

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Bernardo Pereira Pires

**CLÁUSULAS FRACIONADAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA PRESENÇA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E ELEIÇÃO DE
FORO NUM MESMO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Florianópolis

2021

Bernardo Pereira Pires

Cláusulas Fracionadas e Administração Pública: considerações acerca da presença de cláusula compromissória e eleição de foro num mesmo contrato administrativo

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Pires, Bernardo Pereira
CLÁUSULAS FRACIONADAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ;
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESENÇA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
E ELEIÇÃO DE FORO NUM MESMO CONTRATO ADMINISTRATIVO /
Bernardo Pereira Pires ; orientador, Rafael Peteffi da
Silva, 2021.
81 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Lei de Arbitragem. 3. Direito
Administrativo. 4. Direito Processual Civil. 5. Direito
Constitucional. I. da Silva, Rafael Peteffi. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Bernardo Pereira Pires

**CLÁUSULAS FRACIONADAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA PRESENÇA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E ELEIÇÃO DE
FORO NUM MESMO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 14 de maio de 2021.

Prof. Luiz Henrique Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos
Avaliador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Me. Marcelo Alencar Botelho de Mesquita
Avaliador
Universidade Federal de Santa Catarina

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Cláusulas Fracionadas e Administração Pública: considerações acerca da presença de cláusula compromissória e eleição de foro num mesmo contrato administrativo”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Bernardo Pereira Pires, defendido em 14/05/2021 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de maio de 2021



Documento assinado digitalmente
Rafael Peteffi da Silva
Data: 18/05/2021 16:10:45-0300
CPF: 696.062.000-78
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Ricardo Soares Stersi dos Santos
Data: 18/05/2021 17:12:18-0300
CPF: 102.637.088-45
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. Ricardo Stersi Soares dos Santos
Membro de Banca

Prof. Me. Marcelo Alencar Botelho de Mesquita
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Bernardo Pereira Pires

RG: 6.112.121

CPF: 103.512.229-44

Matrícula: 15100100

Título do TCC: Cláusulas Fracionadas e Administração Pública:
considerações acerca da presença de cláusula compromissória e eleição de
foro num mesmo contrato administrativo

Orientador(a): Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Eu, Bernardo Pereira Pires, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 14 de maio de 2021.



Documento assinado digitalmente

Bernardo Pereira Pires

Data: 18/05/2021 21:52:23-0300

CPF: 103.512.229-44

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Bernardo Pereira Pires

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho só foi possível graças ao incentivo, apoio e encorajamento de diversas pessoas, sendo este o espaço para registrar uma breve homenagem, no anseio de demonstrar minha profunda gratidão.

Em primeiro lugar, e como não poderia ser diferente, é com emoção que agradeço aos meus pais, Cássio e Adriana, por terem, desde o princípio, me apoiado na escolha do curso, sendo eles próprios a razão da minha inspiração, além de terem fornecido todo o suporte acadêmico e familiar para que eu seguisse meu rumo da maneira mais completa possível. Também aos meus avós, Norton e Maria Izaura, entusiastas do primeiro neto, por estarem sempre comigo e por quem cultivo imenso afeto e admiração, e a todo resto da família, porquanto nos completam enquanto pessoas e formam a nossa base neste mundo.

Ao Reinaldo Takashima, meu amigo de vida, sabido que nossa infância e adolescência, na sua mais pura ingenuidade, não poderiam prever tudo aquilo que a vida reservaria, e que, apesar da distância ter-nos mantido longe algumas vezes, nunca sentiu abalar a estrutura de um vínculo que ultrapassa as barreiras da irmandade.

Em tom semelhante, aos meus amigos Gabriel Barreiros e Marco Toresan, sem os quais a minha formação cultural jamais teria sido a mesma. Aspirantes ao alto do mirante desde a criação da frente pelo mínimo ético, passando pelas tardes de caminhadas ao restaurante universitário, até as noites com discussões tão profundas que com o passar das horas nem a madrugada mais nos suportava.

Ao amigo e professor Edmundo Arruda, que desde a tenra segunda fase do curso abriu as portas da academia a mim e aos dois amigos citados no parágrafo acima, quando ainda mal havíamos deixado de ser calouros, proporcionando uma imersão na multifacetária dinâmica do estudo do direito, na contramão da precarização do ensino jurídico no país.

Ao meu amigo Rafael Vieira Matos, pilar fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, companheiro de muitas horas de estágio e discussões jurídicas e desportivas: aquelas de alto nível, estas... mais ainda.

Aos amigos e companheiros de casa no período em que estudei na Faculdade de Direito da Universitàdi Bologna, na Itália, Alessandro Colanardi, Alessio Guarino, Pietro Germani e Saverio Giglio, os quais me receberam como uma família e propiciaram a um estrangeiro desconhecido *un'accoglienza* que talvez não pudesse encontrar em outra parte do mundo.

Outro sincero agradecimento aos eminentes juristas que apostaram no meu potencial e confiaram no meu trabalho, me orientando nos diferentes estágios que pude realizar durante

a graduação. Seja no Poder Judiciário, no Ministério Público, ou na advocacia de excelência, todos foram essenciais para que eu passasse a compreender a complexidade da operação do Direito, sempre guiado pelo melhor profissionalismo. São eles: Marcelo Carlin, Vitor Bega Digiovani, Rosane Portella Wolff, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita e Eliana Volcato Nunes.

Ao meu orientador Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, que desde o primeiro contato me recebeu com alegria e prontamente se dispôs a contribuir para este trabalho, direcionando-o sempre com acurados apontamentos.

A todos os professores com quem tive aula em Florianópolis, no Brasil e no mundo, cada qual com a sua contribuição para que eu aqui chegasse, minha verdadeira gratidão.

*Considerate la vostra semenza: fatti non foste a viver come bruti,
ma per seguir virtute e canoscenza'.*

(ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia: Inferno – Canto XXVI*.
Tradução e notas de Italo Eugenio Mauro. 5ª ed. São Paulo:
Editora 34, 2019, p. 179).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo efetuar um estudo acerca das repercussões da presença de cláusula compromissória arbitral e da cláusula de eleição de foro (coexistência essa denominada “cláusula fracionada”) num mesmo contrato administrativo. Para tanto, são abordadas questões atinentes à própria utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, aos conceitos de direitos patrimoniais disponíveis e interesse público, e à Reforma da Lei de Arbitragem do ano de 2015. Ademais, o trabalho compreende uma análise das funções da prorrogação voluntária de competência no contexto das atribuições institucionais do Poder Judiciário ligadas ao poder de império, e que se diferenciam dos poderes de um árbitro. Além disso, explora-se o conceito de cláusulas fracionadas propriamente dito, sua dinâmica num contrato administrativo, a noção de “cláusulas patológicas”, e questões atinentes ao de julgamento de nulidades relacionadas à cláusula arbitral. Neste contexto, se pretende demonstrar que as cláusulas fracionadas são essencialmente harmônicas entre si e que se deve atentar à redação dos dispositivos contratuais para o melhor resultado prático.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Cláusula compromissória. Cláusula de eleição de foro. Cláusula fracionada. Contrato administrativo. Competência.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the repercussions of the “fractioned clauses” in a single administrative contract (“fractioned clause” being the coexistence of an arbitration clause alongside a forum selection clause). Therefore, issues related to the use of arbitration by the Public Administration, the concept of available patrimonial rights and public interest, and the 2015 Arbitration Law Reform are examined initially. In addition, this work includes the investigation of the functions of a voluntary choice of jurisdiction in relation to the institutional attributions of a State Court linked with its *imperium* power, which are different from an arbitrator’s power. Furthermore, the concept of fractioned clauses itself, the notion of “pathological clauses” and the dynamics of set aside proceedings related to the arbitration clause are also analysed. Thereby, it will be demonstrated that the “fractioned clauses” are intrinsically harmonious between them, pointing out to the due diligence on the draft of contractual provisions for the best practical result.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Arbitration clause. Forum selection clause. Fractioned clause. Administrative contract. Competence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.- Artigo

CC - Código Civil

CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

LA- Lei de Arbitragem

Min- Ministro/Ministra

N - Número

PLS - Projeto de Lei do Senado

PPPs - Parcerias Público Privadas

RE - Recurso Extraordinário

Rel. - Relator/Relatora

REsp. - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.1	O DEBATE ACERCADA POSSIBILIDADE DE AADMINISTRAÇÃO PÚBLICASUBMETER SEUSLITÍGIOS À ARBITRAGEM.....	16
2.2	INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	20
2.3	ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	24
2.4	A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM.....	27
3	PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA ELEIÇÃO DE FORO	34
3.1	PODER JUDICIÁRIO E ARBITRAGEM: <i>IMPERIUM</i> E <i>JURISDICTIO</i>	35
3.2	APOIO INSTITUCIONAL EM PROCEDIMENTOS	41
3.2.1	Instauração do procedimento arbitral	41
3.2.2	Tutela provisória.....	43
3.2.3	Instrução probatória.....	45
3.2.4	Execução.....	46
3.3	CONTROLE DE NULIDADE.....	47
4	CLÁUSULAS FRACIONADAS	54
4.1	MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO DE COMPETÊNCIA: POSSIBILIDADES E LIMITES INERENTES A CADA UMA DAS JURISDIÇÕES.....	56
4.1.1	Análise do tema sob enfoque dos contratos administrativos	63
4.2	REDAÇÃO DA CLÁUSULA COMO MÉTODO DE PREVENÇÃO DE DISSENSOS.....	67
4.3	COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E CONTROLE PÓS-ARBITRAL: QUEM DEVE DECIDIR?.....	70
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
	REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem, forma adversarial e não-estatal de resolução de conflitos de interesses, desenvolve-se sob os “auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal.”¹ Assim caracterizado, este instituto funciona como importante mecanismo de solução de controvérsias acerca de direitos patrimoniais disponíveis, especialmente em contratos complexos como contratos de engenharia, concessão de serviços e de obras, parcerias público-privadas (PPPs), etc., com repercussões não apenas jurídicas, mas também no âmbito da economia contratual.²

A Lei 9.307/96, também denominada “Lei da Arbitragem”, é o principal diploma a regular o sistema arbitral no Brasil. No caput do seu art. 3º, estabelece que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Disso, portanto, subentende-se que são espécies da convenção de arbitragem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira trata sobre a utilização da arbitragem para a solução de controvérsias que possam surgir futuramente em relação ao contrato a que está vinculada. O compromisso arbitral, por sua vez, submete o litígio à arbitragem quando o mesmo já existe. Nestes termos, de acordo com Luigi Biamonti, o compromisso pode ser conceituado como um “contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais, obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária o conhecimento da controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral.”³

Em princípio, a convenção arbitral advém da declaração de vontade das partes em constituir um negócio jurídico bilateral, com desenvoltura posterior contratual. Negócio jurídico, como ensina Antônio Junqueira, *in concreto*, “é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribua efeitos designados como queridos,

¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem e o Brasil** – Uma perspectiva múltipla. (Seminário), São Paulo, 13 nov. 1996 *apud* FIGUEIRA Jr., Joel Dias., 2019, p. 87.

² LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³ BIAMONTI, Luigi. Arbitrato – diritto processuale civile. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milão: Giuffrè Editore, 1958, v. II, p. 904 ss, (tradução livre) *apud* CARMONA, Carlos Alberto., 2009, p. 183.

respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.⁴

Outro tipo de negócio jurídico contratual, expressão da vontade das partes, consiste na cláusula de eleição de foro, meio de prorrogação voluntária de competência na qual se convencionam que eventuais demandas oriundas do contrato deverão ser apreciadas por determinado juízo.⁵ Este mecanismo encontra-se previsto no art. 67 do Código de Processo Civil com a seguinte redação: “As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.”

Assim sendo, tendo em vista um contrato no qual as partes pactuem cláusula compromissória de arbitragem e cláusula de eleição de foro, sem necessariamente delimitar a competência de cada uma das jurisdições (privada e pública) em relação aos objetos contratuais, podem surgir questionamentos sobre qual é a extensão de cada um dos referidos dispositivos, e se esta ausência de delimitação representa algum vício ou patologia que possa macular a cláusula compromissória.

Neste cenário, justifica-se a escolha do tema deste estudo, uma vez que essas duas previsões de forma conjunta podem ser descritas como *tailor-made*, ou previsões feitas “sob medida”⁶, para o sistema de solução de controvérsias de contratos complexos como os citados no primeiro parágrafo desta introdução. Seguindo esta linha, em termos nacionais, o setor de obras e infraestrutura, inserido no contexto de contratos administrativos a exemplo de concessões e PPPs, representa uma parcela importante da economia do país, seja porque o Brasil possui grandes empresas que atuam no ramo em nível nacional e internacional, seja porque a capacidade empregatícia do ramo é fundamental em tempos de crise como o atual.

Assim sendo, por costumeiramente envolver questões bastante complexas em termos de objeto contratual e de litígio, a arbitragem é uma opção interessante para esses casos por conta da maior especificidade técnica dos árbitros. E esta é a razão do foco do estudo ser direcionado à seara dos contratos administrativos, porquanto a própria utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos pela Administração foi tema de debate na doutrina por certo tempo, envolvendo questões atinentes ao interesse público e aos interesses patrimoniais

⁴JUNQUEIRA, Antônio. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

⁶LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas**: Arbitragem e Eleição de Foro. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

disponíveis. Além disso, será investigado se há uma realidade diferente na interpretação dos contratos de Direito Privado em relação aos contratos de Direito Público.

O conjunto de argumentos se dará no sentido de fundamentar a harmonia entre as cláusulas compromissória e de eleição de foro em contratos administrativos com base, principalmente, nas obras dos Professores Carlos Alberto Carmona, Joel Dias Figueira Jr. e Selma Lemes, e também do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau. Os objetivos específicos serão de estudar a cláusula compromissória sob o prisma da utilização da arbitragem pela Administração Pública, analisar a cláusula de eleição de foro sob uma lógica residual de competência ao que for inerente ao papel institucional do Poder Judiciário, assim como explorar a dinâmica fracionadas entre si e sua desenvoltura em contratos administrativos, com recomendações para o seu melhor aproveitamento prático.

Isso posto, com a emprego do método indutivo de pesquisa, sobretudo com uso da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, esta monografia está dividida em três capítulos para melhor desenvolvimento do tema. No primeiro capítulo, serão analisados o debate doutrinário sobre a possibilidade de a Administração Pública fazer uso do instituto da arbitragem para a resolução de conflitos, a noção de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, os conceitos de interesse público primário e secundário e indisponibilidade do interesse público, assim como as alterações promovidas pela Reforma da Lei de Arbitragem. No segundo capítulo, serão apresentadas discussões acerca da natureza jurisdicional da arbitragem e da ausência de *imperium* nos poderes do árbitro, além da compreensão da função da cláusula de eleição de foro sob a perspectiva institucional do Poder Judiciário e os procedimentos de sua competência. No terceiro capítulo, será explorado o conceito de cláusulas fracionadas propriamente dito e a dinâmica de interpretação de competência de cada jurisdição sem que haja prévia delimitação de atribuições, bem como se este mecanismo é aplicável tanto para um contrato entre particulares, quanto para um contrato administrativo. Ademais, sem ignorar os contornos práticos da questão, recomendar-se-á que uma boa redação das cláusulas é sempre uma forma inteligente de prevenir qualquer dissenso em relação à interpretação contratual.

Por fim, impende aduzir que o presente trabalho não pretende, de forma alguma, esgotar o tema ora tratado, mas tão somente problematizá-lo no contexto apresentado, visto que a presença de cláusula compromissória de arbitragem e cláusula de eleição de foro possui desdobramentos relativos a questões de decisões parciais de mérito, bifurcação do procedimento e tantos outros elementos que compõem a fértil área de estudo do tema.

2 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como esta pesquisa busca demonstrar a harmonia da presença de cláusula compromissória e cláusula de eleição de foro num mesmo contrato administrativo, cumpre introduzir a discussão sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, e sua evolução no direito brasileiro.

Neste contexto, serão apresentados autores favoráveis e contrários ao uso do instituto para que entes públicos solucionem seus conflitos, assim como se estenderá o debate ao exame de conceitos que compõem o desenvolvimento doutrinário do tema. Disto, vale mencionar o conceito de interesse público primário e secundário enquanto reflexo da diferenciação entre Estado promotor e defensor de interesses da coletividade, e como pessoa dotada de seus próprios interesses. Ademais, em relação ao sistema arbitral, a noção de arbitrabilidade subjetiva e objetiva também se revela fundamental para entender a conformidade da Administração enquanto parte deste processo, e sobre quais direitos podem integrar o escopo da cláusula arbitral para que não se tenha problemas em termos de nulidades.

Com a síntese desses elementos, será demonstrada a repercussão da matéria até a Reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/15), e os respectivos desdobramentos derivados das alterações promovidas.

2.1 O DEBATE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUBMETER SEUS LITÍGIOS À ARBITRAGEM

A arbitragem há bastante tempo é utilizada como forma de solução de conflitos em âmbito nacional. Para além disso, o crescimento do uso do instituto tem sido exponencial, e o seu aperfeiçoamento constante, tanto em matéria de lei, como de doutrina e de jurisprudência. Isto, em especial, devido à maior abertura de mercado promovida na década de 90, com reformas e políticas de fortalecimento de relações interempresariais, assim como de parcerias público-privadas e concessões.⁷ Não por menos, a publicação da Lei nº 9.307/96, a qual rege o instituto da arbitragem no Brasil, ocorreu no decorrer deste período.

Nesta toada, convém trazer alguns exemplos de previsões em lei para instituição da arbitragem entre o setor empresarial e o Estado, anteriores à Reforma da Lei da Arbitragem,

⁷ MURIEL, Marcelo A. A Arbitragem Frente ao Judiciário Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 1, n. 1, p. 27-39, jan-mar. 2004, p. 28.

Lei nº 13.129/15. Primeiramente, quanto à exploração de recursos petrolíferos, menciona-se a Lei da política energética nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo, Lei nº 9.478/97, e seu art. 43, X, que diz que “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”: bem como o art. 29, XVIII da outrora apelidada Lei do Pré-sal, Lei nº 12.351/10, que prevê o seguinte: “Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção:[...]XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”.

Na sequência, também o art. 11, III, da importante Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079/04:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Em adição, a Lei das concessões e prestações de serviços públicos, Lei nº 8.987/95, a qual, por advento da Lei nº 11.196/05, teve a incorporação do dispositivo do art. 23-A, que redige: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem [...]”.

Como se vê, são estes alguns exemplos de expresso cabimento de arbitragem junto ao poder público, previstos em legislação específica.⁸ No entanto, o uso deste mecanismo de solução de litígios de maneira ampla junto à Administração não foi – e até hoje não é – algo absolutamente pacífico no meio jurídico.

