

## 6. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública

---

### Competence-competence and the anti-arbitration injunctions sought by State entities

(Autor)

**EDUARDO TALAMINI**

*Doutor e Mestre (USP). Livre-docente (USP). Professor de direito processual civil, processo constitucional e arbitragem (UFPR). Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília.*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Arbitragem, liberdade e responsabilidade
  - 2.1 Convenção arbitral como expressão da liberdade
  - 2.2 Convenção arbitral como imposição de responsabilidade
- 3 O princípio da competência-competência
  - 3.1 Postulado da teoria geral do direito
  - 3.2 A origem histórica e o papel fundamental na arbitragem
  - 3.3 Gradiente de intensidade do princípio no direito comparado
  - 3.4 A competência originária do árbitro para o exame da convenção arbitral
  - 3.5 A autonomia da convenção arbitral
  - 3.6 Os dois desdobramentos da competência-competência
    - 3.6.1 O efeito negativo
    - 3.6.2 O efeito positivo
  - 3.7 A impossibilidade da medida judicial antiarbitragem
  - 3.8 A orientação jurisprudencial
- 4 A imposição constitucional de boa-fé
  - 4.1 A reprovação da comunidade internacional
  - 4.2 A moralidade administrativa e a proibição de comportamento contraditório

- 4.3 A censura dos tribunais
- 4.4 Possível improbidade
- 4.5 Falta de interesse legítimo
- 5 A garantia de acesso à jurisdição arbitral
- 6 Intensidade e alcance do princípio da competência-competência no processo brasileiro
  - 6.1 O fundamento lógico da competência-competência
  - 6.2 O acesso à jurisdição estatal
  - 6.3 A economia processual
    - 6.3.1 O controle prima facie
    - 6.3.2 O excesso do argumento
    - 6.3.3 O incentivo às medidas infundadas
    - 6.3.4 Os inconvenientes dos juízos paralelos e simultâneos
  - 6.4 A incidibilidade dos efeitos positivo e negativo
- 7 O Código de Processo Civil brasileiro de 2015

## **Área do Direito:** Arbitragem

### **Resumo:**

Examina-se a admissibilidade no direito brasileiro de medidas judiciais antiarbitrais à luz dos princípios da competência-competência, boa-fé e do acesso à justiça. Investiga-se ainda se o Código de Processo Civil de 2015 inovou a disciplina desse tema.

### **Abstract:**

This article deals with the possibility of anti-arbitration injunctions in Brazilian law considering the principles of competence-competence, good faith and access to the courts. Furthermore, it analyses the subject in the new Brazilian Civil Procedure Code.

**Palavra Chave:** Arbitragem - Administração Pública - Medidas judiciais antiarbitrais - Competência-competência - Código de Processo Civil de 2015.

**Keywords:** Arbitration - State entities - Anti-arbitration injunctions - Competence-competence - Brazilian Civil Procedure Code.

## **1. Introdução**

Consolidou-se<sup>1</sup> na doutrina e jurisprudência o reconhecimento da arbitrabilidade dos litígios que envolvem a Administração Pública. Multiplicaram-se os textos normativos que expressamente preveem a possibilidade de emprego da arbitragem para a solução de litígios decorrentes de diversas modalidades contratuais administrativas.<sup>2</sup>

Apesar disso, são frequentes os casos em que entidades da Administração direta e indireta, a despeito da anterior celebração de convenção de arbitragem, recorrem ao Judiciário para tentar impedir a instituição ou prosseguimento de um processo arbitral. São as chamadas medidas judiciais antiarbitrais (anti-arbitration injunctions). Obviamente, também litigantes particulares por vezes tentam por essa via subtrair-se aos efeitos da convenção arbitral. Mas chama a atenção, no quadro geral da jurisprudência brasileira sobre o tema, o elevado número de casos em que a Administração tem-se valido de demandas

judiciais antiarbitrais.<sup>3</sup> Nessas demandas, é comum a invocação de algum regime jurídico especial em prol das entidades administrativas – normalmente sob a nebulosa e complacente roupagem do “interesse público” com os atributos que se lhe costumam imputar (“indisponibilidade”, “supremacia”...).

As questões que aqui se põem são as seguintes: as medidas judiciais antiarbitrais são em geral admissíveis? Há algum fator que torne peculiar o regime de admissibilidade de tais medidas quando promovidas pela Administração Pública?

## 2. Arbitragem, liberdade e responsabilidade

A legitimidade e a operacionalidade da arbitragem fundam-se no binômio responsabilidade-liberdade.

### 2.1. Convenção arbitral como expressão da liberdade

A arbitragem é expressão da própria liberdade: liberdade individual; liberdade de empresa; autonomia dos entes institucionais. A noção fundamental é a de que o Estado, quando atribui direitos e garantias aos jurisdicionados, não lhes está impondo condutas obrigatórias. Garante-se aos cidadãos o acesso à jurisdição estatal. Mas isso não significa obrigá-los a levar à jurisdição todos os conflitos em que se envolvam.<sup>4</sup> São excepcionais os casos de intervenção jurisdicional obrigatória. Em regra, os jurisdicionados podem optar por não provocar a jurisdição. Assim, podem igualmente, de modo consensual, encontrar outro modo de solução para o conflito, que lhes pareça mais adequado às peculiaridades concretas da situação litigiosa. Com isso, estão exercitando sua liberdade, sua autonomia, mas não necessariamente porque pretendam simplesmente abrir mão de seu direito – e sim porque desejam um modo de solução alternativo ao judicial. Enfim, não é ato de disposição do direito material envolvido, mas ato de disposição do recurso ao Judiciário. A arbitragem não constitui um jogo de azar, uma roleta russa, mas sim um método processual de composição do litígio que, conquanto não estatal, está sujeito às garantias essenciais de um devido processo em todos os modernos ordenamentos.

Daí se extrai a legitimidade constitucional da arbitragem. Ao assegurar-lhes o acesso à Jurisdição (art. 5.º, XXXV), a Constituição não está impondo aos jurisdicionados o processo judicial como via obrigatória e necessária em qualquer caso. Como princípio geral, permanece-lhes a liberdade de ajustar outra forma de solucionar o conflito.

