. Resume-se a controvérsia a definir a competência para o julgamento de demandas distintas, a primeira instaurada perante juízo arbitral e a segunda ajuizada na Justiça trabalhista, envolvendo relação jurídica anterior e posterior à celebração de contrato de franquia no qual se estabeleceu a arbitragem como forma de composição de litígios. 2. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que **a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento**. 3. Hipótese em que a franqueadora busca, por meio de procedimento arbitral, o reconhecimento de que a rescisão do contrato foi motivada por justa causa, por culpa da franqueada, e o pagamento da respectiva multa contratual, ao passo que a representante técnica da franqueada, por meio de reclamação trabalhista, busca o reconhecimento de vínculo empregatício em todo o período de relacionamento, antes e depois da celebração do contrato de franquia. 4. Verificada a impossibilidade de

reunião dos processos em um mesmo juízo e havendo inegável vínculo de prejudicialidade entre eles, a questão deve ser resolvida mediante aplicação da regra prevista no art. 313, V, do Código de Processo Civil de 2015, que determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito depender da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DA 83ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO para decidir acerca da existência ou não de relação de emprego em todo o período reclamado, mantida a suspensão do procedimento arbitral por ele já determinada. Embargos de declaração prejudicados.³

5. Diante disso, o prosseguimento pelo rito arbitral violará o princípio da supremacia do interesse público e as demais premissas norteadoras do Direito Administrativo, o que causará prejuízos ao interesse público.

6. Ademais, o argumento apresentado pela Requerente não procede, pois a suposta distinção fática entre os casos não exclui a aplicação do entendimento supracitado e consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

7. A declaração de incompetência pelo juízo estatal em nada impossibilita o reconhecimento da competência do Poder Judiciário por órgão superior. O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de revisão dessa decisão por instâncias hierarquicamente superiores com vistas a garantir que as matérias indisponíveis sejam jugadas pelo órgão competente.

8. Além disso, a alegação de que a arbitragem estaria “*colhendo manifestações das partes*” não altera a essencialidade da matéria discutida, que envolve **interesse público** e prerrogativas da Administração, os quais não podem ser renunciados nem transacionados.

9. Logo, de rigor reconhecer a competência do Poder Judiciário para julgamento do conflito de competência existente entre o Juízo arbitral e o órgão do Poder Judiciário.

IV. DA SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

³ STJ, Conflito de Competência n. 184495-SP, Segunda Seção, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do Julgamento: 22.06.2022.

1. A Requerente sustenta ser impossível a flexibilização do Princípio Competência-Competência em razão da suposta falta de fundamento por parte dos Requeridos, uma vez que *“os R\$ 211.750,00 (duzentos e onze mil e setecentos e cinquenta reais) gastos pelos REQUERIDOS com o presente procedimento corresponderam a apenas 0,032% do orçamento de R\$ 651.075.101,00 (seiscentos e cinquenta e um milhões setenta e cinco mil e cento e um reais) do MUNICÍPIO para 2024”* (fls. 19).

2. Cumpre esclarecer que não é atribuição da Requerente avaliar a classificação ou a análise do orçamento do Município, uma vez que tal função é exclusiva da Administração Municipal.

3. Além disso, o valor de mais de R\$ 217.000,00 (duzentos e dezessete mil reais) revela-se completamente desproporcional e incompatível com o interesse público. O montante é excessivamente oneroso para os cofres públicos, na medida em que contraria os princípios basilares que regem a Administração Pública.

4. Ademais, quanto à alegação de que o interesse público seria uma questão subjetiva, tal noção não impede a defesa dos direitos e interesses do Poder Público em detrimento dos interesses privados. O interesse público, embora passível de ser abordado de maneira qualitativa e abstrata, não é subjetivo, ou seja, não se confunde com uma mera opinião pessoal. Trata-se de um conceito que visa à promoção do bem comum e à eficácia da administração pública, razão pela qual não pode ser distorcido por interpretações pessoais que atentem contra a sua essência.