Aliás, é importante dizer, o contato entre questões de direito privado e público por meio do instituto da arbitragem, até mesmo no que diz respeito à criação de leis específicas, sofrera marcada resistência, inclusive com alegações atinentes a sua inconstitucionalidade.⁹

⁸Outros exemplos passíveis de serem citados são: Lei 9.472/97, art. 93, XV; Lei 10.233/01, art. 35, XVI; Lei 10.848/04, art. 4º, §§ 5º a 7º; Lei 12.462/11, art. 44-A, etc.

⁹ WALD, Arnaldo. A Reforma da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 292/2015, p. 195-216, dez. 2015, p. 198.

Nesta linha, Celso Antonio Bandeira de Mello teceu sérias críticas ao retro mencionado art. 23-A, da Lei 11.196/05, que dispõe sobre concessões públicas, ao afirmar que:

[...] É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um "contrato" de concessão de serviço público [...].¹⁰

Outra doutrinadora contrária à utilização da arbitragem pelo Poder Público foi Lúcia Valle Figueiredo, a qual defendeu sua posição sob os fundamentos de que, da sentença arbitral, não caberia recurso ao Judiciário, violando assim o art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII da CF/88, além do fato de que as regras de competência processual relativas a questões da União pertenceriam à ordem constitucional, e, portanto, seriam inaptas a serem submetidas à legislação infraconstitucional.¹¹

Apesar de hoje a corrente defendida pelos doutrinadores acima exprimir-se como minoritária, vale dizer que a utilização da arbitragem junto à Administração Pública era de tal forma incomum e resistida, antes das mudanças ocorridas na década de 90, que uma das poucas referências paradigmáticas de que se tem registro antes disso é o memorável “Caso Lage”.¹² Neste, basicamente, o governo brasileiro, diante do estado de guerra declarado em 1942, incorporou ao patrimônio do Estado bens e direitos das organizações Lage (empresas reconhecidas na área navegação e de portos) e determinou, por meio do Decreto-Lei n. 9.521 de 1946, que o valor da futura indenização deveria ser estipulado por um tribunal arbitral.

Embora o deslinde final do caso tenha sido julgado pelo Supremo Tribunal Federal somente três décadas depois, o episódio ficou marcado pelo voto do então Ministro Relator Bilac Pinto, que elaborou uma linha de raciocínio a partir da qual haveria permissibilidade legal para que o Estado se submetesse à arbitragem (Decreto-Lei 9.521/46) sendo que aquela composição heterônoma haveria se instituído por força do mútuo consenso das partes em conflito, com a conseqüente afirmação da tese de que o Estado poderia celebrar compromisso

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 740.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

¹² Outro raro exemplo é o Decreto Imperial n. 7.959 de 1880, o qual tratava das concessões de estradas de ferro do Império brasileiro. Na cláusula XXXV deste diploma estava previsto o seguinte dispositivo: “No caso de desacôrdo entre o Governo e a companhia, sobre a inteligência das presentes clausulas, esta será decidida por arbitros nomeados [...] Servirá de desempatador a Secção do Imperio do Conselho de Estado.” BRASIL. **Decreto n. 7.859 de 29 de Dezembro de 1880**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>>. Acesso em: 09 de março de 2021.

arbitral valendo-se de sua capacidade para contratar. Além disso, na ocasião, decidiu-se por unanimidade que “impedir o uso da arbitragem pela Fazenda Pública em suas relações de natureza contratual ou privada constituiria indevida restrição à autonomia de vontade”.¹³

Mesclando esta exposição sobre capacidade da Administração para contratar alicerçada no caso Lage com as questões de interesse público e disponibilidade de bens ventiladas no trecho dedicado à doutrina de Bandeira de Mello, impende destacar que são temas basilares para a compreensão da atual sustentação da possibilidade de a Administração submeter seus litígios à arbitragem.

Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam explicam que, no cenário de Pré-Reforma da Lei da Arbitragem, duas interpretações permissivas ao uso desta ferramenta extrajudicial de solução de conflitos pelo Estado levavam em conta a previsão em lei específica, ou seja, autorização expressa do legislador para submissão do caso à arbitragem, como na herança do Caso Lage, e a não violação de princípios de supremacia do interesse público e sua respectiva indisponibilidade.¹⁴ Era este o entendimento, por exemplo, do atual Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso, segundo o qual:

[...] a Administração poderá sim submeter-se à arbitragem, mas essa possibilidade teórica não se torna viável com a mesma facilidade e simplicidade com que se passa entre os particulares. Será indispensável o adimplemento de alguns requisitos, dentre os quais, o mais importante, é a existência de lei autorizando a Administração a submeter-se à arbitragem, o que, no caso do ajuste examinado, não se verificou [...].¹⁵

Oliveira e Estefam também lembram que outra parcela da doutrina entendia pela desnecessidade da autorização específica, sob o argumento de que a Lei nº 9.307/96 estendia a arbitragem às “pessoas capazes de contratar” no caput do seu art. 1º¹⁶, de modo que, diante da capacidade de contratar da Administração Pública, esta já estaria incluída na previsão. No entanto, como será abordado em tópico específico mais a frente, a Lei nº 9.307/96 sofreu alteração acurada pela Lei nº 13.129/2015 no sentido de permitir expressamente que a Administração se utilizasse da arbitragem.¹⁷

¹³ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 49/2016, abr./jun. 2016, p. 103/126, p. 107.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 41.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público - Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal - Invalidez. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 19/2003, p. 415 – 439, Jan – Mar 2003, p. 422,423.

¹⁶ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 41.

Outro óbice referente à utilização da arbitragem pelo poder público era o problema referente à transparência e à publicidade. Não é nenhuma novidade o fato de que a opção pela composição de um tribunal arbitral ofereça maior confidencialidade e sigilo ao procedimento, e que por conta disso muitos agentes preferam esta alternativa para manter em segredo invenções, técnicas e estratégias industriais ou comerciais, e também elementos de propriedade intelectual. Contudo, levando em consideração os princípios e regras que regem a disciplina administrativa, tal premissa seria incompatível com a Administração. A este respeito, vale lembrar, a própria CF/88 determina observância ao “princípio da publicidade” em seu art. 37¹⁸, estando os funcionários e gestores públicos sujeitos à responsabilização ou prestação de contas.

Dito isso, o que se procurará demonstrar daqui em diante será no sentido de elucidar a fundamentação jurídica da relação entre arbitragem e Administração Pública, assim como sua atual desenvoltura no direito brasileiro, fruto de uma evolução doutrinária, jurisprudencial e legal do assunto.

2.2 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Um primeiro e importantíssimo ponto para a compreensão do tema diz respeito a conceitos doutrinários característicos do direito administrativo, dentre eles, a indisponibilidade do interesse público. No entanto, para melhor aprofundar esta questão, impende, antes de mais nada, contextualizar a própria noção de interesse público.

De acordo com Bandeira de Mello, o interesse público se trata, sobretudo, do interesse do “todo”, ou seja, de um conjunto social.¹⁹ Tal definição, por óbvio, ainda é insuficiente, porém, é importante deixar claro que o conceito não se confunde com a somatória dos interesses individuais, mas transcende os interesses de cada particular: apresenta-se como sendo de difícil visualização, dado o seu grau de abstração.²⁰ Acerca do caráter abstrato de interesse público, é também a linha de pensamento de Carlos Vinícius Alves Ribeiro:

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59,60.

²⁰ *Ibid.*, p. 59,60.

específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de -certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável.²¹

Contudo, é um erro afirmar que, por conta desta ausência de concretude, o interesse público seja autônomo ou mesmo pertencente a uma realidade independente. Pelo contrário, este conceito se reflete numa dimensão dos interesses particulares, como função qualificada. Vale dizer, o interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais: indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificados juridicamente no Estado).²² Há uma intertemporaneidade nisso, uma continuidade histórica, com a sucessividade de gerações.²³ A exemplo, pode-se citar o interesse público ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico-cultural, que diz respeito aos presentes, e aos futuros cidadãos.²⁴

De outra monta, é fundamental destacar que, apesar de interesses públicos serem interesses do Estado, nem todo interesse do Estado, enquanto Administração, se configura como interesse público: esta é uma coincidência possível, mas não necessária.²⁵ Embora se apresente como encarregado dos interesses públicos, o Estado possui ele mesmo seus próprios interesses particulares em sentido subjetivo (órgãos da Administração), inclusive em concorrência com outros sujeitos da sociedade civil.²⁶ Porém, diferentemente desta, só poderá defender seus interesses particulares quando coincidirem com o interesse público, caso contrário poderá sofrer controle da sua atividade administrativa por meio dos diversos mecanismos existentes.

A doutrina classifica esta parcela de interesse individual do Estado-Administração como interesse público secundário, enquanto, por sua vez, a dimensão geral do interesse público, ou seja, da coletividade, recebe a conotação de primário (interesses públicos

²¹RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável, em **Supremacia do Interesse Público**, obra colet., Atlas, 2010, p. 115 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos., 2017, p. 55.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 60,61.

²³Ibid., p. 62.

²⁴ O Art. 225 da CF/88 exprime bem esta ideia na redação do seu caput: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁵ É importante mencionar que Bandeira de Mello faz a distinção entre a concepção de Estado e Administração: “Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 77.

²⁶ Ibid., p. 66.

propriamente ditos).²⁷ Na perspectiva secundária, por ser o Estado uma pessoa jurídica que convive no mundo em concorrência com os demais sujeitos de direito, com vontade própria, pode ele defender seus próprios interesses perante os demais, embora só o possa fazer quando isto não se chocar com os interesses públicos primários.²⁸

Um exemplo corriqueiro para demonstrar de forma mais prática a aplicação destes ensinamentos é o instituto da desapropriação. Num cenário como este, há interesse público coletivo em desapropriar determinada área em detrimento do interesse do particular em mantê-la sob sua propriedade. Nisto, é válido apontar que, apesar de numa esfera individual haver resistência à desapropriação, o objetivo maior do ato interessa publicamente ao próprio particular destituído, enquanto membro da coletividade.²⁹ Outrossim, é possível ilustrar a desenvoltura do interesse público secundário na hipótese de a Administração pleitear a redução do valor indenizatório em prol de uma quantia mais branda. Tal demanda seria aceitável até o limite em que Estado não requeira valor irrisório, posto que tal atitude seria contrária ao interesse público vinculado ao instituto civil da indenização.³⁰

Em continuidade ao assunto, improrrogável descrever, enfim, do que se trata o princípio da indisponibilidade do interesse público. De acordo com Hely Lopes Meirelles, o conceito assim pode ser descrito:

Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.³¹

Bandeira de Mello, a seu turno, descreve que “[...] na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para

²⁷ Nessa linha é possível citar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 62 – 63; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 235 – 236; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 133; MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 91.

²⁸ ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**, 3 ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 197, notas de rodapé 3 e 4, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 2015, p. 64.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 69.

³⁰ *Ibid.*, p. 67. E acrescentando a isso, Bandeira de Mello também cita mais à frente que: “De outro lado, é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado; ou seja: sua defesa não é apenas do interesse do particular que possa vir a ser afetado, mas é de interesse de toda a coletividade que seja defendido.” *Ibid.*, p. 69.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 113, 114.

este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.”³² E sobre a própria terminologia de disponibilidade, Antônio José de Mattos Neto aponta que “[...] Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmití-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”.³³

Diante disso, convém mencionar que o princípio da indisponibilidade do interesse público recairá somente sobre o interesse público primário. Isto é uma conclusão crucial a ser feita a fim de que se possa entender, oportunamente, os limites da convenção arbitral em contratos com a Administração Pública. Sobre a disponibilidade do interesse público secundário, Selma Lemes, uma das figuras mais influentes na elaboração da Lei de Arbitragem, afirma que “é neste segundo estágio de atuação da Administração, na persecução do interesse público derivado, que reside a zona de influência da arbitragem”.³⁴

Por assim ser, entendida a capacidade de contratar do Estado, enquanto pessoa jurídica participante da sociedade e, considerando a disponibilidade de submeter à arbitragem assuntos de interesse secundário, em especial porque contratos administrativos servem de instrumento para que Administração promova a execução de suas funções e exerça sua própria gestão interna, os quais possuem componentes financeiros caracterizantes de direito patrimonial disponível, cabe estender a discussão para uma outra dimensão do entendimento do objeto principal deste estudo.

2.3 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Os pontos abordados no tópico anterior possuem uma outra dinâmica conceitual a qual se estende ao entendimento da arbitrabilidade dos sujeitos e objetos envolvidos na hipótese de solução de litígios através da arbitragem. O caput do artigo 1º da Lei nº 9.307/96 evidencia estes dois elementos de maneira bem clara ao dispor que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Assim

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 77.

³³ MATTOS NETO, Antônio José de. **Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2/2014, p. 413-432, set. 2014, p. 416.

³⁴ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 130.

sendo, tem-se que a arbitrabilidade corresponde à possibilidade de um litígio ser resolvido por meio da arbitragem, sendo condição fundamental para o exercício e existência da jurisdição arbitral.³⁵

A arbitrabilidade subjetiva, pois, nada mais corresponde senão a quem pode participar da celebração de uma convenção arbitral. Neste sentido, fica patente, pela leitura do dispositivo supracitado, que a capacidade para transigir é requisito único e essencial para a utilização da arbitragem neste quesito. Aprofundando o conceito, não se ignora que para que uma pessoa jurídica de direito público seja signatária de uma convenção arbitral seja necessário alguém com poderes suficientes (competência, legitimidade) para firmar o termo em nome da Administração, mas o que se quis demonstrar é a ideia geral de subjetividade.

Vale dizer, esta conclusão acerca da arbitrabilidade subjetiva obedece à própria teoria geral do negócio jurídico e, conseqüentemente, dos contratos, sob a racionalidade legislativa de assegurar que as partes sejam aptas para pactuar a fim de que o produto disto não seja maculado por qualquer nulidade ou vício. Além do referido artigo da Lei da Arbitragem, o art. 851 do Código Civil exprime a mesma ideia ao estabelecer que: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.”

Neste cenário, convém rememorar a linha argumentativa elaborada pelo Ministro Bilac Pinto quando do julgamento do caso Lage, exposta no tópico 2.1, no sentido de que a Administração pode celebrar compromisso arbitral valendo-se de sua capacidade para contratar. Nesta mesma esteira desenvolve-se o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “[...] a competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento”.³⁶

Em tom semelhante, como complemento, Selma Lemes descreve que o Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público e Privado, a exemplo de sociedades de economia mista e empresas públicas, possui capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades e, como consequência disso, firmar contratos com particulares.³⁷

Por sua vez, quanto à arbitrabilidade objetiva, tem-se a noção de que somente conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis é que poderão ser submetidos à arbitragem,

³⁵ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 49/2016, p. 103-126, abr./jun. 2016, p. 104,105.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

³⁷ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 42.

conforme a parte final do caput do art. 1º da Lei nº 9.307/96. Vale lembrar, este diploma não define especificamente quais matérias são ou não passíveis de serem classificadas como disponíveis ou indisponíveis, restando à doutrina e à jurisprudência a análise do ordenamento jurídico para desvendar quais assuntos são arbitráveis sob este critério,³⁸ e à lei esparsa a definição que lhe convenha para o caso concreto, dentro, é claro, dos limites conotativos do termo “direitos patrimoniais disponíveis”.

Sob este enfoque, o art. 852 do Código Civil de 2002 dispõe que: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.” A esta noção de (in)disponibilidade, oportuno colacionar também os art. 100 e 101 do Código Civil, que preveem, respectivamente, que “bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis [...]” e “bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.” Sobre a qualificação “dominical”, o próprio diploma se encarrega de conferir-lhe significância, definindo no inciso III, do art. 99, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Nestas acepções do diploma civilista resta pujante a noção classificatória de disponibilidade entendida a desenvoltura instrumental que se pode aferir aos bens vinculados à Administração.

De modo geral, pode-se dizer que questões referentes a direito penal, direito previdenciário, direito de família em termos constitutivos, interesses difusos e matérias vinculadas à atuação do Ministério Público são exemplos de matérias não arbitráveis.³⁹

Isto porque, nestes casos, é visível a presença de interesse público primário, ou seja, interesse do Estado enquanto promotor e defensor dos anseios da sociedade, e não de um interesse estrutural ou instrumental da Administração Pública. Sobre este ponto, Selma Lemes, em referência a Moreira Neto, descreve que isso consiste em um tipo de interesse fora do mercado, submetendo-se ao princípio da indisponibilidade absoluta, enquanto o interesse público secundário tem natureza instrumental, no sentido de que funciona para a satisfação do primário, resolvendo-se em direito patrimonial e, conseqüentemente, disponível.⁴⁰

³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 25.

³⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35-36 *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow., 2019, p. 25.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 89, jul./set. 1997 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade**

Em sequência, Lemes, desta vez em alusão a obra do jurista argentino Rafael Bielsa, reporta que existe uma distinção entre atos administrativos de autoridade e atos de simples gestão. Assim, não seria adequado conferir a um tribunal arbitral a decisão sobre matérias que envolvam poderes de autoridade intransigíveis, mas nada obstará a delegação à arbitragem de um assunto sobre a fixação de um valor indenizatório, ou questões atinentes à execução ou dissolução de um contrato, por serem puramente patrimoniais.⁴¹ Nesta diretriz, conclui que: “[...] a Administração Pública pode submeter-se à arbitragem e é conveniente que o faça quando não se trate de examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, mas de suas consequências patrimoniais”.⁴²

Nesta esteira, é da doutrina de Carlos Alberto Carmona a afirmação de que “[...] são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.⁴³ Desta forma, tem-se que a patrimonialidade e a disponibilidade relativa aos interesses públicos secundários esboçam o contorno da acepção de arbitrabilidade objetiva.

2.4 A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

Diante do debate que se estendeu por anos acerca da possibilidade de a Administração Pública submeter seus litígios à arbitragem, a Lei nº 13.129/2015, nomeada “Reforma da Lei de Arbitragem”, foi editada para atualizar o instituto já consagrado pela Lei nº 9.307/96.

Impende evocar, à época desta Reforma, outro fato notório na legislação brasileira ocorrera concomitantemente: a elaboração e promulgação do Novo Código de Processo Civil

Processual?. Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴¹ BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Publico**, Buenos Aires: Depalma, 1949. P. 290-294, *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos**- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?. Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴² LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública– A Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público, *in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 194, *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos** - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?. Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

(Lei 13.105/15). Não por menos, o novo CPC tratou de abrir espaço para que a arbitragem se consolidasse ainda mais.

Dessarte, logo na parte geral do Código, no capítulo I “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, em seu art. 3º, §1º, o diploma incluiu a arbitragem como forma de exercício de jurisdição. Relevante destacar isto uma vez que o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, enquanto o referido dispositivo do CPC foi propositalmente redigido de forma a constar que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Figueira Jr. assinala que, com esta opção, o legislador infraconstitucional tratou com precisão técnica o instituto, uma vez que o caráter jurisdicional da arbitragem é assunto corrente na doutrina.⁴⁴ Deste modo, o ordenamento garante a todos não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas à jurisdição com espectro mais amplo, atendendo ao princípio do acesso à justiça, seja ela pública ou privada.⁴⁵ Em relação a este tema, adianta-se que a evolução e diferença entre as correntes sobre a natureza jurídica da arbitragem será mais amplamente analisada no tópico 3.1.