Inconstitucionalidade haveria se o Estado se recusasse a solucionar jurisdicionalmente conflitos quando as partes não pretendessem usar outras vias. Inconstitucional assim seria a arbitragem obrigatória – ou ainda a imposição da arbitragem quando uma das partes jamais concordou em utilizá-la ou não dispõe de capacidade ou concreto discernimento para tal escolha.<sup>5</sup>

### 2.2. Convenção arbitral como imposição de responsabilidade

Por outro lado, aquele que optou livremente pela arbitragem responde pelas consequências de sua escolha. Obriga-se a submeter-se à via arbitral.

A convenção arbitral impõe deveres específicos de fazer e de não fazer. A parte pactuante tem o dever de levar ao processo arbitral as pretensões abrangidas pelo objeto da convenção. Tem igualmente o dever de sujeitar-se à discussão e julgamento em sede arbitral das pretensões da mesma ordem formuladas pelo outro polo pactuante. Em consequência, tem também o dever de não formular perante o Poder Judiciário tais pretensões (  [CPC](#), art.  [267](#), VII).

Tais deveres são impostos pela convenção arbitral “cheia”, que desde logo permite a instituição da arbitragem independentemente da colaboração da parte adversária (Lei 9.307/1996, arts. 5.º e 6.º, a contrario sensu). Mas são igualmente extraíveis da convenção “vazia”, que, embora não contendo os elementos suficientes para a direta instauração do processo arbitral, constitui opção firme e vinculante por essa via, ficando autorizado o emprego de tutela judicial específica para a implementação da arbitragem na

hipótese de não cooperação de uma das partes (Lei 9. 307/1996, art. 7.º).

Trata-se não apenas de aplicar o vetusto, mas ainda válido princípio do *pacta sunt servanda*. O respeito àquilo que se convencionou é também uma imposição de boa-fé.

### 3. O princípio da competência-competência

Não se ignora que a força vinculante ora destacada apresenta-se apenas na convenção arbitral válida e eficaz. Uma convenção arbitral nula ou despida de efeitos não autoriza o desenvolvimento da arbitragem, ressalvadas as hipóteses de convalidação ou ratificação, sujeitas a pressupostos específicos.

Mas nem mesmo essa constatação óbvia autoriza qualquer das partes a desconsiderar a arbitragem e acionar a jurisdição estatal para que essa, desde logo, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral.

A pretensão de submeter diretamente ao Judiciário a análise da existência, validade ou eficácia da convenção arbitral (inclusive a questão da arbitrabilidade do conflito), impedindo o curso do processo arbitral, viola o princípio da competência-competência.

#### 3.1. Postulado da teoria geral do direito

A ideia de “competência-competência” assumiu status de princípio da teoria geral do processo e do direito. Estende-se a qualquer autoridade (*rectius*: sujeito investido de poder decisório).<sup>6</sup> Toda e qualquer autoridade é o juiz primeiro de sua própria competência. E a competência há de ser sempre definida à luz de critérios prévios, não mediante o indevido adiantamento do exame do mérito.

É a competência-competência que confere a qualquer autoridade inclusive o poder de declarar-se incompetente para um dado caso. Se não vigorasse o princípio, haveria uma impossibilidade lógica na prolação de decisões afirmativas da própria incompetência.<sup>7</sup>

Do mesmo modo, é a competência-competência que estabelece que, nos processos judiciais ou administrativos, a arguição de incompetência seja dirigida ao próprio órgão cuja a incompetência é arguida – ao qual caberá a primeira decisão sobre o tema (v., por exemplo, arts. <sup>RTD</sup> 64, <sup>RTD</sup> 337, II, e <sup>RTD</sup> 340, caput e <sup>RTD</sup> § 1.º, do <sup>RTD</sup> CPC/2015).

#### 3.2. A origem histórica e o papel fundamental na arbitragem

Mas a afirmação histórica da *Kompetenz-Kompetenz* vincula-se tradicionalmente à arbitragem, terreno em que ainda exerce papel fundamental. Está relacionada com a afirmação da competência dos árbitros em face dos juízes estatais. Em sua acepção originária e radical, retratava a ideia de que os árbitros seriam juízes únicos e últimos de sua competência, sendo inviável qualquer revisão judicial, se essa exclusão houvesse sido pactuada pelas partes. No entanto, tal formulação inicial, consagrada na jurisprudência alemã da década de 1950, ficou superada.<sup>8</sup>

A noção que vingou, e ganhou o mundo, foi a de que cabe primeiramente ao árbitro pronunciar-se sobre sua própria competência. Ele é quem detém a competência originária para decidir sobre sua própria competência.

#### 3.3. Gradiente de intensidade do princípio no direito comparado

Os modos de expressão desse princípio variam de um ordenamento para outro.<sup>9</sup> A comparação foi feita em degradé, desde modelos de mais intensa aplicação da *Kompetenz-Kompetenz* dos árbitros até aqueles em que ela é mais tênue.

Na França, por exemplo, o judiciário fica proibido de examinar validade e eficácia da convenção arbitral na

pendência da arbitragem, mas pode, antes da instauração do processo arbitral, controlar defeitos aferíveis *prima facie*.<sup>10</sup>

Na Suíça, relativamente às arbitragens internas, o controle judicial é sempre apenas *prima facie*. Já na homologação das sentenças arbitrais estrangeiras o judiciário suíço tem poderes para exame pleno da validade e eficácia da convenção arbitral.<sup>11</sup>

Em Portugal, também ressalvados os casos de manifesta inexistência, nulidade ou ineficácia da convenção arbitral, o órgão judiciário apenas pode intervir depois de a questão ser decidida na arbitragem – momento em que assume cognição plena e exauriente a respeito da matéria (Lei 63/2011, arts. 5.º e 18).<sup>12</sup> Veda-se expressamente ação judicial que tenha por objeto a averiguação autônoma da nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção arbitral, assim como providência cautelar destinada a impedir a instauração ou prosseguimento da arbitragem (art. 5.º, n. 4). Contra a decisão interlocutória em que o tribunal arbitral affirme sua competência para a causa cabe medida judicial específica, que não suspende o curso da arbitragem (Lei 63/2011, art. 18, n. 9 e 10).