5. No tocante à alegação de que o Município não poderia *“questionar o custo do procedimento”* após identificar que a continuidade do procedimento arbitral geraria ônus excessivo ao erário, tal argumento não se sustenta. O princípio da discricionariedade confere ao Município a liberdade de agir dentro dos limites da legalidade, o que permite à Administração Pública optar pela solução mais adequada ao interesse público, conforme sua conveniência e necessidade.

6. Nas palavras do renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Discricionariiedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, antes de cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da especificidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair uma solução unívoca para a situação concreta." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariiedade e Controle Jurisdicional**, p. 48)*

7. Em suma, o ente público municipal possui a prerrogativa de reavaliar suas decisões e modificar seu curso de ação, especialmente quando se tratar da preservação do interesse público e da boa gestão dos recursos públicos.

8. Ademais, o poder de autotutela da Administração Pública concede ao Estado o poder e o dever de rever seus próprios atos administrativos, além de anular aqueles que são ilegais e revogar os que se tornaram inoportunos ou inconvenientes, mesmo sem a necessidade de intervenção judicial. Esse princípio garante maior eficiência e legalidade à atuação administrativa, pois viabiliza que a administração corrija suas decisões internamente para melhor atender ao interesse público.

9. A respeito do assunto, o colendo Supremo Tribunal Federal editou as seguintes súmulas:

STF - Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

STF - Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

10. Nessa perspectiva, o poder de autotutela confere ao município a prerrogativa de revisar seus próprios atos administrativos, especialmente quando estes apresentam vícios que comprometam a sua legalidade. A Requerente, ao alegar que "*não cabe apenas à Administração Pública a análise da validade dos seus atos*", utiliza fundamento que, na realidade, nunca foi adotado pelo Município. Pelo contrário, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que o poder de autotutela, atribuído à Administração Pública, implica

não só uma prerrogativa, mas também uma obrigação de corrigir eventuais equívocos cometidos nas diversas atividades administrativas, visando sempre restabelecer a legalidade.

11. Conforme preceitua o art. 53 da Lei n. 9.784/99, é dever da Administração Pública sanar os vícios que possam afetar seus atos, como demonstrado no **MS 16.141/DF**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2/6/2011. Portanto, a Administração Municipal possui a responsabilidade de revisar seus próprios atos e, caso identifique ilegalidades ou equívocos, adotar as providências necessárias para corrigi-los.

10. Ademais, a tentativa da Requerida em argumentar que a presente lide está vinculada à fiscalização do poder estatal ou arbitral sobre as ações da municipalidade não se sustenta, uma vez que sua única preocupação parece ser com seus próprios interesses, em detrimento da supremacia do interesse público.

11. O que deve prevalecer, na verdade, é a observância do interesse público, o qual, conforme ensina Diógenes Gasparini, deve prevalecer sobre os interesses privados. Em suas palavras:

*No embate entre o interesse público e o particular, há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público, no dizer de José Cretella Júnior. Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.” (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo, 13ª edição revista e atualizada**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20).*

12. Portanto, as argumentações apresentadas pela Requerente não merecem prosperar, pois conflitam com os princípios fundamentais que regem a atuação administrativa e a legalidade dos atos administrativos.

13. Outrossim, a flexibilização do princípio da competência-competência é medida cabível conforme o caso concreto. Essa flexibilização permite que, em casos excepcionais, nos quais houver suspeita de nulidade flagrante ou incompatibilidade da cláusula com princípios que regem a Administração Pública, esta possa questionar a validade da disposição contratual pela jurisdição estatal como medida de economia e proteção ao interesse público. Tal situação excepcional se amolda ao presente caso.

14. Nesse contexto, o prosseguimento pelo rito arbitral implicará violação dos princípios norteadores do Direito Administrativo, porquanto, entre outros motivos, é excessivamente oneroso para o erário municipal e contrário ao interesse público, motivo pelo qual é possível flexibilizar referido princípio.

15. Assim, primeiro, é garantida à Administração Pública rever os seus próprios atos, tal qual realizado pelo Quinto Termo Aditivo, em conformidade com as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo, diante de tais circunstâncias, a flexibilização do princípio da competência-competência é medida que se impõe, dado que é atribuição do Poder Judiciário a análise sobre a validade do Quinto Termo Aditivo.