Outro aspecto de fundamental constatação, desta vez propriamente sobre a Reforma da Lei de Arbitragem, é que antes da sua elaboração não havia, na Lei 9.307/96, menção expressa de que a Administração poderia valer-se do instituto. Conforme exposto, fora elaborada toda uma construção doutrinária e jurisprudencial para que se pudesse fazer esta conclusão, ainda que não de forma unânime ou pacífica.

No ano de 2013, o então presidente do Senado Renan Calheiros convocou personalidades especialistas no tema para que promovessem a elaboração do texto que reformaria a Lei de Arbitragem. Nisto, Caio César Vieira Rocha anota que, desde o início, a ideia desta comissão formada foi de prestigiar e fortalecer o instituto, sem a necessidade de

⁴⁴FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 39.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 39.

classificar a Lei 9.307/96 como obsoleta ou substituível, mas um diploma com potencial e boa aceitação, e que havia evoluído muito rápido em pouco tempo.⁴⁶

Assim, um dos principais dispositivos incluídos pela Reforma da Lei de Arbitragem foi o §1º do art. 1º da Lei 9.307/86, o qual instituiu que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Com isto, o debate sobre a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, sobre a capacidade ou legitimidade da Administração se utilizar da arbitragem para resolver seus conflitos, foi afastado, ao menos em razão do requisito de autorização prévia por lei.⁴⁷

Faz-se esta ressalva porque, do contrário, ainda que seja um posicionamento minoritário, Celso Antonio Bandeira de Mello mantém o seu entendimento de não ser aceitável, perante a Constituição, que particulares possam resolver litígios com discussões acerca de interesses atinentes ao serviço público, dado que, de acordo com o autor, estão diretamente relacionados ao interesse público.⁴⁸ O autor, a propósito, complementa seu pensamento com a ideia de que tudo o que diz respeito ao serviço público, mesmo aquilo referente a condições de prestação ou recursos vinculados à realização de tarefas, ou seja, *a priori* bens disponíveis, ultrapassaria por completo o âmbito decisório de particulares.⁴⁹

No entanto, a maioria dos doutrinadores, como ora será exposto, recebeu com bons olhos a novidade. Carvalho Filho, por exemplo, acerca da inclusão do texto do referido §1º, afirma que a mudança merece aplausos, considerando que a Administração estaria, desta forma, evitando judicializações excessivas, ressalvados os princípios da publicidade e do interesse público, de maneira a permitir a averiguação da legitimidade dos motivos e do objeto da Administração ao recorrer à arbitragem.⁵⁰

De forma semelhante, Hely Lopes Meirelles argumenta que o novo §1º do art. 1º suprimiu as dúvidas e a insegurança jurídica sobre a participação da Administração em

⁴⁶ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 49/2016, abr./jun. 2016, p. 103/126, p. 111.

⁴⁷ Oliveira e Estefam, em menção a Souza Junior e Salles, apontam que: “*Sobre a legalidade*, parte da doutrina entendia pela desnecessidade de autorização legal específica, sob o argumento de que a LA, em seu art. 1º, permitia a arbitragem para “as pessoas capazes de contratar”. Por outro lado, havia a corrente que defendia que tal autorização era precisa como condição para afastar a jurisdição estatal.” SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 2, n. 8, 7-42, 2005, p. 7-42.e; SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, o. 215. *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow., 2019, p. 41.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 837.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 837.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1766.

arbitragens.⁵¹ Além disso, o doutrinador lembra uma outra mudança muito importante trazida pela Lei nº 13.129/15: a revogação do art. 25 da Lei nº 9.307/96, o qual previa a suspensão da arbitragem caso surgisse, durante o processo, controvérsia acerca de direitos indisponíveis, hipótese na qual o árbitro teria o dever de remeter as partes ao Poder Judiciário para solução da questão.⁵² Este tema será oportunamente explorado no tópico 4.3 desta monografia.

A seu turno, Maria Sylvia Di Pietro também assente com a inclusão do texto, mas observa que a lei resolveu apenas parcialmente o problema, no sentido de que deixara mais clara a questão atinente à arbitrabilidade subjetiva, porém, de outro lado, ainda não haveria achado solução, com conceitos jurídicos mais determinados, para as dúvidas acerca da extensão de direitos patrimoniais disponíveis e da indisponibilidade do interesse público,⁵³ ou seja, sobre o aspecto objetivo da arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública.

Neste contexto sobre arbitrabilidade objetiva, não se olvida de posição mais moderna de parcela da doutrina, como a de Eduardo Talamini, o qual interpreta o conceito de disponibilidade de maneira diferente no tocante à discussão sobre quais matérias seriam arbitráveis. O autor divide o conceito em duas vertentes: indisponibilidade no sentido de direito irrenunciável, e indisponibilidade no sentido de impossibilidade de submissão do litígio a outro meio de solução de conflitos que não o judicial.⁵⁴

Aprofundando melhor este pensamento, o autor traz o questionamento sobre qual seria, de fato, o objeto da convenção arbitral: se a “disposição” diria respeito ao direito material propriamente dito, ou sobre a pretensão de resolução do litígio. Em outras palavras, polemiza se a indisponibilidade que atinge a Administração se refere a direito material ou processual.⁵⁵ Nesta linha, o autor ilustra que:

[...] Caso se repute que a convenção arbitral consiste em um ato de disposição sobre o próprio direito material, será imprescindível, para sua validade e eficácia, que o próprio direito material seja disponível. Caso se reconheça ser a convenção arbitral um pacto pelo qual se renuncia à submissão da causa ao Judiciário para submetê-lo a um método heterônomo privado, sem afetar o direito material, daí então se imporá a conclusão de que a pretensão de tutela judicial é que precisa ser disponível, e não o direito material [...].⁵⁶

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 284.

⁵² *Ibid.*, p. 284.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1884.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito brasileiro. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 9/2018, p. 19-41, Abr – Jun/2018, p. 20,21.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 22.

Nota-se, a intenção da linha defendida por Talamini é demonstrar que, ao submeter um litígio a um tribunal arbitral, a Administração não estaria renunciando ao direito material, e sim dispondo sobre um meio de resolução do conflito para este mesmo objeto, algo de cunho processual. Desta forma, a indisponibilidade do interesse público permaneceria eficaz para o direito material em conflito, ainda que se decidisse por declinar a jurisdição do Poder Judiciário.⁵⁷

No entanto, em que pese esta corrente de pensamento, tem-se que ainda residir como minoritária, razão pela qual optamos por seguir a linha adotada pelo legislador conforme doutrina já exposta, em que se definiu a arbitrabilidade objetiva sob o limite expresso de direitos *patrimoniais* disponíveis, sendo este, portanto, ao menos para a Lei atual, o objeto passível de integrar uma relação convencional de arbitragem.

Retornando às novidades, mas ainda no âmbito da arbitragem e Administração Pública, a Lei 13.129/15 incluiu dispositivo sobre a definição de autoridade competente para a celebração da convenção arbitral, dirimindo possíveis conflitos incidentes neste ponto.⁵⁸

Outrossim, a problemática acerca da publicidade também ganhou destaque. Em primeiro lugar, certo é que a Administração submete-se ao dever de publicidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição de 1988.⁵⁹ Com isso, de forma a legitimar a intenção da Reforma em sedimentar a arbitragem junto ao poder público, o art. 2º, §3º, foi incluído de forma a prever taxativamente a seguinte determinação: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

No entanto, Talamini lembra que, ainda assim, é possível que a arbitragem envolvendo um ente público tenha sua publicidade restringida. Isto porque alguns fatores que envolvam questões de segurança, intimidade pessoal, propriedade intelectual, etc., podem ter sua divulgação suprimida no limite da necessidade de assegurar aos órgãos de controle da Administração, ou a quem faça jus ao direito de publicidade, o indispensável de acesso. Diante

⁵⁷Ibid., p. 23.

⁵⁸ Conforme consta do art. 1º, §2º, da Lei 9.307/96, incluído pela Lei 13.129/15: “A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

⁵⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

disso, o doutrinador lembra que estas limitações seguem as mesmas razões da restrição de publicidade no processo judicial (art. 5º, LX, CF/88⁶⁰).⁶¹

Neste tocante, Arnaldo Wald cita o exemplo da Lei 10.848/04, que trata a respeito de comercialização de energia e inclui a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), num cenário composto por empresas estatais e sociedades de economia mista.⁶² a referida lei sugere que as partes submetam seus conflitos à Câmara, porém, a cláusula número 18 da convenção arbitral padrão da CCEE faz a ressalva de que elas terão de abster-se de revelar documentos e outras informações que não sejam de domínio público ou requisitas por determinação legal ou judicial.^{63, 64}

Afora isso, outras novidades da Lei nº 13.129/15 interessantes de serem citadas para este trabalho são em relação às tutelas cautelares e cartas arbitrais. Trata-se, respectivamente, da inclusão dos capítulos IV-A e IV-B na Lei nº 9.307/96, seguindo uma tendência da qual o próprio Código de Processo Civil também fez parte. Em relação a este último diploma, percebeu-se a edição dos arts. 237, IV⁶⁵, 260 - especialmente o §3º - ⁶⁶ e 267⁶⁷, os quais tratam sobre a carta arbitral, a qual consiste na expedição de um pedido da arbitragem para o Judiciário, para que este exerça seu poder coercitivo em vista de determinar a um sujeito que cumpra a decisão proferida pelo tribunal arbitral.

Figueira Jr. descreve que a carta representa a comunicação entre a jurisdição arbitral e o Estado-juiz, em obediência ao princípio da cooperação, o qual detém grande espaço cognitivo

⁶⁰Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...].

⁶¹ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito brasileiro. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 9/2018, p. 19-41, Abr – Jun/2018, p. 26.

⁶² WALD, Arnaldo. A Reforma da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 292/2015, p. 195-216, dez. 2015, p. 199.

⁶³ Art. 4º, §6º: As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no §5º deste artigo.

⁶⁴ “CLÁUSULA 18 - As PARTES e quaisquer outros envolvidos em um determinado procedimento arbitral, inclusive os árbitros, testemunhas e membros da Câmara, deverão abster-se de comunicar, revelar ou disponibilizar a terceiros, no todo ou em parte, os documentos, dados e informações a que tiver acesso em razão de tal procedimento arbitral, salvo se houver autorização escrita, prévia e expressa da(s) outra(s) Parte(s) envolvida(s).” CCEE. **Arbitragem no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552>. Acesso em: 29/04/2021.

⁶⁵Art. 237.Será expedida carta: [...]IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

⁶⁶Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: [...] A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

⁶⁷ Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando: [...].

e norteador no Código de Processo Civil.^{68, 69} O ex-desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina menciona, na sequência, que se trata de ato processual complexo, uma vez que sua origem está atrelada a um ato praticado em jurisdição privada, e que tem seu cumprimento sob a custódia e atuação do Poder Judiciário para, após, retornar com efeitos produzidos para o juízo de origem (privado).⁷⁰

Assim sendo, com a Reforma da Lei de Arbitragem, o capítulo IV-B, sobre as cartas arbitrais, fora editado com a redação da seguintes normas:

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

Por sua vez, o capítulo IV-A, que dispõe sobre tutelas cautelares e de urgência, restou redigido da seguinte forma:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Adianta-se, a Reforma ocupou-se de regular a propositura de ações cautelares pré-arbitrais, com intuito de garantir às partes a preservação do resultado útil da ação, sem obrigatoriamente inculcar em renúncia ao procedimento arbitral. Contudo, reserva-se o aprofundamento destes itens, e até mesmo acerca da carta arbitral, para os tópicos do próximo capítulo, posto que serão abordados vários pontos em relação à cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário. Sobre este último, o mesmo será encarado sob a perspectiva da eleição de foro para que se possa compreender as razões desta escolha num contrato – com enfoque administrativo – no qual também esteja presente cláusula compromissória.

⁶⁸ Sobre a cooperação no CPC, é a norma dos arts. 67 e 69: Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores; Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: [...] § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. [...].

⁶⁹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 315.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 315.

3 PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA ELEIÇÃO DE FORO

Um dos objetivos primordiais para a linha de raciocínio deste trabalho é a identificação da competência da eleição de foro num contrato administrativo em que também esteja presente cláusula compromissória. Por assim ser, improrrogável trazer à tona no que consiste o referido mecanismo de modificação de competência previsto no art. 63 do Código de Processo Civil.⁷¹

De acordo com Gustavo Tepedino, a eleição de foro “configura expressão da liberdade de contratar no plano processual, em que as partes dispõem sobre a fixação da competência”.⁷² Além disso, o autor também leciona que “o local de resolução dos conflitos pode ser fixado de acordo com a conveniência das partes, especialmente em relações paritárias, nas quais se mostra efetivamente possível discutir e avaliar os impactos de se instaurar o litígio no foro eleito”.⁷³ Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em breve e acurada definição, descrevem a eleição de foro da seguinte forma:

A cláusula de eleição de foro é uma disposição negocial que pode ser inserida por vontade das partes em qualquer negócio jurídico. Por essa, convencionou-se que eventuais litígios oriundos do negócio deverão ser dirimidos em determinado juízo. Refere o Código que ‘As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta a ação oriunda de direitos e obrigações’. Por tratar de ato especial de disposição, prevê a lei que a cláusula de eleição só seja válida se constar de instrumento escrito e referir especificamente a determinado negócio jurídico.⁷⁴

A seu turno, Humberto Theodoro Jr. aprofunda mais a caracterização do instrumento, classificando-o como regra de modificação de competência por “prorrogação voluntária”.⁷⁵ O autor vincula o supracitado art. 63 do CPC ao art. 78 do Código Civil⁷⁶ em alusão à possibilidade de disposição contratual, e afirma que “só a competência relativa, em casos patrimoniais (direitos e obrigações), é que se sujeita ao foro convencional.”^{77, 78} A referida

⁷¹ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. Controle de abusividade da cláusula de eleição de foro. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 109/2017, p. 187-205, jan. – fev. 2017, p. 188.

⁷³ *Ibid.*, p. 188.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: volume I**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 63.

⁷⁶ Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: volume I**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 64.

⁷⁸ É o que prevê o próprio CPC como primeiro dispositivo da Seção “Da Modificação da Competência”: “Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção”.

distinção entre competência absoluta e relativa é também abordada por Cintra, Grinover e Dinamarco, que resumem o tema nos seguintes termos:

Absoluta é a competência improrrogável (que não comporta modificação alguma); relativa é prorrogável (que, dentro de certos limites, pode ser modificada). E a locução prorrogação de competência, de uso comum na doutrina e na lei, traz em si a ideia da ampliação da esfera de competência de um órgão judiciário, o qual recebe um processo para o qual não seria normalmente competente.⁷⁹

Outrossim, para melhor visualização, os autores aduzem que a chamada “competência absoluta”, a qual não comporta prorrogação voluntária, é determinada de acordo com interesse público, sendo que nestes casos “o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, e muito menos em virtude da vontade das partes em conflito”.⁸⁰ De outro lado, quanto a competência relativa, tem-se que esta se liga “ao poder dispositivo das partes (aquele que era beneficiado pelas regras ordinárias de competência, com um foro onde lhe fosse mais fácil demandar, renuncia à vantagem que lhe dá a lei)”.⁸¹ Com estas definições em mãos, passemos à análise da dinâmica que gira em torno da eleição de foro e da cláusula compromissória.

3.1 PODER JUDICIÁRIO E ARBITRAGEM: *IMPERIUM E JURISDICTIO*

Antes de mais nada, impende introduzir a discussão conceitual a respeito da natureza jurídica da arbitragem. E não poderia ser por menos, uma vez que, ao longo desta monografia, já foram – e serão – citados, oportunamente, termos como “jurisdição arbitral” ou “jurisdição privada”. Nesta proposta, salienta-se, o substrato maior do tópico concentrar-se-á na desenvoltura da natureza jurídica da arbitragem nos moldes da legislação nacional, tendo em vista que a matéria possui outras abordagens por parte da doutrina no âmbito do Direito Internacional.⁸²

⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 279.

⁸⁰Ibid., p. 279.

⁸¹Ibid., p. 280.

⁸² Sobre a dimensão da natureza jurídica da arbitragem no Direito Comercial Internacional, constata-se a existência da teoria *autônoma*. Neste quesito, Rocha, em referência a Lew, Mistelis e Kröl afirma que “a teoria autônoma considera a arbitragem como um fato da vida, de maneira muito mais pragmática do que teórica, dando mais importância à realidade da atividade mercantil e dos usos e costumes que a regem, do que a critérios adotados pela política nacional de cada país específico. Há uma mudança de foco: a prática internacional, nesse viés, possui maior importância do que as leis do local onde a arbitragem se desenvolve”. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 72. *apud* ROCHA, Caio Cesar Vieira., 2012, p. 24.

Assim, tem-se que o conceito de natureza se projeta a refletir a *verdadeira expressão ontológica* do objeto em estudo, levando-se em consideração seus elementos constitutivos.⁸³ Com isso, o objetivo será compreender qual a função e classificação que a lei conferiu ao instituto.

Preliminarmente, sublinha-se que o estudo da natureza jurídica da arbitragem subdivide-se em três principais vertentes sob o escopo pretendido: contratualista (privatista), jurisdicional, e uma terceira, que pode ser denominada mista, híbrida ou eclética.⁸⁴

A primeira delas, contratual, se baseia na concepção da arbitragem através do acordo celebrado entre partes, visto que, segundo Basílio e Fontes, “a essência das Teorias Privatistas é a de considerar a arbitragem como criação da autonomia da vontade, o que a associa à ideia de negócio jurídico e, de modo mais específico, de contrato”.⁸⁵

Adeptos desta vertente também se utilizam do argumento de que o tribunal arbitral não exerce jurisdição, apesar de a lei ter conferido poder de julgamento ao árbitro. Isto baseado, sobretudo, no princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nesta linha, autores como Teori Zavascki⁸⁶ e Alexandre Freitas Câmara⁸⁷ interpretam que o exercício da jurisdição consiste em monopólio estatal inafastável por meio de legislação ordinária.⁸⁸

Este é também um posicionamento doutrinário compartilhado por Luiz Guilherme Marinoni, o qual afirma que “a jurisdição é indelegável, pois nenhum dos ‘Poderes’, como é óbvio, pode delegar os poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição”.⁸⁹ Em adição a esta conclusão, convém extrair da mesma obra o seguinte trecho a fim de ilustrar melhor a tese apresentada:

[...] A mistura da atividade do árbitro com a atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, além de desqualificar a essência da

⁸³ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 117.

⁸⁴ Vale dizer, de acordo com Basílio e Fontes, é possível utilizar também as terminologias “Intermediária” ou “Sincrética” para a vertente mista da natureza jurídica da arbitragem. BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 14., p. 48-51, jul./set. 2007, p. 49.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 49.