A inspiração portuguesa para a impugnação contra a interlocutória arbitral afirmativa de competência veio da Alemanha. Lá, com a reforma de 1997, passou-se a prever essa impugnação, também sem eficácia suspensiva da arbitragem (§ 1.040, n. 3, da ZPO, na redação dada pela Lei de 22.12.1997). Respeita-se, de todo modo, a prioridade cronológica do juízo arbitral. Mas o sistema alemão apresenta mitigação relevante à competência-competência. Antes de instaurado o tribunal arbitral, admite-se ação judicial para verificação do cabimento da arbitragem, ainda que sem a eficácia de obstar a instauração e desenvolvimento do processo arbitral (§ 1.032, n. 3).<sup>13</sup>

Por fim, o exemplo tradicionalmente dado de um modelo muito atenuado da incidência do princípio é o dos Estados Unidos. Mas, mesmo lá, conquanto se admita exame judicial prévio mais aprofundado da convenção arbitral e se concebam medidas judiciais específicas para tanto, tem-se verificado tendência de fortalecimento da competência-competência do árbitro, ainda que sem o emprego desse termo.<sup>14</sup>

#### **3.4. A competência originária do árbitro para o exame da convenção arbitral**

No direito brasileiro, o exame da existência, da validade (no que se inclui a arbitrabilidade objetiva e subjetiva) e da eficácia da convenção arbitral compete primeiramente ao árbitro. Ele, e apenas ele, em um momento inicial detém o poder de pronunciar-se sobre o pacto de arbitragem. Nos termos do art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996: “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”.

Não fica excluída a posterior apreciação da questão pelo Poder Judiciário. A invalidade da convenção de arbitragem é um dos fundamentos para a anulação da sentença arbitral (Lei 9.307, art. 32, I). Mas essa é uma competência a ser exercida em caráter sucessivo, subsequentemente ao desenvolvimento do processo e à prolação da sentença arbitral (Lei 9.307, art. 33). Nesse momento, a cognição judicial é plena e aprofundada. Ou seja, não se restringirá a um controle *prima facie* da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

#### **3.5. A autonomia da convenção arbitral**

Mesmo quando se pretenda sustentar a própria integral nulidade do contrato em que está inserida a cláusula compromissória, ainda assim compete ao árbitro conhecer inicialmente de tal questão. Para assegurar essa competência, a lei qualifica a cláusula arbitral como autônoma em relação ao contrato nessa hipótese (Lei 9.307, art. 8.º, caput). Desse modo, o tribunal arbitral apreciará a questão da nulidade do contrato. Caso repute que o vício existe e atinge inclusive a cláusula arbitral, declarará sua falta de jurisdição e não levará adiante o processo de arbitragem.<sup>15</sup> Assim, afirma-se também o princípio da autonomia da convenção arbitral.

Na doutrina, há quem distinga o princípio da autonomia da convenção do princípio da competência-competência, reputando haver entre ambos relação de complementariedade.<sup>16</sup> Mas cabe ir além: há verdadeira inerência, uma simbiose necessária; ambos são indissociáveis. Afirmar a competência-competência e ao mesmo tempo excluir de tal princípio as hipóteses em que se alegasse a própria inexistência, invalidade ou ineficácia do contrato em que inserida a cláusula arbitral seria o mesmo que negar a competência-competência. O princípio seria inócuo, em termos práticos, se pudesse sempre ser afastado por alegações dessa espécie. Seria algo como a “figa” ou o palavreado “mágico” que, quando invocado por um dos participantes da brincadeira infantil (normalmente o dono da bola ou da casa, ou o mais forte...), tem o condão de imunizá-lo, jogando por terra a própria essência do jogo. Portanto, se verdadeiramente incide a competência-competência, vigora necessariamente a autonomia da convenção arbitral. Por outro lado, é impensável a afirmação da autonomia da convenção arbitral sem o substrato da competência-competência.

### 3.6. Os dois desdobramentos da competência-competência

A Kompetenz-Kompetenz pode expressar-se de dois diferentes modos, ambos acolhidos no direito brasileiro.

#### 3.6.1. O efeito negativo

Por um lado, quando o réu argui em processo judiciário a existência de convenção arbitral, não é dado ao juiz estatal aprofundar a investigação relativa à validade desse pacto. Cabe-lhe tão somente “examinar prima facie o âmbito objetivo e subjetivo” da convenção de arbitragem, “declinando a sua competência se tal convenção não for ‘manifestamente’ nula ou manifestamente inaplicável”.<sup>17</sup>

Como visto, em outros ordenamentos há previsão expressa da limitação do controle aos casos de defeito manifesto. Mas é essa a orientação também assente no direito brasileiro.<sup>18</sup> De resto, é assim também que se tem interpretado o art. II, 3º, da Convenção de Nova York, de que o Brasil é signatário.<sup>19</sup>

A possibilidade de controle dos casos de manifesta e inequívoca inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral é inafastável. Não constitui regra de exceção, mas resultado da ponderação de valores. Não infirma a competência-competência, que, como todo princípio, pode revelar-se colidente, no caso concreto, com outros princípios. Seria desarrazoado, caprichoso e arbitrário que a jurisdição estatal se abstivesse de intervir, a pedido do legitimado, nos casos em que escancaradamente não há base para a atuação arbitral.<sup>20</sup> Mas tal controle judicial “antecipado” só se justificará na medida do estritamente necessário, como resultado da ponderação de valores no caso concreto, na aplicação de critério da proporcionalidade, que é inerente ao devido processo legal.

Em suma, enquanto não há sentença arbitral, permite-se ao órgão judiciário apenas cognição sumária da existência, validade e eficácia do pacto de arbitragem. Ressalvados os casos teratológicos, de evidente inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula ou compromisso arbitral, cumpre-lhe extinguir o processo sem julgar o mérito (  [CPC/2015](#), art.  [485](#), VII).

Ao menos até o Código de Processo Civil de 2015, ainda que se cogitasse eventualmente de uma limitação cognitiva mais intensa quando já existisse processo arbitral em curso,<sup>21</sup> não se ia ao ponto de vedar, em termos absolutos, a intervenção judicial nesses casos.<sup>22</sup> No entanto, caberá investigar em que medida a disciplina estabelecida pelo novo Código terá alterado esse aspecto da questão. A esse respeito, veja-se o item n. 7, adiante.

#### 3.6.2. O efeito positivo

Por outro lado, na arbitragem em curso, tem-se a já destacada competência do tribunal arbitral para apreciar todas as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Caso ele a repute existente, válida e eficaz, tem o poder de prosseguir na condução do processo e, uma vez presentes os

demais pressupostos para tanto, proferir sentença sobre o mérito do litígio.