V. DA SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE ANUÊNCIA TÁCITA DA ÁGUAS DE JAHU AO QUINTO ADITIVO CONTRATUAL

1. Com a finalidade de ludibriar este juízo, a Requerente sustenta que jamais ocorreu anuência tácita ao Quinto Aditivo Contratual, tendo em vista a revogação unilateral da cláusula compromissória. Mais uma vez, sem razão.

2. Como exposto, a Requerente socorreu-se do Judiciário em duas ocasiões distintas para tratar de assuntos referentes ao Município de Jahu. Tais temas, seguindo a linha de argumentação da Concessionária, deveriam ser levados à arbitragem, o que, entretanto, não ocorreu.

3. No Processo n. 1007559-89.2022.8.26.0302, iniciado em agosto de 2022, anterior à alteração do Quinto Termo Aditivo, a Requerente impetrou mandado de segurança contra ato do diretor-presidente da Agência Reguladora.

4. Por outro lado, o Processo n. 1012194-89.2017.8.26.0302, ajuizado em dezembro de 2017, também antes da alteração do Quinto Termo Aditivo, a Concessionária propôs ação declaratória de nulidade de atos administrativos cumulada com pedidos de

repetição de indébito e anulação de título de crédito em face da Agência Reguladora (SAEMJA).

5. Perceptível que a Requerente, usualmente, socorre-se do Judiciário para dirimir eventuais conflitos existentes com as Requeridas, sem observar o compromisso assumido de submeter eventual litígio ao Juízo arbitral.

6. Ainda que a Requerida alegue que não há anuência tácita em relação à alteração do Quinto Termo Aditivo, sob o argumento de se tratar de uma revogação unilateral, é imprescindível observar que suas ações, até o presente momento, não condizem com as argumentações expostas, porquanto, como explicado, a Requerida utiliza-se do Poder Judiciário de forma seletiva ao invocar a suposta incompetência do juízo estatal quando lhe é favorável, ao mesmo tempo em que defende a jurisdição arbitral sempre que esta lhe for benéfica.

7. Percebe-se, desse modo, que o real motivo que leva a Requerente a pleitear, nesta demanda, a competência do juízo arbitral é, em última análise, o benefício que dela pode resultar, e não a busca pela verdade dos fatos ou a justa resolução da controvérsia.

8. Portanto, incontroverso que, apesar das alegações ardilosas, prolixas e extensas apresentadas pela Requerente em suas peças contestatórias, e até mesmo do uso de argumentos ofensivos à Municipalidade, a verdade dos fatos desmente as numerosas e ilusórias alegações por ela apresentadas. A falta de comprovação fática das suas assertivas é evidente, e, diante disso, a Requerente recorre a subterfúgios, como a redação hostil e deselegante, com a intenção de tentar ludibriar este juízo.

9. Ressalte-se também que as argumentações apresentadas pela Concessionária são desprovidas de fundamento, uma vez que esta tem agido de forma desleal em ações judiciais, utilizando-se indevidamente de pedidos de tutela de urgência, mesmo quando tal medida se mostrou inapropriada ao caso.

10. Ademais, a Concessionária alegou que recorreu ao Judiciário no Processo n. 1012194-89.2017.8.26.0302 sob a justificativa de que havia outra parte contrária no polo

passivo da ação. Contudo, referida ação foi movida diretamente em face da Agência Reguladora (SAEMJA) e tinha como objeto discutir atos administrativos praticados pela própria Requerida.

11. Destacam-se os seguintes pedidos do aludido processo judicial:

- A declaração de nulidade das Resoluções SAEMJA n. 01, de 2016, e do ato administrativo de homologação correspondente, comunicado pelo Ofício n. 064/16;
- A declaração de nulidade do ato administrativo de homologação de tarifas praticadas pela SAEMJA, informado pelo Ofício nº 23/17, no que excedem o valor teto estabelecido pela Lei Complementar Municipal n. 27, de 1995, conforme apuração a ser realizada na ação.

12. Nessa perspectiva, evidencia-se que a matéria discutida no processo judicial deveria ter sido submetida à arbitragem, conforme estipulado contratualmente, e não ao Poder Judiciário.

13. Percebe-se, assim, que o inconformismo da Concessionária com relação às alterações do termo só existe quando os interesses particulares da Requerente se coadunam com o não acionamento do Judiciário.