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. Vol. 8, p. 165 – 185 *apud* MANNHEIMER, Mario Robert., 2015, p. 56.

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. P. 12 e 15. *Apud* MANNHEIMER, Mario Robert., 2015, p. 56.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição*. Disponível em: <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdicao_marinoni.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

jurisdição no quadro do Estado constitucional, coloca no mesmo patamar objetivos que nada têm em comum, pois não há como relacionar o dever estatal de proteção dos direitos com a necessidade de se conferir a determinados conflitos julgadores dotados de conhecimentos técnicos particulares [...].⁹⁰

Visto isso, passemos a analisar as outras duas vertentes de forma conjunta, posto que ambas auferem caráter jurisdicional à natureza do instituto da arbitragem. De forma introdutória, colaciona-se ensinamento de Basílio e Fontes, o qual projeta um resumo da posição jurisdicional, em sentido contrário ao entendimento de Marinoni:

[...] Os defensores das Teorias Jurisdicionalistas da arbitragem partem da premissa não da vontade das partes e sim da vontade do legislador para fundamentá-la. Entendem eles que, assim como a jurisdição, a arbitragem revela, acima de tudo, vontade do próprio Estado, traduzida na disposição legal para resolver conflitos de interesses. Sustentam os seguidores dessa tese que o Estado outorga poderes ao juiz e ao árbitro, e ambos exercem a mesma função de resolver conflitos, com a diferença apenas de que incumbe às partes a escolha do árbitros. A igualdade de funções de árbitro e juiz redundaria na ideia de um sentido único para essa função, que se denomina jurisdição[...].⁹¹

A corrente publicista, ou jurisdicional, adquiriu peso bastante relevante entre os estudiosos da matéria no Brasil uma vez que a Lei de Arbitragem (9.307/96), desde o princípio, em seu art. 31, estabeleceu que “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.”

Tal vertente conquistou ainda maior protagonismo quando, no Código de Processo Civil de 1973 (Lei. 5.869/73), por advento da Reforma de 2005 (Lei 11.232/05), fora incluído o art. 475-N, IV,⁹² o qual posicionou a sentença arbitral junto às sentenças proferidas pelo Poder Judiciário no rol de títulos executivos judiciais.⁹³

Sobre isto, Carlos Alberto Carmona, adepto à teoria, aponta que, tendo em vista o que estabeleceu a lei, a decisão final dos árbitros adquiriu o condão de produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, e que esta razão é constatável pelo fato de que o legislador optara pela tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à outrora necessidade de homologação de um

⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição**. Disponível em: <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdiacao_marinoni.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁹¹ BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14., p. 48-51, jul./set. 2007, p. 50.

⁹² Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

“laudo arbitral” pelo Poder Judiciário.⁹⁴ Em diretriz semelhante, Figueira Jr. afirma, categoricamente, que:

[...] Se no passado, ainda que próximo, justificavam-se o confronto e as polêmicas acirradas que se formavam entre as duas teorias, hoje em dia, em face do regime estatuído por meio da Lei 9.307/1996, essas questões passaram a adquirir outras conotações e reflexos à medida que o legislador deixou transparecer com nitidez a sua verdadeira essência, mormente insculpida nos Capítulos III, V e VI da norma de regência, que versam sobre os árbitros, sentença arbitral e o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, respectivamente [...].⁹⁵

A teoria mista, híbrida ou eclética, por sua vez, não se distancia muito da jurisdicional porque, embora realce a compreensão da arbitragem sob o enfoque do acordo de vontade das partes na convenção arbitral, também reconhece suas características jurisdicionais, especialmente pelos efeitos da sentença.⁹⁶ Neste cenário, admite a reunião de elementos de direito privado e público na idealização da natureza da arbitragem, analisando sua concepção a partir da vontade dos particulares, com feições contratuais, junto à assunção de caráter jurisdicional do instituto.⁹⁷

Tal posição é adotada, por exemplo, por Selma Lemes, que defende “[...] ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial [...]”.⁹⁸

Este é o entendimento também professado por José Carlos Magalhães, segundo o qual “as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios”.⁹⁹

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

⁹⁵ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 118. Em complemento a isso, mais adiante em sua exposição, Figueira Jr. assenta que “em face desses articulados, podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/1996 apresenta natureza jurisdicional.” Ibid., p. 121.

⁹⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 76.

⁹⁷ BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14., p. 48-51, jul./set. 2007, p. 50 - 51. Os autores ainda anotam que: “para os adeptos dessa teoria, a ideia é de que a arbitragem é uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos.” Ibid.

⁹⁸ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹⁹ MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, p. 20-21, *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

A compreensão da presença de caráter jurisdicional na natureza da arbitragem, conforme já explorada no Capítulo 2, tópico 2.4, ganhou ainda mais solidez com a redação do art. 3º, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, o qual destinou à arbitragem espaço entre as formas expressas de apreciação jurisdicional. Sob este prisma, o art. 515 do mesmo diploma, assim como o fizera antes o CPC/73, classificou a sentença arbitral como título executivo *judicial*.¹⁰⁰ Por todas estas razões, é de se concluir que há exercício de jurisdição nas atribuições de um tribunal arbitral.

E é justamente deste ponto de reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem que se pretende projetar a ideia da perspectiva de competência da eleição de foro perante a presença de uma cláusula compromissória num mesmo contrato, dado que a lei conferiu ao árbitro o poder de jurisdição, ou *juris dictio* (dizer o direito), mas não o poder *ius imperii*.¹⁰¹

É da lição de Paulo Bonavides que “[...] *imperium*, poder sobre pessoas, o poder do Estado de obrigar as pessoas no território se faz de maneira exclusiva, se se trata de Estado soberano e unitário”.¹⁰² Neste sentido, Figueira Jr. afirma que os poderes do árbitro quedam-se restritos, razão pela qual não se comparam ao poder do juiz togado: “o que o árbitro ou o tribunal arbitral não detém é o poder de *imperium*, na exata medida em que o sistema não lhe autoriza o uso da força para executar esta ou aquela providência, seja interinal ou definitiva”.¹⁰³

Por sua vez, Selma Lemes, em referência a Charles Jarrosson, avalia a ausência de *imperium* do árbitro com a citação do seguinte trecho: “*imperium merum*, isto é, o *imperium* puro, que deflui diretamente do poder de comando e constrição que se atribui ao juiz na condição de depositário de *imperium*”.¹⁰⁴ Em sequência, em alusão ao mesmo autor, conclui que: “em contexto amplo de análise da natureza jurídica da arbitragem esta questão é importante, posto que o árbitro tem *jurisdictio*, mas não tem *imperium*”.¹⁰⁵

Válido esclarecer, com esta linha de raciocínio não se pretende inferir que a decisão do árbitro não vincula as partes à uma obrigação, ou mesmo que não há modo de fazer o destinatário da ordem obedecer ao comando proferido sem o apoio de um juiz. O que se expôs foi que, para medidas coercitivas que requeiram o uso da força estatal, será necessário solicitar

¹⁰⁰ Art. 575. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...].

¹⁰¹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 121.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 128.

¹⁰³ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 121.

¹⁰⁴ JAROSSON, Charles. Réflexions sur L’*Imperium*. **Études Offertes à Pierre BELLET**, Paris, Litec, 1991, p. 265 (tradução livre) *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**. Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁰⁵ *Ibid.*

o apoio institucional do Poder Judiciário. Neste cenário, valendo-se da interdisciplinaridade que permeia a matéria, cita-se passagem da obra “Teoria do direito e do Estado”, do célebre jurista Hans Kelsen, que sobre monopólio do uso da força pelo órgão incumbido deste instrumento ensina que:

[...] O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. [...]. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força [...].¹⁰⁶

Assim sendo, tem-se que a atuação do árbitro não estará limitada apenas frente a questões de arbitrabilidade (subjéctiva ou objectiva), mas também por questões inerentes à própria natureza do instituto que manuseia. Desta forma, o legislador, por meio da concatenação de dispositivos da Lei Arbitragem e do Código de Processo Civil, elaborou mecanismos de cooperação entre Poder Judiciário e tribunal arbitral, os quais se analisará adiante, em prol da maior efetividade da prestação jurisdicional, e sobretudo em consonância ao princípio da cooperação.^{107, 108}

3.2 APOIO INSTITUCIONAL EM PROCEDIMENTOS

Diante da constatação da necessidade de participação do Poder Judiciário em determinados momentos do processo arbitral, é possível afirmar que existem três principais hipóteses para a ocorrência deste fenómeno: “I) dando suporte à arbitragem antes ou durante o

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30. Sobre o conceito de órgão do Estado mencionado no excerto, o filósofo do direito também leciona que: “um órgão é um indivíduo que cumpre função específica. A qualidade de órgão de um indivíduo é constituída por sua função. Ele é um porque e na medida em que executa uma função criadora de Direito ou aplicadora de Direito. No entanto, além deste conceito, existe outro, mais restrito, ‘material’, de acordo com o qual um indivíduo é um ‘órgão’ do Estado apenas se tiver, pessoalmente, uma posição jurídica específica. [...]. O juiz é um ‘órgão’ do Estado nesse sentido restrito porque é eleito ou nomeado para sua função, porque exerce sua função profissionalmente e, portanto, recebe um pagamento regular, um salário, do tesouro do Estado.” Ibid., p. 277, 278.

¹⁰⁷ Sobre a cooperação entre arbitragem e Poder Judiciário, Adriana Noemi Pucci assevera: “Evidentemente, as funções judicial e arbitral têm vidas e caminhos independentes, mas haverá casos nos quais juiz e árbitro deverão atuar conjuntamente; e, mais ainda, o árbitro necessitará do auxílio e da colaboração do juiz (em razão das características salientadas de cada tipo de função, sendo a judicial plena, e a arbitral restrita).” PUCCI, Adriana Noemi. Juiz e Árbitro. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

¹⁰⁸ É assim o disposto no art. 6º do CPC, designado próprio diploma com status de norma fundamental processual (Livro I, Título Único, Capítulo I): “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

processo arbitral; II) controlando posteriormente a sentença arbitral; ou III) reconhecendo e executando a sentença arbitral estrangeira”.¹⁰⁹ Destarte, utilizando-se desta separação, passa-se a subdividir os tópicos de ora em diante com o objetivo de melhor explicar os temas, dadas as suas especificidades.

3.2.1 Instauração do procedimento arbitral

Este primeiro exemplo decorre das disposições dos artigos 6º e 7º da Lei nº 9.307/96. Porém, neste cenário, antes de mais nada, impende esclarecer o conceito de cláusula compromissória “cheia” e “vazia”.

A cláusula compromissória cheia representa aquela que detém os elementos suficientes para a instituição da arbitragem. Isto é, uma previsão neste sentido conterà as regras para a condução do procedimento a ser instaurado, seja com a indicação de uma câmara arbitral para albergar a demanda, seja com redação própria de normas específicas para a condução da resolução do litígio.¹¹⁰

De outra mão, a cláusula vazia é aquela que prevê a solução de conflitos pela via arbitral, mas não determina sequer a forma de indicação dos árbitros.¹¹¹ Junto a isto, importante também mencionar a existência de cláusulas cheias *imperfeitas*, que pecam em algum dos elementos necessários para a instauração da arbitragem.¹¹² É sobre estas hipóteses que recai o texto do art. 6º da Lei de Arbitragem, que prescreve:

[...] Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral [...].

Ou seja, a lei determina que o interessado na instauração da arbitragem, valendo-se da cláusula vazia já existente, busque junto à outra parte a composição para que isso aconteça. Contudo, antecipando a possibilidade de postura resistente de um dos envolvidos, o mesmo artigo previu, em seu parágrafo único, a seguinte solução: “Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 132-133.

¹¹⁰ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 187.

¹¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 143.

¹¹² FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 188.

propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.” Por corolário, deduz-se ser o art. 7º da Lei nº 9.307/96 o encarregado da ferramenta de instauração da arbitragem mediante apoio do Poder Judiciário. O mesmo dispõe:

[...] Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim [...].

Visto isso, portanto, resumidamente, denota-se que este procedimento decorre da impossibilidade de o interessado na composição arbitral suprir a vontade da parte contrária para acordar com as regras da instauração da arbitragem. Além disso, tendo em conta que neste momento do processo não existe árbitro para determinar qualquer ordem, até porque isto faz parte da própria pretensão (nomeação de árbitros), tal lacuna só será passível de ser preenchida por intermédio de um magistrado.¹¹³

Desta forma, comprovada a comunicação exigida pelo caput do art. 6º, assim como a hipótese de resistência prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo, poderá ser ajuizada ação de obrigação fazer para compelir o demandado a comparecer em juízo para definir os termos e, enfim, lavrar o compromisso arbitral.¹¹⁴

Em conclusão lógica, a eleição de foro, ou seja, a escolha preventiva do local onde deverão ser propostas ações vinculadas ao contrato, se aplica diretamente no raciocínio, dado que “não cumprida espontaneamente a cláusula compromissória, o interessado ajuizará ação com fulcro no art. 7º da LA, perante o juiz que seria competente para conhecer da lide principal [...]”¹¹⁵

3.2.2 Tutela provisória

Uma das grandes novidades da reforma promovida pela Lei nº 13.129/15 foi a edição de um capítulo exclusivo para tutelas cautelares e de urgência: o Capítulo IV-A. Não obstante

¹¹³ Sobre o art. 7º em questão, Carmona, com precisão, ressalta que “o procedimento de que trata o artigo sob foco diz respeito apenas às cláusulas compromissórias que não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear árbitros). Se tal elemento mínimo (modo de nomear os árbitros) estiver presente, a instituição da arbitragem não dependerá de intervenção judicial”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 156.

¹¹⁴ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 190,191.

¹¹⁵ Ibid., p. 188.

as tutelas provisórias já fossem utilizadas em sede arbitral, com apoio em dispositivos processuais cíveis, regulamentos de entidades arbitrais, assim como legislação estrangeira e internacional, optou-se por regulamentar o instrumento de forma específica para a arbitragem, especialmente para moldar o manejo de tutelas em caráter antecedente.¹¹⁶

No CPC/15, as disposições sobre o tema estão contidas, sobretudo, no Livro V “Da Tutela Provisória”, entre os arts. 294 e 411. Estas noções previstas no Código se aplicam também ao processo arbitral, visto que a lógica de preservar o resultado útil do processo, na iminência de risco ou dano, encontra-se albergado pela ordem constitucional por intermédio do princípio da inafastabilidade da jurisdição (seja ela pública ou privada), insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, bem como na própria concepção do instituto processual da tutela, como bem define Humberto Theodoro Jr.:

[...] há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional [...].¹¹⁷

Neste cenário, é cediço que o árbitro possui o poder de proferir decisões de urgência ou evidência cautelar ou antecipatória, afinal, possui jurisdição e é o encarregado da condução da resolução da lide, tal como um juiz estatal. No entanto, caso o destinatário da ordem emanada não cumpra voluntariamente a decisão, será necessário requisitar ao Estado que atue em prol da efetivação da medida proferida, dado que o árbitro não detém os meios de compelir o sujeito para tanto.¹¹⁸

Nestas circunstâncias, deverá o árbitro solicitar ao juízo competente a prática do ato de *imperium* descrito na decisão. Tal comunicação se dá de maneira semelhante, por exemplo, à carta precatória utilizada pelos Tribunais de Justiça para comunicarem-se entre si de um Estado da federação para outro, a fim de que se dê o cumprimento do comando no local desejado, respeitando questões de competência territorial.¹¹⁹

Com o advento da Reforma da Lei de Arbitragem, como mencionado no Capítulo 2, tópico 2.4, criou-se o mecanismo da Carta Arbitral. Este instrumento serve justamente para

¹¹⁶FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 293,294.

¹¹⁷THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: volume I**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 608.

¹¹⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-28, abr. 2005, p. 26.

¹¹⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-28, abr. 2005, p. 26..

formalizar o contato entre arbitragem e Poder Judiciário no tocante à cooperação para a efetivação dos provimentos arbitrais, encontrando-se previsto no art. 22-C da Lei 9.307/96, o qual dispõe: “O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”.¹²⁰

Outrossim, como adiantado no início deste subtópico, a Reforma também se preocupou em redigir o manejo de tutelas provisórias em caráter antecedente. O funcionamento deste tipo de tutela é, em grande parcela, o mesmo daquele previsto no CPC,¹²¹ em que se pretende, antes mesmo da existência do processo principal, preservar um bem de maneira cautelar ou antecipar algum efeito da sentença.¹²² Porém, o enfoque dado pela Lei 13.129/15 foi no sentido de garantir a competência da cláusula compromissória, nisto compreendidos os poderes do árbitro de decidir sobre a demanda que lhe fora designada, inclusive com a revisão de decisões proferidas pelo juízo estatal.

Explica-se. O pedido de tutela em caráter antecedente ocorre, evidentemente, antes da formação do processo, no caso, arbitral. Como não há – neste momento hipotético – árbitro para decidir acerca de questões de urgência, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário para proteger seu direito frente a alguma lesão ou ameaça com maior rapidez e efetividade, até porque, caso tentassem uma composição arbitral ligeira, poderiam esbarrar em alguns impasses como a resistência da parte contrária, alegação de suspeição ou impedimento, etc. Neste contexto, a intenção do legislador, na Reforma, foi de conciliar a proteção do bem jurídico com a vontade das partes de que o processo principal seja conduzido por um árbitro. Assim, os interessados podem elaborar pedido de tutela em caráter antecedente para o Tribunal de Justiça sem prejuízo de, posteriormente, formar o tribunal arbitral, o qual conterà poderes para manter

¹²⁰ Em respeito às características do processo arbitral, especialmente no que se refere à escolha desta forma de solução de conflitos por conta da maior discricção procedimental, o legislador foi prudente em estabelecer, no parágrafo único do mesmo art. 22-C, que: “No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.”

¹²¹ “Portanto, considerando-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, na qualidade de macrossistema instrumental à Lei de Arbitragem, as partes não fizerem opção por outro sistema normativo estrangeiro, as diversas espécies de tutelas provisórias ali previstas e reguladas, deverão ser introduzidas, no que couber, em sede de procedimento arbitral, para todos os fins de direito.” FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 295.

¹²² Embora o funcionamento da tutela provisória num contexto de existência de cláusula arbitral seja semelhante ao de um processo comum, uma das principais diferenças é de que, da decisão judicial que negar ou conceder o pedido em caráter antecedente, não caberá agravo de instrumento, tendo em vista que a atuação do Estado-Juiz, nesta hipótese, é excepcional. Tem-se que, nestes casos, a margem de ação do Poder Judiciário restringe-se à concessão ou denegação do pedido pelo magistrado. *Ibid.*, p. 302.

ou modificar as decisões proferidas pelo juiz togado. Este é o mecanismo definido pelos artigos 22-A¹²³ e 22-B¹²⁴ da Lei 9.307/96.