Não é possível suprimir-lhe o poder de emitir seu juízo sobre a arbitrabilidade do litígio e consequentemente sua própria competência. E, quando esse juízo é positivo, tampouco é admissível coactá-lo, de modo a impedir-lhe de levar o processo adiante e sentenciar a causa.

Todo o controle judicial, se cabível, será feito a posteriori.

### 3.7. A impossibilidade da medida judicial antiarbitragem

Nesse contexto, evidencia-se a impossibilidade jurídica da ação judicial que vise a obstar a instauração e (ou) desenvolvimento da arbitragem. Tal como em outras ordens jurídicas, no direito brasileiro “existem óbices legais para admitir a concessão de uma medida judicial destinada a impedir o início de um processo arbitral”.<sup>23</sup>

Conforme a precisa observação de Rafael W. Schwind,

Se o árbitro é competente para decidir a respeito de sua própria competência, e se existe uma prevalência cronológica do árbitro em relação ao Judiciário para emitir um juízo a respeito dessa questão, a propositura de uma anti-suit injunction quando a questão ainda não foi submetida ao árbitro constitui ofensa ao efeito negativo do princípio da competência-competência.

E arremata, tratando precisamente do Poder Público:

Desse modo, se o Estado pretende sustentar a invalidade do compromisso arbitral firmado entre ele e outro contratante (baseado no descabimento da arbitragem em virtude da ausência dos requisitos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva), deverá deduzir tal alegação perante o árbitro. Eventual propositura de medida judicial tendente a obstruir o normal andamento da arbitragem até que seja decidida a questão constitui ofensa ao princípio da competência-competência.<sup>24</sup>

Sob esse aspecto, a medida judicial antiarbitragem constitui pretensão a uma modalidade de tutela processual que encontra um óbice no ordenamento. Trata-se de instrumento processual inadequado. Pode-se aludir, assim, a falta de interesse legítimo ou impossibilidade jurídica do pedido. O processo judicial instaurado com o escopo de impedir a instauração ou continuidade de uma arbitragem deverá ser extinto sem julgamento de mérito, inclusive liminarmente (  [CPC/2015](#), arts.  [330](#), II e III, e 485, I e VI).

### 3.8. A orientação jurisprudencial

Na jurisprudência brasileira, está agora estabilizada a aplicação do princípio da competência-competência, rejeitando-se o emprego de medidas antiarbitrais. O STJ destaca-se pelas diversas decisões que já proferiu nesse sentido.<sup>25</sup> Do mesmo modo, os tribunais estaduais apresentam vasto repertório de pronunciamentos em que se prestigia a competência-competência do árbitro.<sup>26</sup>

## 4. A imposição constitucional de boa-fé

Não há nenhum fator que exclua a aplicação dessas diretrizes à Administração Pública. Pelo contrário, há aspecto que torna ainda mais censurável o emprego da medida judicial antiarbitragem pela Administração Pública.

No mais das vezes, a convenção arbitral está inserida, na modalidade de cláusula compromissória, em contrato administrativo. Por sua vez, esse contrato normalmente deriva de um modelo formulado pela própria Administração Pública. Na maioria dos casos, a previsão de que os litígios relacionados com o contrato submeter-se-ão à arbitragem está posta desde o edital de licitação. O particular contratado apenas adere a essa estipulação.

Nesse contexto – assim como em qualquer outro em que a medida judicial antiarbitragem é pretendida pela própria parte que antes propusera a celebração de convenção arbitral –, tal impugnação judicial configura venire contra factum proprium. A Administração volta-se contra o modo de solução de litígios que ela mesma, antes, havia estipulado.

O particular deposita sua confiança na Administração Pública. Acredita que, tal como estipulado desde o edital, será utilizada a via arbitral para a solução de qualquer conflito relativo ao contrato que venha a surgir. A Administração não pode, então, simplesmente pretender recusar validade e eficácia à cláusula de arbitragem.

#### 4.1. A reprovação da comunidade internacional

No direito internacional, práticas semelhantes têm sido alvo de reprovação. O Instituto de Direito Internacional, em reunião ocorrida em Santiago de Compostela, em 12.09.1988, aprovou resolução segundo a qual “um Estado, uma empresa de Estado ou uma entidade estatal não pode invocar sua incapacidade de concluir uma convenção de arbitragem para se recusar a participar da arbitragem com a qual havia consentido”.<sup>27</sup>

#### 4.2. A moralidade administrativa e a proibição de comportamento contraditório

Pretender algo diverso implicaria sustentar que o princípio da boa-fé não se coloca na relação entre a Administração Pública e o particular. Isso seria despropositado, dando lugar a vício de inconstitucionalidade (RTO CF, art. RTO 37, caput). A Administração, tendo concordado e, mais do que isso, incentivado determinado encaminhamento da questão, não poderia ignorar sua conduta anterior.

O princípio da boa-fé (que vincula tanto o Poder Público quanto os particulares) e o princípio da moralidade (impositivo no Direito Público – RTO CF, art. RTO 37 –, em que está inserido o Direito Processual) vedam que o sujeito volte-se contra suas próprias condutas pretéritas, livremente adotadas.<sup>28</sup>

Na lição de Francisco Muniz:

A locução venire contra factum proprium traduz o exercício de um direito em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular. Infringe a boa-fé quem pretende fazer valer um direito em contradição com sua conduta anterior, na qual a outra parte confia.<sup>29</sup>

Ou, ainda, como escreve Paulo Luiz Netto Lôbo:

Entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé pode ser destacado o dever de não agir contra o ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito.<sup>30</sup>

#### 4.3. A censura dos tribunais

Doutrina e jurisprudência têm censurado severamente a conduta contraditória destinada a negar validade à convenção arbitral antes livremente estabelecida.