14. Não obstante, não se pode alegar eventual impacto no equilíbrio do contrato, uma vez que a Concessionária se socorreu do Poder Judiciário para dirimir conflitos relacionados ao Município de Jahu antes mesmo da alteração contratual unilateral. Caso houvesse impacto no equilíbrio contratual, obviamente que a Requerente não teria recorrido ao poder estatal em duas distintas oportunidades anteriores.

15. Em relação ao controverso comportamento da Concessionária, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão do *venire contra factum proprium* nas relações administrativas:

ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE ANISTIA. RENÚNCIA AO DIREITO. EXIGÊNCIA. DEVEDOR. CONSULTA. ORIENTAÇÃO EXPRESSA DA FAZENDA PÚBLICA. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PROIBIÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. BENEFÍCIOS PARA PAGAMENTO À VISTA. RECONHECIMENTO. 1."O princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes [...]. Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico

(finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*." (REsp 1.143.216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010, representativo de controvérsia). 5. Recurso especial provido.⁴

16. Diante do aludido julgado e da contradição no comportamento da Requerente, imperioso reconhecer que houve anuência tácita ao Quinto Termo Aditivo e, por isso, o Poder Judiciário é o único legítimo a processar e julgar as causas decorrentes de eventuais litígios oriundos do Contrato de Concessão firmado entre as partes.

VI. DA SUPOSTA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. A Requerida alega que o Município teria requerido que o princípio da supremacia do interesse público se sobrepusesse ao princípio da legalidade, o que não ocorreu.

2. O princípio da supremacia do interesse público prevalece de forma incontestável sobre o interesse particular, pois constitui um dos pilares fundamentais do Direito Administrativo. No entanto, ao contrário do que sustenta a Requerente, o Município em momento algum afirmou que tal princípio extrapola os limites da legalidade. Muito pelo contrário, a supremacia do interesse público visa, com justiça, garantir a legalidade da questão controvertida.

3. Inclusive, o colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o referido princípio garante a sobreposição do interesse público em relação ao privado, pois, além de um princípio geral de direito, constitui um dos principais alicerces do Direito Administrativo, de forma a orientar a atuação da Administração Pública em diversos aspectos, seja internamente ou na sua relação com os particulares.

⁴ STJ, REsp n. 1738598-RJ, Primeira Turma, Relator: Ministro Gurgel de Faria, data do julgamento: 14.06.2022.

4. Nesse sentido: **STJ - RMS: 51563/RJ**, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 14/03/2017, **STJ - REsp: 1874632/AL**, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/11/2021.

5. Ademais, o fundamento da Requerente de que a supremacia do interesse público teria um conceito “estático” e incompatível com os direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, bem como com o princípio da proporcionalidade da LINDB, não se sustenta e revela uma tentativa de relativizar um dos pilares do Direito Administrativo.

6. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não significa arbitrariedade estatal, mas sim a necessidade de priorizar o bem coletivo diante de interesses individuais, desde que respeitados os limites constitucionais e legais.

7. A Constituição Federal não exclui a prevalência do interesse público, mas, ao contrário, o reforça em diversos dispositivos, como nos arts. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), 3º (objetivos fundamentais do Estado) e 37 (princípios da Administração Pública).

8. O próprio art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, reforça que a livre iniciativa deve coexistir com a função social da atividade econômica, ou seja, nenhum direito privado é absoluto quando confrontado com o interesse público.

9. A Requerente tenta distorcer o conceito de proporcionalidade, pois esse princípio não impede a Administração de tomar decisões legítimas que priorizem o interesse coletivo, mas apenas exige que essas decisões sejam fundamentadas e proporcionais aos objetivos perseguidos.

10. No presente caso, a revogação da cláusula arbitral foi medida legítima e proporcional, uma vez que: **(a)** não causou qualquer desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da revogação; **(b)** a medida é baseada nas prerrogativas legais da Administração Pública, conforme prevê o art. 58, inciso I, da Lei 8.666/93, que permite alterações unilaterais dos contratos administrativos para melhor adequação ao interesse público; e **(c)** garante maior

transparência e controle público, evitando que litígios que envolvem bens públicos sejam decididos sem fiscalização estatal.