Dito isso, vale também mencionar que, ao ser concedida a medida pleiteada, o demandante terá trinta dias para requisitar a instituição da arbitragem¹²⁵, em consonância com o procedimento de tutela em caráter antecedente previsto pelo CPC.¹²⁶ Contudo, diferentemente do que ocorre com a estabilização da tutela antecipada eventualmente concedida pelo Poder Judiciário num processo de sua jurisdição em caráter antecedente, o pedido envolto por demanda vinculada a uma convenção arbitral não tem o condão de se estabilizar, uma vez que, como dito, caberá ao árbitro manter ou revogar a decisão juiz. Esta conclusão decorre da leitura conjunta do parágrafo único do art. 22-A e do caput do art. 22-B.

3.2.3 Instrução probatória

A questão atinente à instrução probatória percorre a mesma logicidade que fora apresentada até agora. O árbitro, enquanto condutor do processo arbitral, possui poderes instrutórios equivalentes ao do juiz para determinar a produção das provas necessárias para formação do seu convencimento, seja de ofício ou a requerimento. É o que se denota do caput do art. 22 da Lei 9.307/96, que descreve: “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.”

A atuação do Poder Judiciário resta evidente para o caso uma vez que o mesmo dispositivo prevê, em seu § 2º, o procedimento caso haja resistência por parte de uma testemunha:

Art. 22 [...] § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

¹²³ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

¹²⁴ Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

¹²⁵ Art. 22-A [...]. Parágrafo Único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

¹²⁶ Sobre isto, consultar arts. 303, §1º, I e 308, caput, do CPC.

Isto porque a condução coercitiva, como induz o próprio nome, requer o uso da força, razão pela qual o árbitro deverá comunicar ao juiz, por meio de Carta Arbitral e com as devidas comprovações inerentes à hipótese (*e.g* existência de convenção arbitral, intimação prévia da testemunha, etc.), para que este determine as medidas adequadas para a colheita da prova.

O apoio do Poder Judiciário na instrução probatória também será possível quando for essencial produzir prova em outra localidade que não aquela em que está sediado o tribunal arbitral, tal como ocorre com os Tribunais de Justiça sob o regime de cartas precatórias.¹²⁷ Porém, nesta condição, a eleição de foro não terá grande importância, visto que o procedimento se sujeitará ao juízo vinculado à localidade na qual se encontra o objeto da instrução.

3.2.4 Execução

A sentença arbitral, conforme exposto oportunamente, tem status de título executivo judicial conferido pelos arts. 31 da Lei da Arbitragem e 515, VII, do Código de Processo Civil. Todavia, a equivalência entre sentença arbitral e judicial não se limita ao aspecto condenatório, pois estende-se também a efeitos constitutivos, declaratórios, mandamentais e executórios.¹²⁸ Em brilhante referência à teoria quinquenária do Tratado das Ações de Pontes de Miranda, e das obras de Humberto Theodoro Jr. e Ovídio Baptista, Figueira Jr. aponta que:

[...] Assim, a sentença arbitral condenatória gera título executivo que faculta ao vencedor utilizar-se da execução forçada (*cumprimento de sentença*), caso o vencido não satisfaça espontaneamente a prestação exortada na parte dispositiva do julgado; a sentença constitutiva, por sua vez, opera a extinção da relação jurídica litigiosa, ou, cria nova relação jurídica para as partes; a sentença declaratória gera a certeza jurídica sobre a relação deduzida em juízo; as sentenças mandamental e a executiva *lato sensu* geram ordem de efetivação do julgado (mandamento), com definição de multa a incidir contra o recalcitrante em favor da parte adversa (*astreintes*) [...].¹²⁹

Disto, depreende-se que somente as sentenças arbitrais condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu* é que eventualmente irão requerer o apoio institucional do Poder Judiciário, na hipótese de a decisão não ser cumprida de forma voluntária pelo sujeito da ordem emanada. As sentenças de natureza declaratória e constitutiva, a seu turno, por si só produzem

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-28, abr. 2005, p. 26.

¹²⁸ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 445.

¹²⁹ THEODORO Jr., **Curso de direito processual civil**, 18. Ed., v. I, p. 520, n. 503. e DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso**. V. I, p. 418-419; e **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 176-179, letra “h”, *apud* FIGUEIRA Jr., Joel Dias., 2019, p. 445,446.

eficácia no plano jurídico, e não dependem de qualquer realização factual-física de qualquer uma das partes.¹³⁰

Sendo inevitável a propositura do cumprimento da sentença arbitral, o CPC define que o juízo competente será o que deteria competência para conhecer da lide principal.¹³¹ Não havendo óbice em questão de matéria, a eleição de foro servirá para que o processo de execução ocorra na comarca preestabelecida.

Importante dizer, nestes casos o juiz não poderá realizar, a princípio, controle sobre o conteúdo da sentença arbitral, visto que a legislação optou pela desnecessidade de qualquer homologação por parte do Poder Judiciário. No entanto, é possível que a parte executada promova teses de impugnação ao cumprimento da sentença, especialmente sob a alegação de nulidade da sentença. É o que será abordado adiante, e que faz jus a tópico específico.

3.3 CONTROLE DE NULIDADE

Em primeiro lugar, é importante lembrar que as decisões arbitrais, sejam elas interlocutórias ou finais, não estão sujeitas a recurso ao Poder Judiciário. Sobre isto, a Lei de Arbitragem é categórica em estipular, em seu art. 18, que “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.” Aqui, evita-se afirmar que não cabe “recurso algum” à sentença arbitral, uma vez que o art. 30 do mesmo diploma garante às partes o prazo de cinco dias para solicitar ao árbitro que “corrija qualquer erro material da sentença arbitral”¹³² ou “esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”,¹³³ ferramenta esta semelhante aos Embargos de Declaração do CPC, os quais possuem status de recurso conferido pelo diploma processualístico.¹³⁴ Ainda sim, de acordo com o caput do art. 30 retromencionado, é pacífico aduzir que não cabe qualquer recurso ao Poder Judiciário.

Por sua vez, o controle de nulidade, representado pela ação anulatória de decisão arbitral, trata-se de meio de impugnação, de caráter subsidiário, pautado no próprio regime

¹³⁰FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 446.

¹³¹Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

¹³² Art. 30, inciso I.

¹³³ Art. 30, inciso II.

¹³⁴ Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: [...] IV - embargos de declaração;

jurídico da arbitragem e também no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.¹³⁵ Subsidiário porque as partes devem procurar formas de resolução do problema, primeiramente, no âmbito da própria arbitragem, para somente depois recorrer à tutela do Estado, pois como leciona Pedro Batista Martins: “a Lei de Arbitragem, não há dúvida, foi rigorosa em afirmar a subsidiariedade da jurisdição estatal. Esta se concretiza em momento subsequente ao esgotamento da jurisdição arbitral”.¹³⁶

Em relação ao controle de nulidade derivar do próprio regime jurídico da arbitragem e do princípio constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário, fita-se o tema a partir da perspectiva dos micro e macrossistemas arbitral e processual-constitucional, respectivamente.¹³⁷ Isto porque as hipóteses de nulidade previstas nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem retratam características próprias do instituto da arbitragem, que tem força jurisdicional derivada da vontade das partes,¹³⁸ assim como outras que sofrem influência da irradiação de princípios oriundos dos macrossistema da Constituição e do Código de Processo Civil.

Tal reflexão se faz pela leitura dos incisos que remetem, por exemplo, (I) à convenção de arbitragem, (II) ao árbitro, (III) às características da sentença arbitral ou (VII) ao prazo para prolação e apresentação da sentença arbitral, vinculados ao funcionamento próprio da arbitragem, enquanto decisões proferidas (IV) fora da convenção de arbitragem, (VI) por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, ou que (VIII) desrespeitar princípios processuais-constitucionais, possuem conexão em maior escala com a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro e com a proteção à ordem pública.

Adianta-se, neste trabalho, não será aprofundado o manuseio de cada uma das possíveis formas de reconhecimento de nulidade contidas no referido dispositivo, nem se fará uma análise sobre a natureza material ou processual da nulidade da sentença arbitral, já que isto demandaria uma análise extensa e meticulosa. Porém, serão contempladas pontualmente algumas delas, em especial as que melhor se enquadram na problemática envolvendo contratos administrativos. Sobre a intenção do legislador quando da elaboração da Lei 9.307/96, Carlos Alberto Carmona ensina que:

¹³⁵FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 413.

¹³⁶ MARTINS, Pedro Antônio Batista. As três fases da arbitragem. **Revista do Advogado**. n. 87. set./2006, p. 90, 91.

¹³⁷FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 411.

¹³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

[...] Ao incentivar a utilização da justiça privada, ampliando o Estado o próprio conceito de jurisdição, o legislador não pretendeu abrir mão de um certo controle sobre a arbitragem. Com efeito, em todo o texto da Lei 9.307/96 percebe-se a preocupação do legislador em evitar abusos e iniquidades [...]. Eis aí a limitação à autonomia concedida aos litigantes, que não poderão exceder as raiais dos interesses que o Estado quer preservar, já que a garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição são inerentes à democracia moderna [...].¹³⁹

O que Carmona proclama como “as raiais dos interesses que o Estado quer preservar” se refere propriamente ao conceito de ordem pública, como apresenta na sequência do seu argumento:

[...] A ação anulatória implantada em nosso sistema não se presta, bem se vê, a rever a justiça da decisão ou o fundo da controvérsia, mas apenas a desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica [...].¹⁴⁰

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, a ordem pública “corresponde a uma pretensão de preservação dos valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade”.¹⁴¹ Além disso, os autores apontam que, embora o conceito de ordem pública não se restrinja tão somente àquilo que está previsto na Constituição, dado que existem normas de ordem pública espalhadas por vários diplomas infraconstitucionais na legislação nacional, a Carta Magna representa o ponto central de convergência de toda essa estrutura, pois fornece significância a todo sistema, de modo que decisões ou atos jurídicos estrangeiros que violem a Constituição (ou a ordem pública) não podem produzir efeitos no direito brasileiro.¹⁴²

Em relação a esta última colocação, a Lei de Arbitragem, em seu art. 39, II, faz exata referência ao tema ao regular o controle de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça: “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: [...] II - a decisão ofende a ordem pública nacional.”

Apesar de a Lei 9.307/96 não prever expressamente a submissão das decisões arbitrais nacionais ao controle de adequação à ordem pública, tal conclusão é possível através da lógica do próprio diploma,¹⁴³ em especial por conta da previsão contida no art. 2º, §1º, do capítulo “Disposição Geral” de arbitragem, consistente em uma baliza à autonomia da vontade das partes

¹³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 412.

¹⁴⁰ Ibid., p. 412.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223.

¹⁴² Ibid., p. 224.

¹⁴³ “A ausência de expressa referência à ordem pública como fator de invalidação da sentença arbitral não impede que se retire de circulação decisão que ofenda a valores importantes da sociedade.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 416.

na escolha das regras de direito para o procedimento arbitral representada na condição de que “não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

No mesmo sentido, o art. 21, §2º, em consonância com os macrossistemas da Constituição¹⁴⁴ e do Código de Processo Civil¹⁴⁵ dispõe que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” Neste contexto, vale dizer, é errônea a dedução de que todos os princípios contidos no macrossistema serão aplicáveis à arbitragem. É a exceção que ocorre em parte, por exemplo, com o princípio do juiz natural, subscrito no art. 5º, incisos XXXVII¹⁴⁶ e LIII¹⁴⁷.¹⁴⁸ Acerca disso, Marinoni ensina que o afastamento do juiz natural decorre da própria natureza da arbitragem:

[...] É claro que alguns destes princípios poderão ser inaplicáveis diante de processos com determinadas características, como acontece com o princípio que consagra o direito ao juiz constitucionalmente competente (do juiz natural). A não observância do direito ao juiz constitucionalmente competente, na arbitragem, decorre da sua própria essência ou natureza, atrelada ao princípio da autonomia da vontade. Se as partes têm a faculdade de excluir o poder de decisão do juiz, não há razão para não poderem escolher os árbitros. Nesse caso, como é intuitivo, sequer há motivo para pensar em direito ao juiz constitucionalmente competente, já que a possibilidade de escolha dos árbitros é uma consequência lógica da faculdade de exclusão do poder de decidir do Judiciário [...].¹⁴⁹

Em decorrência da pretensão do legislador em conferir validade aos proferimentos arbitrais com proteção à ordem pública, foram elaboradas hipóteses taxativas¹⁵⁰ para

¹⁴⁴ CF, Art. 5º, LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁴⁵ CPC, Art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹⁴⁶ CF, Art. 5º, XXXVII: não haverá juízo ou tribunal de exceção.

¹⁴⁷ CF, Art. 5º, LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

¹⁴⁸ Sobre o caráter excepcional da aplicação do juiz natural na arbitragem, não há que se cogitar a sua inconstitucionalidade, uma vez que, como reflexo do macrossistema, e constante do art. 21, §2º da Lei de Arbitragem, o árbitro ainda detém a parcela do conceito atinente à qualidade da imparcialidade. Desta forma, não se estaria renunciando a uma garantia constitucional. Em precisa exposição, Nelson Nery Jr. ensina que: “Com a celebração do compromisso, as partes não estão renunciando ao direito de ação nem ao juiz natural. Apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder.” NERY JUNIOR, Nelson. O juiz natural no direito processual civil comunitário europeu. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 949-984, out. 2011, p. 956.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ação de Nulidade de Sentença Arbitral. **Soluções Práticas** - Marinoni, v. 2, p. 507-567, out. 2011, p. 512.

¹⁵⁰ “Os casos de nulidade da sentença arbitral – para utilizar a expressão endossa pela Lei – são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

regulamentar o cabimento da ação anulatória de sentença arbitral, as quais se encontram, como já visto, previstas nos incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Sem necessariamente obedecer à ordem sequencial dos incisos do art. 32, convém primeiro mencionar a redação do inciso VIII (o último deles), visto que reporta a toda exposição feita até agora, por considerar nula a sentença que desrespeite “os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.” A conclusão desta hipótese de nulidade é corolário lógico da conexão entre microsistema da arbitragem e macrosistema constitucional, como bem explica Figueira Jr.:

[...] Funda-se todo o regime jurídico da legislação arbitral na Constituição Federal, na exata medida em que os direitos e garantias fundamentais atinentes ao devido processo legal estão resguardados também na jurisdição privada, notadamente o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o livre convencimento motivado, segundo se infere do disposto no art. 21, §2º, da Lei 9.307/1996, sob pena de nulidade da sentença arbitral (art. 32, VIII) [...].¹⁵¹

Em seguida, retomando os ensinamentos do Capítulo 2 desta monografia, invoca-se o inciso IV do art. 32 em discussão, que prevê nulidade para a sentença arbitral que “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”. É o caso das sentenças *extra petita* e *ultra petita*, como bem explica Carmona:

[...] A nulidade da sentença *extra petita* e a nulidade da parte *ultra petita* do laudo está calcada no fato de que, se uma das partes propõe questão fuja dos limites da convenção de arbitragem, não nascer com tal demanda, o poder-dever do árbitro de julgar, e se o árbitro, por desatenção ou desídia, examina e decide a questão, provocará a nulidade (de todo o laudo ou de parte dele, como se viu) [...].¹⁵²

Nisto, se enquadraria a situação do árbitro que estende o âmbito da decisão para além dos direitos patrimoniais disponíveis, resolvendo questões de Estado, por exemplo. Diante destas circunstâncias, a Administração poderia pleitear a anulação de toda a sentença ou de parte dela (caso seja possível esta cisão, a depender da capitulação da parte dispositiva da sentença arbitral), no que dispuser sobre o que não poderia pertencer à competência da convenção arbitral. Esta dedução decorre do mecanismo das decisões *ultra* e *extra petita*, como bem explica Carmona:

[...] Naquelas (*ultra petita*), ultrapassando o árbitro o limite da convenção, não é difícil reconduzir a decisão aos limites quantitativos previamente fixados no pacto arbitral; nestas (*extra petita*), nem sempre é possível saber se a decisão tomada pelos árbitros diz respeito à causa que lhes foi submetida (e nestes casos extremos não há outra possibilidade senão a anulação do laudo). Mas se o laudo tiver capítulos diferentes, a partição da sentença pode dar ensejo à anulação parcial. Seria o caso de pensar num

¹⁵¹ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

¹⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 406.

laudo arbitral que, diante de pleito de anulação de contrato, tenha decidido a respeito e fixado indenização [...].¹⁵³

Em contrapartida, para a decisão incompleta, a Lei de Arbitragem prevê que o interessado poderá solicitar ao Poder Judiciário que determine ao árbitro “a prolação de sentença arbitral complementar”, conforme art. 33, §4º.¹⁵⁴

Quanto ao procedimento da ação anulatória, sua regulamentação encontra-se prevista no art. 33, e parágrafos, da Lei 9.307/96, estabelecendo o procedimento comum do Código de Processo Civil (atual art. 319) como forma de condução, além do prazo decadencial de 90 dias para a propositura da ação, contado a partir da data da notificação da decisão arbitral (parcial ou final) que se pretende combater, ou da decisão dos embargos previstos no art. 30.¹⁵⁵

Além disso, conforme dispõe o §3º do referido art. 33,¹⁵⁶ a alegação de nulidade também poderá ser oferecida no cumprimento de sentença, como tese de defesa do executado, com base no art. 525 do CPC.

Outrossim, é importante constar, caso o juiz estatal, após o devido trâmite da ação anulatória, declare a nulidade da sentença arbitral, poderá determinar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que profira novo julgamento, caso isto seja possível perante as hipóteses do art. 32.¹⁵⁷ O que juiz não poderá fazer é, a partir do exercício de jurisdição para anular a sentença arbitral, sub-rogar-se na posição do árbitro e decidir o mérito da causa. Neste caso, anulada a arbitragem, as partes terão a possibilidade de ingressar com novas ações perante o Poder Judiciário para buscar a proteção do seu direito.¹⁵⁸

¹⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 425.

¹⁵⁴ Art. 33, §4º: A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

¹⁵⁵ Art. 33, §1º: A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

¹⁵⁶ Art. 33, §3º: A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

¹⁵⁷ Esta é a redação do art. 33, §2º: A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. Neste cenário, o juiz não poderá determinar a prolação de nova sentença pelo árbitro ou tribunal arbitral se o(s) inciso(s) (do art. 32) invocados para destruir o laudo arbitral impedirem a própria higidez do procedimento, tais como: ser nula a convenção de arbitral (I); a sentença ter sido proferida por quem não poderia ser árbitro (II); ou ter sido maculada por conta de prevaricação, concussão ou omissão (VI). Nestas hipóteses, constatada a nulidade pelo juiz, não há sentido para que se determine o retorno da decisão à jurisdição privada, visto que o vício reside justamente nos julgadores, ou na própria concepção do processo arbitral. Sobre isto, CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 424.

¹⁵⁸ Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 424.