No “caso Compagás”, essa sociedade de economia mista propôs ao particular o emprego da arbitragem para solucionar o conflito já estabelecido entre as partes. Partiu dela inclusive a minuta do instrumento de compromisso arbitral. A despeito disso, a Compagás pretendeu depois, ainda antes do término da arbitragem, negar validade à convenção arbitral. Diante disso, o STJ observou que “a submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário” daquela sociedade de economia mista. E completou: “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”.<sup>31</sup>

No voto que proferiu na SE 5.206 – julgado do STF que constituiu verdadeiro “divisor de águas” para a arbitragem no Brasil – a Min. Ellen Gracie foi ao cerne da questão:

Negar a possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução de controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença.<sup>32</sup>

#### 4.4. Possível improbidade

No contrato administrativo isso é agravado pelo fato de que as escolhas e projeções do particular contratado são pautadas pelo edital de licitação. Assim, os licitantes “sabem de antemão (por meio do edital) quais serão as regras que regerão a licitação, bem como as disposições que constarão do futuro contrato unilateralmente elaborado pela Administração Pública”.<sup>33</sup>

Nesse contexto, negar a convenção arbitral não significa apenas afrontar o *pacta sunt servanda* – o que por si só já seria grave. Mais que isso, implica violar o edital e o contrato em uma de suas cláusulas estruturais. A cláusula compromissória não é um elemento móvel, apto a ser retirado da relação mediante simples reequilíbrio patrimonial da equação econômico-financeira do contrato. Precisamente porque disciplina um modo de interpretação e aplicação de todo o contrato, a cláusula de arbitragem transcende as demais disposições contratuais. Uma vez posta no edital e (ou) no contrato, ela reveste-se de caráter pétreo. Apenas mediante o consenso dos polos contratantes é possível limitá-la ou extingui-la.

Nesse cenário, a defecção da arbitragem pelo ente público que a convencionou assume carga de reprovabilidade ainda maior. O signatário já se manifestou sobre o tema em texto doutrinário:

Se a Administração resolve aderir à arbitragem, deve fazê-lo com responsabilidade e boa-fé, abstendo-se de futuramente arguir sua condição de ente estatal como suposto fundamento para a invalidação da arbitragem. Esta conduta desmoraliza o instituto da arbitragem e contraria a boa-fé e a lealdade que estão consagradas no princípio constitucional da moralidade administrativa (art. <sup>RTD</sup> 37, caput, da <sup>RTD</sup> CF). Não seria excessivo afirmar que a arguição de invalidade da arbitragem neste caso configuraria uma das hipóteses de improbidade descritas no art. 11 da Lei 8.429/1992 (“ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”).<sup>34</sup>

#### 4.5. Falta de interesse legítimo

A pretensão contraditória com a conduta anterior implica abuso de direito.<sup>35</sup> E, como escreveu Donaldo Armelin, carece de interesse processual, por desrespeitar a objetiva utilidade da Jurisdição, as “ações ajuizadas com abuso de direito ou com fins subalternos ou ilícitos”.<sup>36</sup> Também por isso a ação judicial que se pleiteia medida antiarbitragem deve ser rechaçada sem exame de seu mérito (<sup>RTD</sup> CPC/2015, arts. <sup>RTD</sup> 485, VI, e 330, III).

### 5. A garantia de acesso à jurisdição arbitral

A medida antiarbitragem não pode apenas o desempenho da competência dos árbitros. Na perspectiva da parte, a anti-arbitration injunction obsta também o exercício da demanda que a parte havia formulado ou iria formular no bojo da arbitragem. Proíbe-se o exercício da pretensão de tutela perante o tribunal arbitral.

Mas isso é inadmissível. Note-se que não se tolera cerceamento dessa ordem relativamente à ação judicial. Com toda razão, reputa-se ofensivo à garantia de inafastabilidade da jurisdição proibir alguém de ir a juízo. Conforme jurisprudência assente, é impossível a concessão de uma medida urgente destinada a impedir a propositura e desenvolvimento de uma ação judicial civil.<sup>37</sup>

Pelas mesmas razões, não há como ser legítima providência judicial que obste o direito de agir na via arbitral.

Nem se diga que, diferentemente da medida proibitiva de ação judicial, a medida antiarbitragem deixaria aberta a porta para o exercício da ação judiciária. Isso não altera o ponto essencial do problema: a parte fica proibida de promover a demanda que considera a mais adequada, na sede que reputa a correta. É cerceada sua liberdade – garantia tão relevante quanto a do acesso à justiça (CF, arts. 3.º, I, e 5.º, caput). Basta inverter a questão para que se evidencie a gravidade da lesão: uma ordem judicial que proibisse alguém de ir ao Judiciário, mas lhe deixasse aberta a via arbitral, também não seria constitucionalmente admissível. O jurisdicionado tem o direito de ir ao Judiciário, ainda que seja para receber como resposta a extinção do processo sem julgamento de mérito, fundada na existência de convenção arbitral.

O jurisdicionado tem o direito de promover a ação que bem entender, com os fundamentos e pedidos que quiser, e perante o juízo que considerar mais correto ou adequado. Nisso consiste o caráter abstrato da ação. A parte tem o direito de demandar mesmo quando não tem razão, e mesmo quando formula pretensão manifestamente improcedente ou inadmissível. Ela tem o direito de ouvir a resposta do órgão que ela optou por demandar. As demandas flagrantemente inadmissíveis, infundadas, abusivas ou temerárias poderão até receber como resposta uma decisão afirmativa de incompetência ou um rechaço liminar, bem como sancionamento pecuniário. Mas a parte tem o direito de ouvir essa resposta do órgão perante o qual escolheu demandar. Não pode ser proibida de fazê-lo.

Isso se aplica igualmente à demanda de arbitragem. A garantia abstrata de acesso à jurisdição arbitral é a contraface do princípio da competência-competência.

## 6. Intensidade e alcance do princípio da competência-competência no processo brasileiro

Não se ignoram argumentos que afastariam ou em alguma medida relativizariam o efeito negativo do princípio da competência-competência e a vedação de medidas judiciais antiarbitrais.

### 6.1. O fundamento lógico da competência-competência

Do ponto de vista lógico-jurídico, invoca-se a circunstância de que a competência-competência seria uma ficção jurídica. Argumenta-se que conferir competência a um órgão ou agente cuja própria competência está sendo posta em dúvida seria algo contrário à lógica.<sup>38</sup>

Mas o argumento não procede. É uma premissa lógica, para a existência de qualquer sistema ou estrutura de poder, que a autoridade detenha a competência para pronunciar-se sobre os limites de seu próprio poder. Poder consiste na capacidade de decidir e impor a outrem suas próprias decisões. Se tal capacidade puder ser desde logo neutralizada pela simples negação daquele que se submeteria à decisão, não se tem verdadeiro poder. Por isso, normalmente se atribui ao próprio agente ou órgão a competência primeira para pronunciar-se sobre a arguição de sua incompetência.