11. Ademais, a Requerente invoca o princípio da proporcionalidade de maneira seletiva ao ignorar que ele deve ser aplicado para proteger a coletividade e não apenas interesses individuais. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece que o interesse público não pode ser flexibilizado em favor de interesses privados, especialmente quando há impacto sobre a prestação de serviços essenciais.

12. Além disso, o poder de polícia da Administração Pública manifesta-se em diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da supracitada Lei Federal 8.666/93, a qual, no art. 58, versou sobre a prerrogativa dos entes de alterar e rescindir contratos unilateralmente, bem como aplicar penalidades.

13. Assim, a relação entre o poder de polícia e a alteração contratual ocorre quando a Administração utiliza suas prerrogativas para ajustar as condições de um contrato às novas exigências decorrentes da defesa do interesse público. Tais alterações visam manter o contrato adequado aos objetivos e necessidades públicas, preservando a segurança jurídica e a viabilidade econômica para ambas as partes, como é a situação do caso concreto.

14. Outrossim, no Contrato de Concessão, a Cláusula 25, item 25.1, alínea "e", permitiu ao Poder Concedente realizar mudanças unilaterais, desde que o equilíbrio econômico-financeiro fosse mantido.

15. Nesse sentido, evidencia-se que a Requerente, como já demonstrado, busca apenas resguardar seus interesses particulares, sem qualquer preocupação com o impacto financeiro ao erário ou proteção ao princípio da legalidade.

16. Como prova disso, tem-se que a conduta da Requerente revela um comportamento contraditório, uma vez que recorre ao Judiciário sempre que lhe convém, ao mesmo tempo em que defende uma jurisdição arbitral quando lhe for mais favorável. Logo, quem busca extrapolar os limites da legalidade não é o Município, mas, sim, a Requerente.

17. Realça-se ainda que o Quinto Termo Aditivo foi elaborado com o objetivo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro originalmente previsto no contrato de concessão, o que será preservado em caso de o aditivo ser válido e eficaz, porquanto fundamentou-se em avaliações técnicas que comprovaram as previsões das alterações alteradas nas Cláusulas 51 e 56, sem comprometer a proposta econômico-financeira do contrato.

18. Ademais, o procedimento administrativo concluiu que a manutenção da cláusula arbitral implicaria custos excessivos para o erário, uma vez que os honorários e demais despesas decorrentes da arbitragem, nos termos previstos na Lei 9.307/96, tornaram-se onerosos para os cofres públicos ao gerar clara afronta ao princípio da economicidade e ao interesse público.

19. Nesse contexto, as requeridas demonstraram que a SAEMJA enfrenta custos excessivos com a Arbitragem e pode, à vista disso, ser considerada como parte hipossuficiente. Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende a arbitragem deve ser afastada em razão da condição de hipossuficiência da parte.

20. Além disso, é prerrogativa da administração pública rever seus atos, especialmente considerando que não foi apresentada nos autos qualquer evidência de impacto financeiro à requerente ou de riscos decorrentes da revogação da cláusula arbitral.

21. Dessa forma, a revogação da cláusula de arbitragem se mostra necessária e legítima, pois sua manutenção geraria despesas desproporcionais ao Município, em evidente prejuízo ao equilíbrio contratual. Como já exposto, o próprio Contrato de Concessão, em sua Cláusula 25, item 25.1, alínea “e”, confere ao Poder Concedente a prerrogativa de promover alterações unilaterais, desde que garantida a preservação da proteção econômico-financeira do contrato.

22. Portanto, a manutenção do Quinto Termo Aditivo é necessária para evitar um desequilíbrio financeiro, pois assegura a correta destinação dos recursos públicos e a eficiência na prestação dos serviços de concessão.

23. Não obstante, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a equação econômico-financeira é a relação de adequação entre os encargos do contratado e sua remuneração pela Administração Pública, a qual deve ser mantida durante toda a execução do acordo.