Por fim, e nada obstante, uma saída viável para que não se comece tudo a partir do zero novamente é a composição em juízo, com a homologação de acordo para a solução do litígio, situação bem descrita por Carlos Alberto Carmona:

[...] Poderá o juiz togado, deixando de lado a sentença arbitral sob ataque, tentar mais uma vez compor as partes, homologando acordo que dê diferente solução ao litígio? A resposta não pode deixar de ser afirmativa. Nada impede o magistrado de, fugindo aos termos da demanda, homologar acordo entre as partes que verse sobre matéria que não lhe foi submetida para julgamento. Por outro lado, sendo disponíveis os direitos (e em matéria de arbitragem sempre serão), nada impede os litigantes de, fazendo recíprocas concessões, encerrarem a contenda (contenda essa agora transposta para o âmbito do Poder Judiciário, ainda que apenas para a averiguação dos aspectos formais do laudo) [...].¹⁵⁹

Entendido o sistema de controle de nulidades realizado pelo Poder Judiciário, adianta-se, retornaremos ao tema no tópico 4.3 deste trabalho, quando analisarmos a competência do árbitro em relação a algum potencial vício da convenção arbitral. Porém, antes de mais nada, cumpre apresentar a discussão central do presente estudo, qual seja: a dinâmica da presença de cláusula compromissória arbitral e cláusula de eleição de foro num mesmo contrato.

¹⁵⁹Ibid., p. 425.

4 CLÁUSULAS FRACIONADAS

Já se mencionou, oportunamente, a existência de diretriz de cooperação de todas as partes envolvidas no processo estabelecido pelo CPC de 2015. Tal modelo coaduna-se com a reciprocidade entre arbitragem e Poder Judiciário no empenho de fornecer a mais eficiente prestação jurisdicional para a solução de conflitos.

Assim, a distribuição antecipada de competências para árbitros e juízes, num mesmo contrato, é uma forma de expressão da autonomia da vontade das partes com o escopo de obter a minimização de custos, maior especialidade para lidar com as matérias objeto do contrato, bem como favorecer a praticidade de acesso à justiça para a tutela de direitos.¹⁶⁰ Sobre essa liberdade de manuseio das disposições contratuais, o célebre jurista Caio Mário da Silva Pereira ensina que:

[...] a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes. De regra, estes lhe imprimem a modalidade peculiar ao seu negócio, e atribuem ao contrato redação própria, estipulando condições, fixando obrigações, determinando prestações etc.¹⁶¹

Em complemento, para contribuir para a ilustração do tema, Fichtner, Mannheimer e Monteiro também aduzem que:

[...] Inegavelmente, o aspecto da autonomia privada que possui maior repercussão prática diz respeito à possibilidade de definir o conteúdo do contrato. A autonomia privada, em outras palavras, dá suporte à chamada liberdade contratual, que representa a prerrogativa de as partes contratantes estabelecerem as cláusulas essenciais do contrato, isto é, o seu conteúdo, bem como de executá-lo da maneira como foi convencionado[...].¹⁶²

Assim, Lemes descreve que, especialmente em contratos complexos, é comum a prática de combinar cláusulas de mediação, *dispute boards*, arbitragem e também eleição de foro, com intuito de adaptar o sistema de solução de controvérsias aos interesses das partes e disposições legais específicas em busca da melhor economia contratual, o que recebe a

¹⁶⁰ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. V. III, p. 21.

¹⁶² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 204.

nomenclatura de sistema *tailor-made* ou, em português, sistema de solução de conflitos “sob medida”.¹⁶³

Em sequência, a autora descreve que, particularmente, a convenção que estabelece, num mesmo contrato, cláusula compromissória de arbitragem e eleição de foro para ajuizamento de demandas pode ser classificada como “Cláusula Fracionada”.¹⁶⁴ Segundo Lemes, este título deriva do conceito de *dépeçage*, *morcellement* ou fracionamento usado no direito internacional privado, no qual as partes fracionam o contrato no sentido de eleger leis diferentes, ou princípios gerais diferentes, para diferentes partes (matérias) do contrato submetido à arbitragem.¹⁶⁵

Na sequência, tomando emprestado o conceito acima, a autora defende a possibilidade de entendimento análogo a ser utilizado no “fracionamento” não necessariamente da lei, mas da forma de solucionar controvérsias. Isto é, diversamente do ocorre com o sistema *dépeçage* tradicional, que divide a apreciação das matérias contratuais pela incidência de diferentes leis, a cláusula fracionada de solução de litígios direciona a qual jurisdição (pública ou privada) será encaminhada à apreciação de determinada demanda exsurgida do contrato. Em ilustração do tema, assim descreve Lemes:

[...] Determinadas questões identificadas serão resolvidas por arbitragem; outras, também delimitadas, serão direcionadas ao foro judicial. É exatamente o que ocorre, por exemplo, com os contratos firmados no âmbito da Administração Pública em que as partes fracionam o contrato e esclarecem o que será submetido à arbitragem e o que é competência do Judiciário, inclusive por definir certas questões de direito indisponível (ex. contrato da Linha 4 do Metrô de São Paulo, cláusula 34.6) [...].¹⁶⁶

Por outro lado, vale constar, existe também a possibilidade de que estas cláusulas sejam denominadas de “cláusulas combinadas”, posto que *combinam* diferentes formas de resolução de conflitos.¹⁶⁷ Na prática, o raciocínio é o mesmo, sendo apenas uma escolha acadêmica de nomenclatura para sua definição.

¹⁶³ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro.** Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁴Ibid.

¹⁶⁵ “O despedaçamento do contrato, ou na nomenclatura francesa, o *morcellement* ou *dépeçage*, implica em admitir a incidência de mais de uma lei a um único contrato. Em outras palavras, em vez de uma única lei regular a relação jurídica como um todo, partes dela podem ser submetidas a outros direitos.” MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional.** Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 280, *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro.** Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁶ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro.** Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁷ FOUCHARD Philippe, GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. *Traité de l' Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, p. 288 *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro.** Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Seja uma ou outra a terminologia a ser adotada, o importante é a compreensão da dinâmica desta relação, visto que ela pode se desenvolver de forma harmoniosa, principalmente se houver delimitação clara e específica das atribuições de cada foro (arbitral ou judicial), mas também pode suscitar problemas interpretativos de competência caso a delimitação de atribuições seja confusa, vazia ou até mesmo ilegal.¹⁶⁸

É o que se pretende explorar no presente capítulo, com enfoque especial em contratos administrativos.

4.1 MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO DE COMPETÊNCIA: POSSIBILIDADES E LIMITES INERENTES A CADA UMA DAS JURISDIÇÕES

Diante de um contrato que apresente cláusula fracionada, à primeira vista, não é absurdo indagar-se sobre a coexistência harmônica de cláusula que elege foro determinando onde será dirimida controvérsia decorrente do contrato, ou seja, em referência a algum órgão (comarca) do Poder Judiciário, e também de cláusula compromissória que escolhe a arbitragem como meio de solução de litígios.¹⁶⁹ Seria isto um antagonismo característico de uma patologia contratual?

O conceito de cláusula arbitral patológica pode ser remetido à obra de Frédéric Eisemann, a qual indica que, na ausência de alguma das funções essenciais da cláusula, pode haver patologia em maior e menor grau.¹⁷⁰ De acordo com o autor, as funções essenciais são as seguintes: (I) atribuir jurisdição ao árbitro; (II) subtrair jurisdição da corte estatal; (III) proporcionar a instauração da arbitragem sem intervenção judicial e; (IV) vincular obrigatoriamente as partes.^{171, 172}

¹⁶⁸ Sobre isto, Adriana Noemi Pucci comenta que: “A dificuldade com essas cláusulas surge quando redigidas de forma inapropriada, pois provocam dúvidas quanto aos limites e às condições de utilização de cada método de controvérsias e foro de eleição”. PUCCI, Adriana Noemi. **Controle do Judiciário na arbitragem deve ser posterior**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/adriana-pucci-controle-judiciario-arbitragem-posterior#>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114.

¹⁷⁰ EISEMANN, Frédéric. La clause d'arbitrage pathologique. **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**, U.T.E.T. 1974, *apud* VALENÇA FILHO, Cláudio., 2017, p. 159.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² A referência a essa classificação também é encontrada em artigo de Benjamin G. Davis: “(1) The first, which is common to all agreements, is to produce mandatory consequences for the parties, (2) The second, is to exclude the intervention of state courts in the settlement of the disputes, at least before the issuance of the award, (3) The third, is to give powers to the arbitrators to resolve the disputes likely to arise between the parties, (4) The fourth, is to permit the putting in place of a procedure leading under the best conditions of efficiency and rapidity to the rendering of na award that is susceptible of judicial enforcement.” EISEMANN, Frédéric. La clause d'arbitrage

A seu turno, de acordo com Carlos Alberto Carmona, cláusulas arbitrais patológicas são cláusulas que apresentam redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, a exemplo de cláusulas arbitrais vazias, que indicam órgão arbitral inexistente, ou que apontem um mecanismo inoperante de indicação de árbitros.¹⁷³

Tendo isso em vista, afirma-se, com antecedência, que a coexistência entre cláusula compromissória e eleição de foro não apenas não consiste numa patologia, como, pelo contrário, pode representar um mecanismo eficaz para a solução desta, conforme será exposto.

Também em resposta à pergunta formulada, convém antepor comentários de Carmona com o fim de respondê-la: “Enganam-se, portanto, aqueles que veem alguma patologia por conta da inserção, num mesmo contrato, das duas cláusulas: a convivência de ambas é pacífica [...]”.¹⁷⁴ Em complemento, aduz: “As duas avenças têm áreas de abrangência diferentes, não sendo razoável imaginar que a presença de uma invalide a eficácia da outra”.¹⁷⁵

Sobre esta área de abrangência de cada jurisdição, impende primeiro concluir que a escolha do método arbitral para a solução de litígios reproduz a vontade das partes de que a decisão de mérito sobre direitos patrimoniais disponíveis seja proferida por meio da jurisdição privada. Neste sentido, Pucci adverte que:

[...] Se a intenção fosse resolver o pleito por meio do foro de eleição, as partes não precisariam incluir previsão de arbitragem em seu contrato. Desde que inserida no contrato a cláusula compromissória, entende-se que as partes manifestaram seu compromisso de resolver suas pendências por meio de arbitragem [...].¹⁷⁶

Porém, como fora descrito no subtópico 3.2.1, não é incomum a necessidade de que o Poder Judiciário seja acionado para apoiar institucionalmente a formação do tribunal arbitral diante de uma cláusula compromissória vazia.¹⁷⁷ Neste caso, a cláusula de eleição de foro refletirá a vontade das partes no sentido de que determinada comarca seja aquela competente para receber a demanda de instauração prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem.

pathologiquae. **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**, U.T.E.T. 1974, *apud* DAVIS, Benjamin G., 1991, p. 365-366.

¹⁷³CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112.

¹⁷⁴Ibid., p. 122-123.

¹⁷⁵Ibid., p. 122.

¹⁷⁶ PUCCI, Adriana Noemi. **Controle do Judiciário na arbitragem deve ser posterior**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/adriana-pucci-controle-judiciario-arbitragem-posterior#>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. *In: Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam*. LEMES, Selma F., CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

Seguindo este condão, também é possível inferir a competência do juízo eleito para julgar medidas de urgência anteriores à existência do processo arbitral, com fins de preservar o objeto útil do processo (natureza cautelar), ou promover a antecipação dos efeitos da sentença (natureza antecipatória). Após o procedimento em caráter antecedente, tendo sido composta a arbitragem, a decisão deverá ser encaminhada à cura do tribunal arbitral, podendo este rever a concessão (ou denegação) da tutela provisória proferida pela jurisdição estatal. Carmona, em trabalho específico direcionado ao tema, descreve bem esta situação:

[...] A conjugação das duas cláusulas leva à escolha da comarca para o pleito cautelar (ou de antecipação de tutela) formulado perante o juiz togado, quando o pedido de tutela de urgente for necessário e ainda não tiver sido instituída a arbitragem (cabendo aos árbitros, tão logo aceitem o encargo, deliberar pela manutenção, modificação ou cassação da medida de urgência concedida, provisoriamente, pelos juízes estatais. Não há, portanto, contradição alguma entre uma e outra cláusula: a avença de eleição de foro reporta-se naturalmente ao apoio eventual que deva ser prestado pelo Estado, por meio de seus juízes, para que a arbitragem conceda efetiva tutela jurisdicional [...].¹⁷⁸

Um ponto muito importante a ser sublinhado a respeito do protocolo de uma tutela de urgência em caráter antecedente perante o juízo estatal, num cenário em que exista cláusula compromissória de arbitragem, é que tal ação não implica, de modo algum, em uma tácita renúncia ao juízo arbitral.¹⁷⁹ Ressalta-se que o referido procedimento de tutela, vinculado à cláusula de eleição de foro, é um modo de satisfazer os princípios de acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, e não de escolher uma ou outra forma de condução do objeto principal da demanda.

Adiante, e diferentemente do que ocorre com as medidas pré-arbitrais aludidas (instauração do procedimento arbitral e tutela de urgência antecedente), importante anotar que a operação da cláusula de eleição de foro não se exprime da mesma maneira quando se trata de medidas de apoio *durante* o processo arbitral. É o caso típico da instrução probatória, e natural que o seja, uma vez que opera de modo análogo às medidas instrutórias de um juízo estatal, o qual eventualmente requisita a um juízo de outra localidade o apoio necessário por meio de carta precatória.

O que se quer fazer entender é que, nomeadamente, o árbitro é quem detém o poder de decidir sobre medidas instrutórias para o processo arbitral, em face do seu dever de

¹⁷⁸Ibid., p. 38.

¹⁷⁹Ibid., p. 39.

diligência.¹⁸⁰ Por assim ser, não estará vinculado à cláusula de eleição de foro quando entender, por exemplo, que a produção de determinada prova deva ocorrer em local diverso daquele eleito na prorrogação de competência voluntária. Nesta hipótese, *e.g.*, não faria sentido que um árbitro requisitasse a uma das Varas Cíveis da Comarca de Florianópolis que procedesse no apoio à condução coercitiva para a oitiva de uma testemunha que reside em Curitiba. Isto é, da mesma forma com que o juiz togado da capital catarinense requisitaria ao juízo paranaense a cooperação na produção da prova, por meio de carta precatória, o árbitro pode fazê-lo por meio da carta arbitral, ainda que o foro da Comarca de Florianópolis, na hipótese, tenha sido eleito no contrato para as medidas de apoio à arbitragem.¹⁸¹

O que se pode concluir do exposto é que, diante dessa perspectiva, a cláusula de eleição de foro vinculará as partes, mas não o árbitro. Esta conclusão deriva da lógica de que a prorrogação voluntária consiste em disposição contratual, ou seja, diz respeito aos contratantes, enquanto o árbitro encontra-se afeito ao seu papel jurisdicional derivado de outra cláusula (compromissória), e que por conta disso deverá determinar as diligências necessárias para promover a solução da lide, sem relação obrigatória com a eleição de foro.¹⁸²

Importante também visualizar que a extensão dos poderes do árbitro se limita ao momento *durante* o curso do processo arbitral, isto porque, tanto em fase *pré*-arbitral, como a instauração do procedimento ou o protocolo de tutela de urgência em caráter antecedente, quanto em fase *pós*-arbitral,¹⁸³ como é o caso da anulação ou execução da sentença arbitral, o árbitro não atua, seja porque ainda sequer existe composição de arbitragem, seja porque a sua função jurisdicional, ou seja, de dizer o direito (*juris dictio*), já foi concluída. Nestas situações *pré* e *pós* arbitral vigora, portanto, a escolha definida pela prorrogação voluntária.

¹⁸⁰CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. *In: Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam*. LEMES, Selma F., CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 41.

¹⁸¹ Nesta ilustração, o foro Comarca de Florianópolis seria competente, por exemplo, para receber demandas de instauração da arbitragem ou de tutela de urgência em caráter antecedente. Caso uma das partes protocolasse algum destes pedidos em Curitiba, a outra poderia alegar, em preliminar de contestação, a existência de eleição de foro (Florianópolis), devendo o juízo paranaense declinar sua competência e encaminhar o processo para a capital catarinense.

¹⁸² “Destas observações já é possível concluir que a eleição de foro vincula as partes para as providências judiciais que apoiam (não excluem!) a arbitragem, sejam aquelas que antecedem o juízo arbitral, sejam aquelas que lhe são subsequentes. Mas a mesma cláusula de eleição de foro não vincula os árbitros no que tange às eventuais providências que peça a órgão do Poder Judiciário para implementar suas decisões durante o processo arbitral [...]” CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. *In: Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam*. LEMES, Selma F., CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 42.

¹⁸³ “O árbitro não toma parte da fase pós-arbitral. Não lhe compete determinar a execução da sentença que proferiu, que se não for cumprida espontaneamente pelas partes, restará o auxílio do Judiciário para executá-la (art. 31).” LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 146.

Dito isso, soma-se ao mecanismo de interpretação contratual acerca das cláusulas fracionadas a noção de que, findo o processo arbitral, o pleito de anulação da sentença ou a promoção da execução deverá ser acionado na comarca competente especificada na cláusula de eleição de foro. Neste ponto, é clara a lição de Carmona:

[...] Eleito foro no contrato, de qualquer modo, o impasse não terá lugar, pois as partes terão escolhido de antemão o local onde proporão a demanda de execução da sentença arbitral. E o raciocínio serve também para a demanda de anulação da sentença arbitral (art. 33 da Lei de Arbitragem), eis que, eleito foro, se qualquer das partes entender ter ocorrido uma das hipóteses capituladas no art. 32 da Lei 9.307/96 proporá, no prazo legal de 90 (noventa) dias, a demanda anulatória perante algum órgão judiciário da comarca eleita no contrato [...].¹⁸⁴

Além disso, no que tange o cumprimento de sentença arbitral, o art. 516 do CPC, em especial no inciso III, define:

Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:
 I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;
 II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;
 III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

O que se pode observar deste dispositivo é a previsão, no parágrafo único, da opção de que o cumprimento de sentença arbitral seja proposto no juízo do domicílio do executado, no do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer. Esta assertiva perfaz o vínculo da cláusula de eleição de foro, este apoiado pelo inciso III?

A resposta é não. Como a cláusula de eleição de foro representa prorrogação voluntária de competência do juízo, logo, também define onde deverá ser proposto o respectivo cumprimento de sentença arbitral. Por conta do caráter opcional do disposto no parágrafo único do art. 516, não é razoável que se sobreponha à força vinculante da vontade das partes ao definir o juízo competente.