Reitere-se que essa é uma diretriz vigente não apenas na arbitragem. Os órgãos estatais, judiciais ou não, também trabalham com essa premissa. Nem se diga que no caso da arbitragem existiria uma diferença, consistente no fato de o poder do árbitro não advir da soberania estatal, mas limitar-se àquilo que lhe foi atribuído convencionalmente, de modo que, se a convenção for inexistente, inválida ou ineficaz, esse poder nem existe. Guardadas as devidas proporções, a impugnação à competência de autoridades estatais também pode fundar-se na ilegitimidade, ineficácia ou mesmo inexistência do seu título competencial – e nem por isso retirar-se-á dessa autoridade a competência para primeiro pronunciar-se sobre tal impugnação.

Mesmo os sistemas supraestatais de proteção a direitos e garantias fundamentais operam amparados nessa premissa: é requisito para acesso às cortes internacionais de direitos humanos o exaurimento ou

impossibilidade de exercício eficaz das vias internas de discussão (v.g., na Corte Europeia de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos do Homem, art. 26; na Corte Interamericana de Direitos Humanos, Convenção Americana dos Direitos do Homem, art. 46, n. 1).

Questão outra é saber se o órgão ou agente que teve seu título competencial impugnado será o único a pronunciar-se sobre a questão ou se é possível algum controle dessa sua decisão por outro órgão. Retoma-se a questão a seguir.

## 6.2. O acesso à jurisdição estatal

Por outro lado, alega-se que o efeito negativo da competência-competência impediria o acesso à justiça estatal mesmo daquele sujeito que jamais pactuara validamente a exclusão dessa via.<sup>39</sup> Uma convenção arbitral inválida, ineficaz ou talvez até mesmo inexistente retiraria do jurisdicionado seu direito de acesso ao judiciário não tendo ele jamais livremente feito a opção arbitral.

Mas esse argumento apenas se aplica aos modelos absolutos de competência-competência – vale dizer, aqueles em que o árbitro é único juiz de sua própria competência, sem que a jurisdição estatal possa rever depois essa questão ou apenas possa fazê-lo relativamente a defeitos constatáveis *prima facie*. No modelo de competência-competência adotado no direito brasileiro isso não ocorre. Não há exclusividade no controle da própria competência pelo árbitro, mas prioridade cronológica. O Poder Judiciário detém poder de cognição ampla e exauriente no momento em que examina a questão da existência, eficácia e validade da convenção arbitral em sede de ação anulatória da sentença arbitral ou de impugnação ao cumprimento dessa sentença (Lei 9.307/1996, arts. 32 e 33). Vale dizer: o jurisdicionado terá o direito, no momento oportuno, de levar a questão à autoridade judiciária e lá a discutir em toda a sua plenitude.

Como visto no tópico anterior, verdadeira supressão do acesso à justiça tem-se com o emprego da medida judiciária antiarbitral: impede-se o jurisdicionado de exercer sua demanda na via que ele reputa a correta. A plenitude do acesso à justiça assegura-se ao se permitir que o sujeito formule a ação que bem entender, com os fundamentos e pedidos, sob a forma e perante o julgador que ele reputar os adequados, e receba desse julgador uma resposta, ainda que essa consista num liminar rechaço de sua demanda. A parte responderá juridicamente pelas consequências da formulação de demanda inadmissível, infundada ou até revestida de má-fé. Mas não se lhe pode suprimir previamente o direito de ouvir a resposta do juiz pelo qual ela optou.

Nesse ponto, convém notar que o repúdio a *anti-suit injunctions* (medidas proibitivas de instauração e desenvolvimento de um processo jurisdicional) é irrestrito no direito brasileiro. Não se trata apenas de não se aceitar que uma autoridade judiciária emita ordem proibindo o desenvolvimento de arbitragem (*anti-arbitration injunction*). Também não se concebe que: (i) um juiz estatal decrete medida proibindo a instauração e desenvolvimento de outro processo judicial (*anti-suit injunction* em sentido estrito); (ii) que o árbitro emita ordem proibitiva de instauração ou desenvolvimento de um processo judiciário; (iii) que um árbitro decrete medida vedando a instauração de outra arbitragem. Não se concebe nem sequer a emissão de uma medida proibitiva de que alguém proponha uma demanda *anti-suit* ou *anti-arbitration* (as chamadas *anti-anti-suit* ou *counter-anti-suit*). Ou seja, ainda que se esteja aqui a dizer que as demandas *anti-suit* são inadmissíveis, é inconcebível também que alguém seja proibido de propor ação com esse escopo. Caberá ao juiz de tal ação pronunciar a inadmissibilidade da demanda.<sup>40</sup>

Tudo isso se faz para preservar-se não apenas a competência da autoridade perante a qual se formulou a demanda (competência-competência) como também o direito de ação de quem a propôs (acesso à justiça).

## 6.3. A economia processual

Restaria um último argumento contrário ao efeito negativo da competência-competência: feriria a economia processual impedir-se o Poder Judiciário de desde logo controlar a existência, validade e eficácia da convenção arbitral, permitindo-se que uma arbitragem integralmente se desenvolvesse, com grande

dispêndio de tempo, recursos econômicos e humanos, para só depois vir a se afirmar o seu não cabimento.<sup>41</sup>

Esse argumento, já bem menos dramático que o anterior, tampouco é procedente.

### 6.3.1. O controle *prima facie*

Primeiro, lembre-se que não fica excluída a competência judiciária para o controle incidental dos defeitos da convenção arbitral constatáveis *prima facie*. Assim, se uma demanda judicial é formulada e o réu argui a existência de convenção arbitral, os vícios manifestos e patentes, que permitam ao juiz constatar de plano a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção, poderão ser desde logo reconhecidos. Essa possibilidade é limitada. Merece compreensão restritiva tal poder de controle *prima facie* – sob pena de reflexa desconsideração da competência-competência. De resto, é muito possível que ele tenha sido ainda mais reduzido pelo  [CPC/2015](#) (v. n. 7, a seguir). Mas ele existe, e poderá impedir o desenvolvimento da arbitragem nos casos em que isso constituiria manifesta teratologia.

### 6.3.2. O excesso do argumento

Em segundo lugar, o argumento prova demais. Novamente se reitere que a competência-competência e seus desdobramentos incidem em todas as esferas do processo civil brasileiro – de modo que, se a crítica fosse válida, ela se aplicaria também às demais esferas. A valer o argumento, a parte poderia, por exemplo, diretamente ir ao tribunal estatal de segundo grau para impedir que o adversário ajuizasse sua demanda judicial em determinada comarca, ou nela prosseguisse – sob o argumento de que aquele foro é incompetente. A economia processual justificaria essa solução? Evidentemente, não. A incompetência territorial há de ser arguida pela via e no momento oportuno, como defesa na ação proposta, e caberá ao juiz cuja competência territorial foi questionada primeiramente pronunciar-se sobre ela. Isso se aplica a todas as demais hipóteses.