24. Ressalte-se também que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem previsão constitucional e legal. Veja-se que o art. 65 da Lei 8.666/93 previa a revisão do contrato desde que garantida a manutenção da equação econômico-financeira. No mesmo sentido, a Lei 8.897/95, que disciplina as concessões, dispõe de mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁵

25. Ademais, ainda que a Requerente alegue que os precedentes mencionados pelo Município não guardam semelhança com o caso concreto, tal argumento não se sustenta. Não é necessária uma identidade absoluta entre os casos para que um julgado possa embasar a tese da parte que o invoca, pois, do contrário, a utilização da jurisprudência estaria restrita a situações idênticas, o que inviabilizaria a aplicação da analogia e dos princípios simétricos em litígios semelhantes.

26. Portanto, a argumentação da Requerente revela apenas uma tentativa infrutífera de desqualificar os fundamentos apresentados pelo Município, sem, contudo, apresentar qualquer contraponto jurídico substancial, pois, em vez de enfrentar os argumentos de mérito, a Requerente recorre a subterfúgios, evidenciando a fragilidade de sua própria tese.

VII. DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE MÁ-FÉ AOS REQUERIDOS PELA REQUERENTE

1. A argumentação da Requerente revela uma clara contradição e uma tentativa de retroceder em suas próprias alegações, a fim de desqualificar os fundamentos apresentados pelo Município. Ainda que, agora, afirme que jamais acusou os Requeridos de agir com má-fé, a própria peça inicial da Requerente contém expressamente tal imputação, o que evidencia a inconsistência de sua postura.

⁵ STJ, AREsp n. 1783990-SP, Segunda Turma, Relator: Herman Benjamin, Data do Julgamento: 15.03.2022.

2. Além disso, os usos de termos sórdidos como se os Requeridos flertassem “*com a má-fé*” não podem ser considerados como uma afirmação meramente retórica ou irrelevante, pois sugerem, ainda que indiretamente, uma conduta desleal ou antiética dos Requeridos. Dessa forma, é pertinente que o Município rechaçasse essa insinuação, na medida em que atuou em conformidade com os princípios da legalidade, moralidade e supremacia do interesse público.

3. Ademais, a tentativa da Requerente de criticar a resposta dos Requeridos revela uma estratégia antiquada e retórica, pois desprovida de seriedade jurídica, dado que substitui a argumentação substancial por ataques incidentais, sem rebater de forma objetiva os fundamentos apresentados pelos Requeridos.

4. Portanto, a réplica, em verdade, revela a mesquinhez e a ausência de cordialidade da parte contrária, sobretudo ao demonstrar que a peça não é sólida o suficiente a refutar a defesa dos Requeridos. Na realidade, essa postura reafirma o perfil contraditório e deselegante da Requerente, cujo objetivo precípua é tentar menosprezar o Município por meio de artifícios linguísticos ineficazes e repugnantes em vez de apresentar argumentos sólidos e juridicamente embasados.

VIII. PEDIDO CONTRAPOSTO EXTEMPORÂNEO

1. Os argumentos apresentados pela Requerente não se sustentam à luz da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), do Código de Processo Civil (CPC) e da jurisdição consolidada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

2. Inicialmente, a Requerente sustenta que o Termo de Arbitragem teria promovido uma “*estabilização da demanda*”, o que impede a formulação de novos pedidos pelas partes. No entanto, esta interpretação não encontra respaldo na própria Lei de Arbitragem, que, ao contrário do CPC, não estabelece um marco rígido para estabilização da demanda, daí por que a dinâmica do procedimento arbitral permite o aprimoramento e detalhamento dos detalhes ao longo do processo.

3. O art. 8º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) prevê que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato principal e que a existência, validade e eficácia do compromisso arbitral serão decididas pelo próprio Tribunal Arbitral. Observa-se:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir **de ofício**, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (*grifado*)

4. Note-se, ademais, que o novo pedido, formulado de modo subsidiário, decorre diretamente do objeto já estipulado no Termo de Arbitragem. Logo, possui relação direta com o litígio original, ou seja, trata-se de uma consequência lógica dos pedidos já formulados, razão pela qual deve ser aceito pelo eminente Tribunal Arbitral.