Questão semelhante fora enfrentada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.312.651/SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi. Neste

¹⁸⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. *In: Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam*. LEMES, Selma F., CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 41.

caso, as partes haviam eleito tanto o foro da comarca de São Paulo (SP) como o de Salvador (BA) no contrato, tendo o exequente ajuizado a ação em território paulista. O magistrado da 38ª Vara Central da Comarca de São Paulo reconheceu de ofício sua incompetência, tendo sido ratificado posteriormente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de Agravo de Instrumento, sob a tese de que, pelo fato de as partes não possuírem sede em São Paulo, além de que o executado teria domicílio em Salvador e, sobretudo, porque obrigação deveria ser cumprida em solo baiano, a solução adequada seria determinar a remessa do feito a esta jurisdição (Salvador). Isto posto, a Quarta Turma, de maneira acertada, reformou a decisão do TJSP sob o fundamento de que a vontade das partes fora de que o juízo paulista detivesse competência para o ajuizamento daquela ação, independentemente de razões de cumprimento de obrigação, de sede da empresa, de domicílio do devedor, valorizando a higidez da cláusula de eleição de foro.¹⁸⁵

A título de curiosidade, vale dizer, além de ter abordado a questão da competência, no mesmo julgado o Ministro Relator Marco Buzzi também empregou argumentos sobre a equiparação entre a sentença judicial e a sentença arbitral e a falta de poder de *imperium* dos árbitros.¹⁸⁶

Ainda sobre jurisprudência do STJ, impende acrescentar, tem-se que a Corte da Cidadania corrobora não apenas com a interpretação dada às cláusulas fracionadas no que tange à execução, mas também com outros elementos interpretativos apresentados neste capítulo. A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 904.813/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em um caso envolvendo a Compagas (Companhia Paranaense de Gás), empresa de economia mista, ou seja, vinculada ao poder público, referendou a tese sobre a harmonia das

¹⁸⁵ STJ. **Recurso Especial n.º 1.312.651/SP**. 2012/0046639-0. Relator Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 18.02.2014.

¹⁸⁶ É o que se extrai do corpo da ementa: “2. A utilização do procedimento da arbitragem não constitui desprestígio ao poder estatal de resolução de controvérsias; tal método desenvolveu-se em razão da equiparação da sentença arbitral à sentença proferida por membro do Poder Judiciário, o que lhe conferiu a qualidade de título executivo judicial, bem como em virtude dos benefícios do procedimento, dentre os quais a agilidade na resolução dos conflitos, a proximidade e maior participação das partes, com a liberdade de escolha de quem julgará a controvérsia, quais regras utilizadas (regras de Direito ou livre entendimento do julgador), o idioma, o local da arbitragem e demais ajustes constantes no termo de compromisso arbitral firmado pelas partes. 2.1 No ordenamento jurídico pátrio, o árbitro não foi contemplado com o poder de império, de coerção, capaz de determinar a execução de suas sentenças, motivo pelo qual, não adimplida voluntariamente a obrigação, deve o credor recorrer ao Poder Judiciário, requerendo o cumprimento da sentença arbitral, cujo processamento dar-se-á no juízo cível competente, nos moldes do art. 475-P, inc. III, do CPC.” STJ. **Recurso Especial n.º 1.312.651/SP**. 2012/0046639-0. Relator Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 18.02.2014.

cláusulas fracionadas,¹⁸⁷ assim como afirmou que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público”. É o que se pode depreender da leitura da própria ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

[...]

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência: execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.¹⁸⁸(Grifo nosso).

Nessa mesma linha, a conclusão doutrinária, a que se toma liberdade de citar em sequência para demonstrar sua vibração uníssona, não poderia ser outra senão:

[...] Ambos os tipos de cláusulas são perfeitamente possíveis. Afinal, os métodos alternativos de solução de conflitos decorrem da autonomia da vontade das partes e pode ser que estas considerem ser conveniente prever outros métodos, anteriores à arbitragem, para resolver disputas, notadamente, a negociação ou a mediação, ou, prevejam a eleição de foro, para impetrar medidas cautelares antes de constituído o Tribunal Arbitral ou para proceder à execução da sentença arbitral [...].¹⁸⁹

É o que também aduz Selma Lemes:

[...] Conclui-se, portanto, ser perfeitamente possível conciliar cláusulas compromissórias com cláusulas de eleição de foro, denominadas de cláusulas

¹⁸⁷ STJ. **Recurso Especial n.º 904.813/PR**. 2006/0038111-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 20.10.2011. *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁸⁸ STJ. **Recurso Especial n.º 904.813/PR**. 2006/0038111-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 20.10.2011.

¹⁸⁹PUCCI, Adriana Noemi. **Controle do Judiciário na arbitragem deve ser posterior**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/adriana-pucci-controle-judiciario-arbitragem-posterior#>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

combinadas ou cláusulas fracionadas. Recomenda-se que a redação dessas cláusulas seja clara e harmônica para evitar que se instaure um contencioso parasita quando surgido o conflito [...].¹⁹⁰

Por sua vez, o ex-Ministro do STF, Eros Roberto Grau:

[...] Tenho como evidente, no caso, a circunstância de a cláusula de eleição de foro dirigir-se a situações que não possam sujeitar-se à arbitragem. De outro lado, a cláusula de foro fixa a competência para a i) execução do julgado arbitral, ii) ação de nulidade da arbitragem ou iii) formulação dos pedidos a que se refere o art. 22, §§ 2.º e 4.º, da Lei 9.307, de 1996. Para logo se vê, destarte, que, longe de consubstanciar incompatibilidade, essas cláusulas se complementam e têm por objetivo conferir o maior grau de efetividade possível ao sistema de resolução de conflitos que surgirem a respeito do contrato celebrado [...].¹⁹¹

Feitas estas considerações, resta claro que, no plano jurídico, não há qualquer patologia na coexistência entre cláusula compromissória arbitral e cláusula de eleição de foro. Ambas as disposições consistem em fruto da autonomia das partes na busca pela economia contratual e pela melhor forma de resolver conflitos.

4.1.1 Análise do tema sob enfoque dos contratos administrativos

Entendido o mecanismo de interpretação de distribuição de competência das cláusulas fracionadas, impende agora esmiuçar a suposta diferença da aplicação desta dinâmica nos contratos administrativos.

“Suposta” porque a análise sob enfoque administrativo não possui tantas divergências quanto se possa pensar. A bem da verdade, como fora tratado sob diversos prismas no Capítulo 2 desta monografia, a Administração é legitimada por lei a participar da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), restando apenas identificar quais são as matérias pertencentes ao conjunto de direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva) quando se trata da esfera administrativa.

Assim, em primeiro lugar, oportuno trazer da obra de Eros Grau a noção de que “não existe um regime jurídico próprio aos chamados *contratos administrativos*”.¹⁹² Com isso, o autor quer dizer que o conceito de “contrato administrativo” não diz respeito a um conjunto de

¹⁹⁰ LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁹¹ GRAU, Eros Roberto. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 4/2014, p. 811-826, set. 2014, p. 818.

¹⁹² GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, Março/2002, p. 141 – 148. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72370/40935>>. Acesso em: 19 de abril de 2021, p. 142.

normas jurídicas diverso: o regime jurídico continua sendo aquele que norteia todos os contratos. O que caracteriza um contrato como sendo administrativo se refere a algumas particularidades, como a dos poderes que a Administração desfruta no contrato por força de lei, a exemplo das cláusulas exorbitantes de alteração unilateral da relação.¹⁹³

Neste cenário, não se olvida que parte da doutrina classifica os contratos administrativos como de regime próprio por serem regidos pelo direito público, e apenas supletivamente pelo direito privado.¹⁹⁴ Porém, ainda que se admita essa diferença, estes contratos não deixam de ser idênticos aos contratos em geral regulados na área cível.¹⁹⁵ Há entre ambos (público e privado) um ponto comum de convergência, como se pode depreender dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

[...] Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais [...].¹⁹⁶

Ademais, apenas aprimorando o conceito, o referido doutrinador descreve o contrato administrativo como sendo “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.¹⁹⁷

Desta forma, conclui-se que a relação jurídica, ainda que misture elementos de direito público e privado, não deixa de ser contratual, e neste sentido reproduz-se citação de Garcia de Enterría por Eros Grau para definir que: “contrato administrativo e contrato privado não podem

¹⁹³ “Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado *dirigismo contratual* o caráter dos contratos.” Ibid. p. 143 – 144.

¹⁹⁴ Neste sentido, Bandeira de Mello aduz: “Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressalvados os aspectos suprarreferidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 633.

¹⁹⁵ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 147.

¹⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 238.

¹⁹⁷Ibid., p. 239.

ser considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas; qualquer contrato pode refletir elementos de Direito Administrativo e Direito Privado”.¹⁹⁸

Visto isso, o mecanismo de interpretação de competência das cláusulas fracionadas, basicamente, será o mesmo que se aplica aos contratos privados, ressalvadas as características pertinentes, portanto, à categoria em debate. Mas há de se atentar, especialmente em se tratando de contratos administrativos, à questão dos direitos patrimoniais disponíveis, que dizem respeito não à competência procedimental de uma cláusula compromissória para a solução da lide, mas à própria competência do árbitro em termos materiais.

Por certo, é tangível, sem maiores complicações, a compreensão da incapacidade do árbitro de decidir sobre a validade das cláusulas típicas (como as exorbitantes) de que goza a Administração Pública, uma vez que a própria lei determina sua existência, ou seja, não se trata de matéria sequer disponível. Nada impede, porém, que o árbitro aprecie demanda oriunda de uma consequência patrimonial dessa cláusula, como um pleito indenizatório ou de reequilíbrio financeiro do contrato.¹⁹⁹

Sobre estes desdobramentos de cunho econômico, Selma Lemes leciona que:

[...] No campo do regime econômico dos contratos administrativos, as relações entre a Administração Pública e os particulares são pautadas pelas regras do Direito Privado, fundadas na justiça e na equidade. Não há nesta área contratual espaço para a atuação da Administração Pública como “*poder*”, mas como simples “*contratanteprivada*”. É em torno desta órbita que gravita a competência do árbitro que, atentando às disposições contratuais, às regras legais, pode decidir sobre questões referentes à interpretação do contrato durante sua execução e após, em fase de apuração de haveres decorrentes da rescisão contratual [...].²⁰⁰

O problema reside, contudo, na aferição de toda a extensão do conceito de direitos patrimoniais disponíveis em relação aos quais a Administração Pública poderá se utilizar da arbitragem. Sobre isto, Oliveira e Estefam apontam que convenções de arbitragem são consideradas insuficientes quando preveem, genericamente, que “cabe ao juízo arbitral julgar conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis”.²⁰¹ Nesta linha, os autores complementam que:

[...] uma coisa é a permissão concedida pelas leis para que uma disputa seja resolvida mediante a arbitragem (arbitrabilidade) e outra coisa é o escopo da convenção de

¹⁹⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 4ª Ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 639. *apud* GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, Março/2002, p. 141 – 148. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72370/40935>>. Acesso em: 19 de abril de 2021, p. 145.

¹⁹⁹ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 147.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 140.

arbitragem que consiste nas matérias arbitráveis que constam em uma convenção de arbitragem [...].²⁰²

É o que ocorre, sobretudo, com as leis editadas pré-Reforma da Lei de Arbitragem, a exemplo daquelas citadas no Tópico 2.1 deste trabalho (e.g. Lei das concessões de serviços públicos, Lei da política energética nacional, Lei das PPP's, entre outras), que não indicavam o que seriam os assim denominados “direitos patrimoniais disponíveis”.

Neste contexto, e como já explorado, a doutrina se empenhou em atribuir significados ao tema. Para tanto, valeu-se da divisão do conceito de interesse público em primário e secundário, tornando inteligível que matérias como atraso em obras públicas (total ou parcial), falta de pagamento, responsabilidade civil por danos e a respectiva indenização, reequilíbrio econômico-financeiro, interpretação sobre cumprimento da obrigação pactuada, entre outros tantos assuntos que digam respeito a adimplemento contratual e repercussões financeiras, podem ser classificados como de interesse secundário, e portanto passíveis de serem submetidos à arbitragem.²⁰³ Nestes casos, é de se afirmar que tais demandas pertencerão à competência material da cláusula compromissória.²⁰⁴

Por outro lado, fato é que tanto não será possível que a Administração disponha de matéria de interesse público primário, quanto o árbitro não será competente para decidir havendo esta limitação. Por derradeiro, matérias que envolvam estas questões primárias, de ordem pública, ou que digam respeito ao poder de *imperium* do Judiciário, recairão sobre a competência da cláusula de eleição de foro.²⁰⁵

Válido acrescentar, atualmente, observa-se que a evolução legislativa acompanhou a construção doutrinária, tendo algumas novas leis sido redigidas já com a definição do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis suscetíveis de compor o objeto da arbitragem. Isto é constatável, num primeiro exemplo, através da leitura do art. 31, § 4º, da Lei 13.448/2017

²⁰²Ibid., p. 140.

²⁰³ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 149.

²⁰⁴ Ibid., p. 149.

²⁰⁵ Em referência à obra de Jean Baptiste Racine, Selma Lemes afirma que “retornando ao enfoque do direito público verificamos que é nesta visão de ausência de *imperium* do árbitro, que as questões de direito administrativo, em determinadas situações são, por princípio, insuscetíveis de serem solucionadas por árbitros.” RACINE, Jean Baptiste. **L’Arbitrage Commercial International et L’Ordre Public**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, Paris, 1999, p. 95, *apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos** - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?. Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

(esta que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei de Programa de Parcerias de Investimentos PPI – Lei 13.334/16):

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[...]

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
- III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Outrossim, o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 10.025/19, o qual trata sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário:

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
- III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Além disso, a recém-publicada “Nova Lei de Licitações” (Lei 14.133 de abril de 2021), que em seu art. 151, parágrafo único, define:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Este tipo de redação de lei colabora, e muito, para evitar eventuais conflitos interpretativos sobre qual tipo de litígio efetivamente poderia integrar o escopo de uma cláusula compromissória.²⁰⁶

²⁰⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 141.

4.2 REDAÇÃO DA CLÁUSULA COMO MÉTODO DE PREVENÇÃO DE DISSENSOS

Já se expôs, neste capítulo (ver tópico 4.1), o que são cláusulas patológicas, bem como que a mera coexistência de cláusula compromissória com cláusula de eleição de foro não representa incongruência, visto que possuem áreas de atuação diferentes. Porém, o descuido no preparo da cláusula, de forma a resultar em uma redação insuficiente ou contraditória – ou até mesmo inválida – pode constituir uma patologia.

Neste contexto, Oliveira e Estefam advertem que “no cenário da arbitragem, o grande perigo de um não planejamento ou de descuidos do administrador é uma redação inválida”.²⁰⁷ Com isso, os autores querem dizer que há de se ter um cuidado especial na redação da cláusula, a fim de que não se dê margem para qualquer vício que possa macular a instauração, ou até mesmo o resultado da arbitragem.²⁰⁸

Giovanni Ettore Nanni, ao discorrer sobre os cuidados necessários para a elaboração de cláusulas arbitrais, sublinha que, num cenário em que já exista uma controvérsia, ou seja, quando se está na iminência da instauração de uma arbitragem, as partes, salvo rara exceção, não se encontram mais em harmonia, de modo que “qualquer empecilho para a instauração da arbitragem pode ser usado por uma das partes para barganhar uma posição jurídica de negociação ou para procrastinar o início do procedimento em si”.²⁰⁹

Seria ingênuo de nossa parte se, ao defender, no plano jurídico, a harmonia entre cláusulas fracionadas, assim como a possibilidade cognitiva de apurar direitos patrimoniais disponíveis, ignorássemos que, na prática, os agentes podem levantar quaisquer mínimos obstáculos para se colocar em uma posição de ataque ou defesa perante a arbitragem, ou até mesmo de retardar o seu andamento.

O ideal, sem dúvidas, é que se redija um dispositivo sem margem para qualquer hesitação, buscando sua completude. Nesta linha, Nanni descreve que uma cláusula compromissória completa “contém todos os elementos identificadores da arbitragem a ser instituída, pelo que é dispensável o uso do Poder Judiciário caso a outra parte se recuse a iniciar o procedimento”.²¹⁰

²⁰⁷ Ibid., p. 90.

²⁰⁸ Ibid., p. 90.

²⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²¹⁰ Ibid.

Ao mesmo tempo, o autor também alerta que, por outro lado, uma cláusula compromissória “muito minuciosa, com excessivo regramento do procedimento e inclusão de requisitos de difícil concretização, também é problemática”.²¹¹ Além disso, afirma que uma cláusula pode ser bastante sólida, sobretudo, com a previsão de elementos essenciais à arbitragem, e que, ademais, a escolha por uma arbitragem institucional, em especial com a indicação de um centro de arbitragem de reconhecida reputação, é mais interessante do que uma cláusula excessivamente meticulosa: “a criatividade desmedida não encontra espaço nesse ponto”.²¹²

Assim sendo, de acordo com Oliveira e Estefam, uma cláusula compromissória bem estruturada num contrato administrativo deve obedecer aos seguintes parâmetros: I) esclarecer a forma de instituição da arbitragem, com a adoção preferencial de arbitragem institucional, uma vez que esta se coaduna mais à realidade da Administração Pública; II) aplicar o direito brasileiro, por força da indisponibilidade normativa e do princípio da legalidade; III) a sede da arbitragem ser a sede da Administração, (os autores citam como referência o art. 55, § 2º, da antiga Lei de Licitações: Lei 8.666/93,²¹³ além do art. 11, III, da Lei das PPP’s: Lei 11.079/94, e art. 23-A da Lei das Concessões Comuns: Lei 8.987/95); IV) o idioma da arbitragem deve ser o português, decorrente do princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF/88); V) o critério de julgamento escolhido ser o de direito, porquanto vedado o julgamento por equidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública, conforme art. 2º, § 3º da Lei 9.307/96; VI) obediência ao princípio da publicidade, naturalmente também os arts. 37 da CF/88 e 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem e; VII) observância aos prazos fixados no art. 8º do Decreto Federal n. 10.025/10.²¹⁴

Sobre a definição da matéria arbitrável, assim como as leis podem indicar a aceção de direitos patrimoniais disponíveis, as partes também podem redigir no contrato o significado que querem atribuir ao conceito (obviamente dentro da zona da própria conotação do termo), conforme pode se observar da lição de Alexandre Santos de Aragão:

[...] Assim, o legislador ao positivizar um conceito jurídico indeterminado a ser aplicado pela Administração – como o faz a Lei de Arbitragem em relação aos “direitos disponíveis” –, implicitamente lhe confere um poder, de índole discricionária, para reduzir as possibilidades interpretativas franqueadas pela Lei. Essa prerrogativa de densificação das categorias legais pode ser exercida de forma vertical e abstrata, por

²¹¹NANNI, Giovanni Ettore. **Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²¹² Ibid.

²¹³ Este artigo foi substituído quase que *ipsis litteris* pelo artigo 92, § 1º, da Lei 14.133/21 (Nova lei de licitações).

²¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 92,93.

meio de um decreto regulamentar, ou de forma horizontal (negocial) e específica, por meio de um contrato, que produzirá efeitos apenas interpartes [...].²¹⁵

Vale dizer, o autor atribui a esta delimitação de possibilidades de sentido para o escopo contratual o nome de “densificação”, defendendo que, em sede negocial, as partes possam “decompor” alguns dos litígios arbitráveis.²¹⁶ A nosso ver, na ausência de critérios legais predefinidos, é interessante que se busque estabelecer, na redação da cláusula compromissória, algumas hipóteses exemplificativas de cabimento (ou não) da arbitragem em questão de matéria (arbitrabilidade objetiva). Desta forma, em não sendo taxativa, não se restringiria o escopo da arbitragem aos litígios elencados, uma vez que, em sede negocial, é provável que as partes não consigam apurar ou sequer imaginar todos os tipos possíveis de conflitos de cunho patrimonial disponíveis que possam surgir. De outra mão, a exemplificação facilita o trabalho do intérprete na medida em que já prevê, de antemão, determinadas hipóteses que se encaixam no escopo visado, sem necessidade, portanto, de alongar discussões sobre a conformidade da matéria.

Tal postura, ao mesmo tempo em que evita uma minuciosidade preciosista em antecipar taxativamente todos os conflitos, daria uma maior completude de conteúdo à cláusula compromissória. Outrossim, nestes casos, é sempre recomendável o assessoramento de um jurista especialista na área e com experiência na prática arbitral, de forma a conduzir a redação do contrato da melhor forma possível, pois como afirma Giovanni Ettore Nanni: “não existe uma fórmula correta para preparo da cláusula, porém o que se recomenda é a sua elaboração e/ou revisão por alguém que detenha vivência prática em disputas arbitrais, de tal sorte que possa antecipar eventuais contratemplos ou falhas na sua implementação”.²¹⁷

Sem que isso implique em contradição com a conclusão de que as cláusulas fracionadas são fundamentalmente harmônicas, tem-se que o devido zelo na elaboração de uma cláusula, seja ela qual for, é algo que conduz o dispositivo ao seu melhor resultado prático, prevenindo vícios e dissensos.

²¹⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 54, p. 25-63, jul./set. 2017, p. 40.

²¹⁶“As partes, em sede negocial, valendo-se da função densificadora dos contratos, também podem definir o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis”, ou decompor, a partir de tal categoria legal, alguns dos litígios que consideram integrá-la, desde que não penetrem, ressalva-se uma vez mais, a zona de certeza negativa do referido conceito.”Ibid., p. 41.

²¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

4.3 COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E CONTROLE PÓS-ARBITRAL: QUEM DEVE DECIDIR?

Admitindo-se na prática a existência de eventuais litígios que tenham como objeto a própria redação, interpretação, existência ou validade das cláusulas, cumpre esclarecer qual das jurisdições (pública ou privada) deterá a competência para decidir sobre o tema. Nesta esteira, convém separar a linha processual entre as fases *pré* e *pós*-arbitral.

Em momento anterior ao processo arbitral, na hipótese de que uma das partes se mostre resistente à instauração do procedimento, já se discutiu, neste trabalho, o cabimento da propositura da medida prevista no art. 7º da Lei 9.307/96 (conferir subtópico 3.2.1). Diante desta situação, caso o demandado suscite, contra a arbitragem, a tese de inexistência, ineficácia ou invalidade da cláusula compromissória (ou do compromisso arbitral),²¹⁸ ou que determinado objeto não integra o escopo da convenção, poderá o juiz, nesse momento, decidir sobre a questão?

A resposta é, em regra, não. Isto porque, no microssistema arbitral, constata-se a presença do princípio competência-competência, consubstanciado, no direito brasileiro, no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem: “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.”

De origem alemã (*Kompetenz-Kompetenz*), o princípio fora concebido para estabelecer que cada juiz detém competência para decidir sobre sua própria competência, por isso recebe a alcunha *competência-competência*, descritiva de seu próprio mecanismo.²¹⁹ Traduzido para a arbitragem, o princípio assegura que o árbitro poderá decidir, em precedência temporal ao juiz, tanto sobre sua competência quanto a extensão de seus poderes:²²⁰ “seja, pois, qual for a matéria controversa, inclusive a inexistência, a invalidade e a ineficácia do contrato ou da cláusula compromissória, é do árbitro a primeira oportunidade de se pronunciar sobre o tema. É do árbitro o benefício da dúvida”.²²¹

²¹⁸ Sobre isso, Carlos Alberto Carmona aponta: “Note-se: o parágrafo único do art. 8º, situado estrategicamente ao término dos dispositivos que tratam da cláusula arbitral e antes do dispositivos que tratarão do compromisso, traz norma que interessa a ambos (cláusula e compromisso).” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

²¹⁹ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 115 *apud* FONSECA, Rodrigo Garcia da., 2006, p. 278.

²²⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9/2006, p. 277-303, abr./jun. 2006, p. 282.

²²¹ MARTINS, Pedro Batista. Poder Judiciário. Princípio da autonomia da cláusula compromissória. Princípio da competência-competência. Convenção de Nova Iorque. Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória.

O princípio competência-competência correlaciona-se com outros dois princípios: o da autonomia da cláusula compromissória e dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem. O primeiro deles, corresponde ao caput do art. 8º da Lei 9.307/96: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.²²² Por sua vez, o segundo conecta-se com o parágrafo único do art. 8º já explorado, e assegura que, em caso de conflito, o poder Judiciário declinará sua competência (efeito negativo), e determinará a instituição da arbitragem para que o árbitro decida em primeira análise (efeito positivo).²²³ Sobre a dinâmica do dispositivo em questão, é contundente a lição de Carlos Alberto Carmona:

[...] Significa dizer que o dispositivo legal comentado trata de duas questões distintas, o *caput* disciplinando a autonomia da cláusula e o parágrafo estabelecendo o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da Arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio do compromisso arbitral) [...].²²⁴

O Superior Tribunal de Justiça tem sido contumaz em reafirmar a força do princípio, a exemplo do REsp 1.614.070/SP, julgado pela Terceira Turma, de relatoria da Ministra Andriahi, em que se defendeu a precedência temporal ao procedimento arbitral, ao mesmo tempo em que se garantiu que “todos os incidentes procedimentais da arbitragem devem ser resolvidos pelo próprio Tribunal Arbitral – e somente por ele – sendo a intervenção do Poder Judiciário indesejável e incabível, enquanto não prolatada definitivamente a sentença arbitral”.^{225, 226}

Determinação da lei aplicável ao conflito. Julgamento pelo Tribunal Arbitral. Parecer. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 2. n. 7. out.-dez. 2005, p. 177. *apud* FONSECA, Rodrigo Garcia da., 2006, p. 280.

²²² “Ser autônoma significa que a cláusula compromissória consubstancia instrumento contratual independente do contrato que tratar do negócio principal, no qual ela poderá estar eventualmente inserida. Apesar de relacionado com o contrato principal, a cláusula compromissória é tida como contrato à parte, com objeto específico, podendo ser inclusive sujeita a lei diferente.” ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese (Doutorado em Processo Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 51.

²²³ FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9/2006, p. 277-303, abr./jun. 2006, p. 280,281.

²²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

²²⁵ STJ. **Recurso Especial n.º 1.614.070/SP**. 2012/0046639-0. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Data do Julgamento: 26.06.2018.

²²⁶ A coletânea jurisprudencial é extensa, cita-se como complemento o julgamento do REsp n. 976.218/SP, de relatoria do Min. Moura Ribeiro, do Agravo Regimental em REsp. n. 425.955/MG, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, e da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira n. 12.781, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha.

De outro lado, vale constatar que existe uma exceção ao mecanismo do princípio competência-competência: o juiz poderá decidir sobre a questão caso a invalidade, inexistência ou ineficácia for gritante, reconhecível *prima facie*, a exemplo da convenção ter sido firmada por pessoa menor de idade ou interditada, houver falsificação grosseira no instrumento escrito, ser o objeto da arbitragem flagrantemente não arbitrável, dentre outras situações que não comportem qualquer tipo de hesitação.²²⁷

Feitos estes apontamentos, avançando no tema, rememora-se que o art. 25 da Lei 9.307/96 previa a suspensão do processo arbitral caso sobreviesse, no curso da arbitragem, controvérsia acerca de direitos indisponíveis, devendo o árbitro (ou tribunal arbitral) remeter as partes ao Poder Judiciário para solução da questão. O referido dispositivo fora revogado pela Reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/15) por conta da margem para litigiosidade que acabava por afetar o curso do procedimento,²²⁸ além de que, segundo Selma Lemes: “essa previsão revelou-se imprópria e inútil, na medida em que poderia ser tratada de forma diferente a questão do direito indisponível e a previsão ocasionava insegurança desnecessária”.²²⁹

Desta forma, recai à competência do Poder Judiciário a análise da questão em sede de controle *pós*-arbitral, por meio da ação de nulidade prevista no art. 33 da Lei 9.307/96, examinada no tópico 3.3 desta pesquisa. Sobre o controle posterior realizado pelo Poder Judiciário e a sua relação junto aos princípios que norteiam a arbitragem, Adriana Noemi Pucci afirma que:

[...] O controle do Poder Judiciário é necessário. Todavia, cabe indagar em que momento deve ser exercido. O direito comparado majoritariamente admite o controle do Judiciário no fim do processo arbitral. O controle posterior do Judiciário reconhece o princípio da autonomia da vontade das partes, segundo o qual, se estas decidiram livremente submeter determinada disputa à resolução por meio de árbitros não pode

²²⁷ FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9/2006, p. 277-303, abr./jun. 2006, p. 282 – 283.

²²⁸ É o que se pode depreender do Adendo ao Relatório do Senador Vital do Rêgo ao PLS 406/2013. Na oportunidade, fez-se constar os seguintes dizeres: “Quanto ao art. 25, observamos que as medidas de que trata esse dispositivo podem ser utilizadas de má-fé, principalmente pelas partes que buscam nelas uma forma de tangenciar o processo arbitral, procrastinando seu andamento, a partir da “criação” de questões de direito indisponível. A sua supressão é uma forma de se prestigiar ainda mais a arbitragem, evitando com isso paralisações e ingerências judiciais indevidas. A exclusão do artigo não tem a intenção de dar ao árbitro competência para resolver questões de direitos indisponíveis. Isto é vedado pelo próprio art. 1º da Lei. Se o árbitro entender que a discussão envolve direito indisponível, ele deverá suspender ou mesmo extinguir a arbitragem.” SENADO. **Adendo ao Parecer ao Projeto de Lei 406/2013 do Senado**. Brasília. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412856&disposition=inline#:~:text=a.,a, p. 3>>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

²²⁹ LEMES, Selma Ferreira. **A carta arbitral e a arbitragem na Lei das S.A.** Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%203%20-%20A%20carta%20arbitral%20e%20a%20arbitragem%20na%20Lei%20das%20S.A.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

uma delas, depois de surgido o conflito, porque não lhe interessa ou convém, acudir ao Judiciário para impedir o normal curso da arbitragem [...].²³⁰

Isto posto, a lógica do sistema designa que, em um primeiro momento, caso surjam dúvidas ou impugnações acerca da convenção arbitral, o árbitro deverá ser o primeiro a se manifestar a respeito da questão, cabendo ao Poder Judiciário, caso tenha recebido a demanda antecipadamente, declinar a sua competência e remeter as partes à arbitragem (à exceção dos casos de nulidade flagrante). A cláusula de eleição de foro, por sua vez, indicará o juízo competente para apreciar eventual ação de nulidade da sentença arbitral, podendo rever as questões atinentes às alegações de nulidade e indisponibilidade da matéria submetida a decisão. O Poder Judiciário, no entanto, não poderá reformular o mérito da decisão, e inclusive deverá manter íntegras as partes da sentença arbitral passíveis de serem destacadas daquela maculada pelo vício (rever tópico 3.3).

²³⁰PUCCI, Adriana Noemi. **Controle do Judiciário na arbitragem deve ser posterior**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/adriana-pucci-controle-judiciario-arbitragem-posterior#>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se procurou demonstrar ao longo deste estudo, as cláusulas fracionadas representam importante mecanismo de adaptação do sistema de resolução de litígios, além de refletir o cuidado das partes em relação à economia contratual, em especial quando se tratam de contratos complexos como, muitas vezes, os contratos administrativos podem se exprimir.

Vimos que a simples coexistência entre cláusula compromissória de arbitragem e cláusula de eleição de foro não reflete qualquer incompatibilidade jurídica, dado que possuem áreas de abrangência diferentes.

Como fundamento, utilizamo-nos da compreensão da natureza jurisdicional da arbitragem e da ausência de *imperium* na função do árbitro, no sentido de que este detém competência para dizer o direito relacionado à cláusula compromissória, mas que necessitará do apoio institucional do Poder Judiciário quando sobrevier alguma questão que requeira medida coercitiva com o uso da força estatal.

Em termos mais pragmáticos, exploramos mais a fundo a dinâmica da competência dos juízes no cenário das cláusulas fracionadas, do que se pode elencar, em fase pré-arbitral, a ação para instauração da arbitragem (art. 7º da Lei 9.307/96) e o procedimento de tutela em caráter antecedente para proteção de lesão ou ameaça a direito. Sobre este último tema, vale relembrar que o protocolo do pedido de tutela antecedente não implica em renúncia ao juízo arbitral, e que a tutela concedida pelo juiz não tem o condão de se estabilizar tal qual ocorre com as medidas de competência originária do Poder Judiciário. Nos casos em que exista convenção arbitral, a decisão do juiz será subsequentemente encaminhada ao árbitro, que poderá mantê-la ou modificá-la.

Também vimos que, durante o procedimento arbitral, a questão da instrução probatória não será restringida pela vinculação territorial da cláusula de eleição de foro, uma vez que o árbitro não está adstrito a esta disposição contratual, além do fato de que possui o dever de diligência no sentido de promover as medidas essenciais para o curso do processo.

Outrossim, em sede pós-arbitral, a vontade das partes disposta na prorrogação voluntária determina o juízo competente para apreciação de eventual execução da sentença arbitral ou a ação anulatória da respectiva decisão.

Sobre a conjuntura da cláusula compromissória arbitral, analisamos que a Reforma da Lei da Arbitragem suprimiu discussões que há muito tempo se estendiam acerca da arbitrabilidade subjetiva dos entes públicos, mas que por outro lado deixou ainda em aberto o

significado prático de “direitos patrimoniais disponíveis”. Nesse sentido, a doutrina arbitralista tratou de socorrer-se de ensinamentos da disciplina de Direito Administrativo, como o conceito Interesse Público, para enaltecer a separação entre Interesse Público Primário e Secundário, fundamentando a disponibilidade deste para que integrasse o objeto das convenções arbitrais. Também se observou que, nos últimos tempos, algumas leis esparsas que possuem dispositivos acerca de arbitragem e Administração Pública têm sido promulgadas já com texto indicativo do significado de direitos patrimoniais disponíveis.

Assim sendo, reitera-se que há harmonia entre as cláusulas fracionadas, porém, e como pode acontecer com qualquer disposição contratual, uma redação confusa, contraditória ou insuficiente pode representar uma patologia e, conseqüentemente, na prática, ser utilizada por alguma das partes para obstar o desenvolvimento da arbitragem.

Diante disso, surgido o obstáculo, verificamos que o árbitro possui precedência temporal para a análise de alegações de inexistência, ineficácia ou invalidade da convenção arbitral, sobretudo com fundamento no princípio da competência-competência. De outro lado, e como apurado anteriormente, caberá ao Poder Judiciário a apreciação do tema em momento pós-arbitral, caso assim seja suscitado.

Nesses pontos, para evitar margem para conflitos, considerando a praxe litigiosa, é recomendável que um profissional com experiência no ramo arbitral, e conhecedor do tipo de contrato em questão, assessore os contratantes quando da redação do instrumento, para que este seja elaborado de forma sólida, suficiente e eficaz.

Com estes elementos contextuais acerca das cláusulas fracionadas, é plenamente possível almejar sua desenvoltura no plano da prática arbitral, algo que encontra reflexo na postura acertada do Superior Tribunal de Justiça em vários aspectos atinentes ao tema.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 54, p. 25-63, jul./set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público - Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal - Invalidez**. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, São Paulo, vol. 19/2003, p. 415 – 439, Jan – Mar 2003.

BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 14., p. 48-51, jul./set. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Decreto n. 7.859 de 29 de Dezembro de 1880**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>>. Acesso em: 09 de março de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-28, abr. 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro**. In: Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam. LEMES, Selma F. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coords.), São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CCEE. **Arbitragem no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552>. Acesso em: 29 de abr.2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAVIS, Benjamin G. Pathological clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria. **LCIA Arbitration International**, v. 7, n. 4, p. 365-388, dez. 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antonio et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA Jr., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9/2006, p. 277-303, abr./jun. 2006.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 4/2014, p. 811-826, set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, Março/2002, p. 141 – 148. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72370/40935>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

JUNQUEIRA, Antônio. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEMES, Selma Ferreira. **A carta arbitral e a arbitragem na Lei das S.A.** Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%203%20-%20A%20carta%20arbitral%20e%20a%20arbitragem%20na%20Lei%20das%20S.A.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?** Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MANNHEIMER, Mario Robert. Mudanças na Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996. Observações sobre a Lei 13.129, de 26.05.2015. Visão de um antigo magistrado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 47/2015, p. 45-65, out. – dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição**. Disponível em: <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-jurisdiacao_marinoni.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ação de Nulidade de Sentença Arbitral**. Soluções Práticas - Marinoni, v. 2, p. 507-567, out. 2011.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. As três fases da arbitragem. **Revista do Advogado**, n. 87. set./2006.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2/2014, p. 413-432, set. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

MURIEL, Marcelo A. A Arbitragem Frente ao Judiciário Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 1, n. 1, p. 27-39, jan-mar. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. O Juiz Natural no Direito Processual Civil Comunitário Europeu. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 949-984, out. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. V. III.

PUCCI, Adriana Noemi. Juiz e Árbitro. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PUCCI, Adriana Noemi. **Controle do Judiciário na arbitragem deve ser posterior**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/adriana-pucci-controle-judiciario-arbitragem-posterior#>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese (Doutorado em Processo Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 49/2016, abr./jun. 2016, p. 103/126.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SENADO. **Adendo ao Parecer ao Projeto de Lei 406/2013 do Senado**. Brasília. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412856&disposition=inline#:~:text=a.,a>>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

STJ. **Recurso Especial n.º 904.813/PR**. 2006/0038111-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 20.10.2011.

STJ. **Recurso Especial n.º 1.312.651/SP**. 2012/0046639-0. Relator Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 18.02.2014.

STJ. **Recurso Especial n.º 1.614.070/SP**. 2012/0046639-0. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 26.06.2018.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito brasileiro. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 9/2018, p. 19-41, Abr – Jun/2018.

TEPEDINO, Gustavo. Controle de abusividade da cláusula de eleição de foro. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 109/2017, p. 187-205, jan. – fev. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALENÇA FILHO, Cláudio. Nota introdutória ao artigo “La clause d’arbitrage pathologique”, de Frédéric Eisemann. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 14, n. 53, p. 159-189, 2017.

WALD, Arnaldo. A Reforma da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 292/2015, p. 195-216, dez. 2015.