### 6.3.3. O incentivo às medidas infundadas

Em terceiro lugar, muito possivelmente estaríamos diante de uma falsa hipótese de economia processual, caso a questão seja considerada de modo sistemático e em longo prazo. A admissão de prévias impugnações ao cabimento da arbitragem tenderia a incentivar ações judiciárias antiarbitrais levianas.<sup>42</sup>

Não se trata de argumento *ad terrorem* nem despedido de *substrato fáctico*. Na jurisprudência brasileira, é fácil notar que a imensa maioria das impugnações judiciais à validade do processo e da sentença arbitral é rejeitada. Ou seja, já existe – mesmo se impedindo a impugnação prévia – uma tendência de abuso no emprego da medida judicial. Por outro lado, é também notável – e preocupante – o tempo médio de duração dos processos judiciais impugnativos do processo e da sentença arbitrais. Isso significa que, no geral, as demandas contra a sentença arbitral são infundadas, mas isso demora muito para ser definitivamente confirmado pelo Poder Judiciário. Nesse quadro, admitir-se a impugnação judicial prévia seria, no geral, simples incentivo à postergação, por anos ou décadas, do desenvolvimento legítimo de um processo arbitral.

### 6.3.4. Os inconvenientes dos juízos paralelos e simultâneos

E há ainda um quarto aspecto que desautoriza a tese de que a irrestrita e imediata intervenção do Judiciário seria processualmente econômica. Com frequência, os detratores da competência-competência deixam ressalvado que suas objeções voltam-se apenas contra o efeito negativo do princípio. Mas reconhecem o efeito positivo da *Kompetenz-Kompetenz*.<sup>43</sup> Assim, a valer essa postura, o juiz estatal e o juiz arbitral paralela e simultaneamente pronunciar-se-iam sobre a mesma questão (da existência, validade ou eficácia da convenção arbitral). Não há nada de econômico ou mesmo racional nisso. Como afirma Gaillard:

Se o poder dos árbitros para decidir a mesma questão decorre do efeito positivo do princípio em tela, a problemática se reduz a saber se a possibilidade de um contencioso administrado em duas frentes paralelas

- judicial e arbitral - permitiria real economia processual. Parece que não, pois a dualidade de jurisdições mais perturba do que ajuda.<sup>44</sup>

As soluções cogitadas para superar os impasses advindos dessa dualidade evidenciam o quanto ela é desarrazoada - e, ao fim e ao cabo, implicaria a total supressão da competência-competência.

Brekoulakis sugere que, nesses casos, a primeira decisão que viesse a ser definitivamente tomada prevaleceria.<sup>45</sup> Haveria como que uma "corrida", em que o mais rápido venceria. Se os órgãos estatais definissem a questão antes, valeria a definição judicial; se fosse o tribunal arbitral o primeiro a resolvê-la, essa sua primeira palavra sobre a questão também seria a última. Primeiro, essa formulação, ao menos em tese, conferiria ao árbitro o poder de se manifestar de modo insindicável sobre sua própria competência, bastando para isso que sua manifestação sobre o tema antecederesse o pronunciamento judicial. Por outro lado, obviamente, a parte não interessada na arbitragem faria de tudo para que isso não ocorresse - pleiteando judicialmente medidas antiarbitrais, que muito facilmente seriam deferidas pelo órgão estatal, também ele provavelmente estando muito disposto a fazer valer sua posição. Em suma, o exame da questão em sede arbitral seria barrado, para que não se aperfeiçoasse nem prevalecesse.

Já a experiência brasileira dos últimos anos foi em outro sentido. Como visto, a competência-competência tem sido afirmada de modo consistente pela doutrina e os tribunais, em sua dupla dimensão (positiva e negativa). Mas isso não impediu o estabelecimento de impasses concretos, em que o órgão judicial pretendeu afirmar-se competente para causa já em curso perante tribunal arbitral, que igualmente emitiu juízo positivo acerca de sua competência. Depois de alguma controvérsia inicial, o STJ assentou que seria sua a competência para resolver esse conflito positivo de competência.<sup>46</sup> Adiante, apontam-se os aspectos pelos quais essa solução, com a devida vênia, jamais pareceu ser a mais adequada - bem como se indica o fundamento para sua possível superação no CPC de 2015. Por ora, basta notar que ela está longe de poder ser considerada compatível com a economia processual. Por um lado, o envolvimento de um órgão judiciário de cúpula implica maiores custos e dificuldades operacionais para a arbitragem. Por outro, se mantida essa orientação, não é nada difícil prever a intensa multiplicação de conflitos dessa ordem que chegarão ao STJ. Afinal, o número de arbitragens cresce ano a ano - e ao reconhecer a viabilidade da configuração de tal "conflito positivo", aquela Corte está igualmente reconhecendo a possibilidade de os órgãos judiciais, a despeito do curso da arbitragem, afirmarem-se competentes para a mesma causa, desconsiderando-se o efeito negativo de competência-competência. Em suma, incentiva-se a proliferação de tais conflitos, mediante a afirmação, ao menos em tese, de que o efeito negativo da competência-competência pode ser mitigado.

#### 6.4. A incidibilidade dos efeitos positivo e negativo

O último aspecto abordado no tópico anterior escancara o problema essencial da crítica ou da pretensão de redução do efeito negativo da Kompetenz-Kompetenz.

Efeito positivo e efeito negativo desse princípio não são duas faces distintas de uma mesma moeda. São nuances distintas de uma mesma e única superfície, assim como a lua cheia, nova, crescente ou minguante é sempre o mesmo e único corpo celeste, que ora recebe mais luz solar e ora é sombreado pela terra. Os efeitos positivo e negativo são aspectos incidíveis de um mesmo fenômeno. Trata-se da expressão de um único poder, que recebe dois distintos enfoques para fins didáticos e de simplificação prática. Afirmar que o árbitro está investido do poder de verificar a sua própria jurisdição, aferindo a existência, validade e eficácia da convenção arbitral, exige reconhecer que, nesse momento, em que ele está investido dessa competência, nenhum outro agente jurisdicional pode igualmente estar. Vedar que o Judiciário examine tal questão antes da prolação da sentença arbitral nada mais é do que propiciar ao árbitro que possa exercitar aquele poder. Então, quando se cogita de restringir ou eliminar o efeito negativo, igualmente se reduz ou se aniquila o efeito positivo.