5. Além disso, a interpretação da Requerente é contraditória e parcial, pois alega que a estabilização da demanda ocorreu com a assinatura do Termo de Arbitragem, mas, ao mesmo tempo, assevera que as partes poderiam desenvolver e fundamentar suas alegações posteriormente. Ora, diante da possibilidade de complementação e aprofundamento de argumentos e pedidos, não há que se falar em inovação indevida.

6. A própria Lei de Arbitragem (art. 21, §2º) estabelece que as partes podem definir as regras processuais aplicáveis, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Não há qualquer demonstração de que os Requeridos inovaram no curso do procedimento de forma ilegítima ou equivalente ao pactuado, tampouco que sua manifestação extrapola os limites da controvérsia imposta no Termo de Arbitragem.

7. Conforme aludida disposição legal, o reconhecimento da nulidade da cláusula compromissória poderá ser feito de ofício pelo árbitro. Evidente, portanto, que a Requerente deveria estar plenamente ciente dessa possibilidade desde o início da relação contratual. Dessa forma, não há que se falar em qualquer prejuízo para a transação, uma vez que a própria incerteza quanto à validade da cláusula compromissória já fazia parte dos riscos inerentes ao contrato.

8. Ademais, a possibilidade de declaração de nulidade de ofício reforça a necessidade de conformidade da cláusula com o ordenamento jurídico vigente. Por isso, inviável sustentar surpresa ou prejuízo diante de uma situação que poderia ter sido previamente prevista e considerada em sua estratégia contratual.

9. Quanto à alegação de que a suposta inclusão de um novo pedido poderia levar à contestação de julgamento extra petita, cabe esclarecer que o Tribunal Arbitral deve decidir com base no objeto da disputa delimitado pelas partes, o que não impede a análise da eficácia da cláusula compromissória e sua pertinência na continuidade do Contrato de Concessão, conforme pleiteado pelos Requeridos. Tal questão não configura inovação ilícita, mas, sim, desdobramento natural da controvérsia submetida ao juízo arbitral, o que é compatível com o escopo do procedimento.

10. Além disso, a alegação de que a ampliação da discussão causaria "*graves prejuízos*" à defesa da Requerente não se sustenta, pois não há demonstração de cerceamento de defesa ou violação ao contraditório. Como dispõe o art. 10 do CPC, "*o juiz não pode decidir, em grau de alguma de jurisdição, com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes de se manifestar*".

11. No presente caso, a Requerente ainda tem oportunidade de impugnar os pontos levantados pelos Requeridos, o que exclui qualquer alegação de violação ao devido processo legal.

12. Além disso, a tentativa da Requerente de condicionar sua participação no procedimento arbitral à manutenção da cláusula compromissória não pode sobrepor-se ao interesse público e ao dever de revisão dos contratos administrativos, prerrogativa reconhecida pelo próprio TJSP, conforme julgados supracitados.

13. Desta forma, não há qualquer ilegalidade ou inovação indevida nos pleitos apresentados pelos Requeridos, os quais decorrem diretamente da controvérsia instaurada. A tentativa da Requerente de restringir a análise da matéria pelo Tribunal Arbitral não se justifica

e visa unicamente limitar o escopo da discussão em seu favor, sem qualquer fundamento jurídico sólido para tanto.

IX. DOS PEDIDOS

1. Dito isso, os Requeridos reiteram os termos de suas Alegações Iniciais com a finalidade de requerer a improcedência dos pedidos formulados pela Requerente, o que culminará com a manutenção do Quinto Termo Aditivo ao contrato e com a manutenção da cláusula que estabelece o Foro da Comarca de Jahu para resolução de conflitos entre as partes.

2. Subsidiariamente, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, além da fase atual da arbitragem, serve a presente para requerer que este Tribunal proceda à análise da validade e eficácia da manutenção da cláusula no contrato, considerando as circunstâncias do caso concreto.

3. Ademais, que sejam atribuídos à Requerente os ônus sucumbenciais cabíveis, em caso de improcedência dos pedidos.

4. Por fim, as demais pretensões e pedidos serão realizados em momento oportuno da SEGUNDA FASE DA ARBITRAGEM.

Jahu/SP, 27 de fevereiro de 2025.

Felipe Slikta Padilha

Procurador-Geral do Município de Jahu

OAB/SP 374.966