E ter poder para se pronunciar sobre a própria competência é da essência de se ter poder.

Em suma, não há como se combater o efeito negativo da competência-competência arbitral sem negar ao árbitro o seu poder e à arbitragem sua operacionalidade.

## 7. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015

A exemplo do diploma anterior, o Código de Processo Civil de 2015 prevê que, diante da alegação da existência da convenção de arbitragem, o órgão judicial deve extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 485, VII).

Porém, mais do que simples reafirmação da competência-competência do tribunal arbitral, o Código de Processo Civil de 2015 fortalece tal princípio, quando já há arbitragem em curso.

Como indicado no n. 6.3.4, o STJ firmou orientação no sentido de caber e de ser de sua competência o incidente de conflito de competência quando tanto o juiz estatal quanto o árbitro (ou tribunal arbitral) afirmam-se competentes para o julgamento de uma causa (ou ambos se afirmam incompetentes, hipótese incomum na prática).

Essa orientação, em si mesma, já era bastante criticável.<sup>47</sup>

Primeiro, porque ela trata o tribunal arbitral como que se órgão judicial fosse. É da essência da arbitragem o seu caráter privado, não estatal. O conflito de competência deve servir para dirimir impasses entre órgãos judiciários ou, quando muito, entre um órgão judicial e outro administrativo (hipótese em que se tem conflito de atribuições). Os tribunais arbitrais, em suma, não estão abrangidos pela fórmula contida no art. 105, I, d, da Constituição. Submetê-los ao mecanismo do conflito de competência é indício de uma tendência de “oficialização”, “judicialização” ou “estatização” da arbitragem, fenômeno percebido também em outros ordenamentos, mas nem por isso desejável. Nega-se à arbitragem sua essência privada.

Em segundo lugar, a orientação em discurso desconsidera o princípio da competência-competência. O conflito de competência pressupõe a disputa entre dois órgãos que, ao menos em tese, podem ser, de fato, competentes para a causa. Mas entre tribunal arbitral e Judiciário isso não se põe. Como visto, o ordenamento estabelece que cabe, em primeiro lugar, ao tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência, devendo a causa submeter-se a seu processamento e julgamento, se ele se reputar competente (Lei 9.307/1996, art. 8.º, parágrafo único). O juiz estatal terá a última palavra sobre o tema, pois detém a competência para o controle da validade da sentença arbitral, incluindo-se entre os aspectos controláveis a validade e a eficácia da convenção arbitral (Lei 9.307/1996, arts. 32, I e IV, e 33). Mas há uma ordem clara, definida: primeiro, prevalece a decisão do árbitro; depois de acabado o processo arbitral, pronuncia-se o Judiciário. O juiz estatal tem a última palavra sobre a existência, eficácia e validade da convenção arbitral, mas não tem a primeira. Logo, e a rigor, não cabe falar em conflito de competência na hipótese.

Até o momento, o emprego do incidente de conflito de competência pelo STJ produziu decisões que reconheceram a competência arbitral, em detrimento da competência judiciária, o que levou muitos dos estudiosos da arbitragem a elogiar tais pronunciamentos (que, sob muitos aspectos, são mesmo dignos de elogios). Então, até aqui talvez não se tenha concretizado nenhum abalo notável à vigência do efeito negativo da Kompetenz-Kompetenz. Mas a simples premissa de que é configurável tal conflito de competência enfraquece a dimensão negativa desse princípio, como indicado antes (n. 6.3.4). Caber o incidente do conflito significa caber decisão tanto favorável à arbitragem quanto à competência estatal. Ainda que se diga que o STJ manterá sua postura de adequada preservação das convenções arbitrais – e ao menos hoje não há razões para se duvidar desse prognóstico –, mesmo assim a hipotética possibilidade de uma decisão antiarbitragem tende a incentivar o indevido recurso ao Judiciário.

A regra do art. <sup>RTD</sup> 485, VII, do <sup>RTD</sup> CPC/2015, se devidamente observada, deve eliminar a ideia do cabimento de conflito de competência na hipótese. Existindo arbitragem em curso, o juiz estatal deve aguardar a definição do tribunal arbitral. Uma vez afirmada pelo tribunal arbitral a sua própria jurisdição e competência, o juiz estatal submete-se a tal deliberação, cabendo-lhe apenas extinguir o processo judiciário.

É o que se extrai do art. 485, VII, que impõe ao juiz proferir decisão extintiva sem julgamento de mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Nesse sentido, intensifica-se a vedação de pronunciamento judicial na pendência da arbitragem, fazendo com que o modelo brasileiro aproxime-se ainda mais do francês. Cabe apenas indagar se essa vedação põe-se em termos absolutos, ou se permanece aberta a possibilidade da imediata intromissão judicial nos casos limítrofes, teratológicos. Como a possibilidade de intervenção em tais casos tem fundamento principiológico, não há como excluí-la em termos absolutos. Mas ela fica, de fato, restrita às situações extremas, em que seja excessivamente sacrificante para os bens jurídicos identificados como os mais relevantes in concreto aguardar-se o curso da arbitragem para apenas depois revisar-se judicialmente a questão da competência. Tal juízo de ponderação exigirá, inclusive, fundamentação específica (art. <sup>RTO</sup> [489](#), § 1.º, do <sup>RTO</sup> [CPC/2015](#)).

### **Pesquisas do Editorial**

- **ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**, de Rafael Soares Souza - RTNE 3/2014/105
- **INTERPRETAÇÃO DO CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE COM VISTAS À ARBITRAGEM ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO**, de Fernanda Davidoff - RArb 41/2014/243
- **ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL: A ESPECIALIDADE DO LITÍGIO ADMINISTRATIVO E AS ESPECIFICIDADES DO PROCEDIMENTO ARBITRAL**, de Guilherme Baptista Schwarstmann - RArb 44/2015/150
- **ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NOTAS SOBRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.129/2005** , de Thiago Magalhães Pires - RePro 254/2016/431
- **ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NOVA DISCIPLINA NORMATIVA APÓS A LEI 13.129/2015.** , de Caio Cesar Vieira Rocha - RArb 49/2016/103