
MEDIDAS “ANTI-ARBITRAIS” OU PRÓ- ARBITRAGEM? UM NOVO OLHAR SOBRE O PRINCÍPIO COMPETÊNCIA- COMPETÊNCIA À LUZ DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

*ANTI-ARBITRATION OR PRO-ARBITRATION INJUNCTIONS?
A NEW LOOK AT COMPETENCE-COMPETENCE PRINCIPLE
ON THE LIGHT OF ARBITRATIONS INVOLVING PUBLIC
ENTITIES*

Júlia Thiebaut Sacramento¹

Tatiana Mesquita Nunes²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Autonomia da Vontade, Princípio da Estrita Legalidade e os Contornos da Arbitrabilidade Subjetiva para a Administração Pública. 2. A Particular Conformação da Arbitrabilidade Subjetiva

1 L.L.M in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California) Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

2 Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU

da Administração Pública e o Princípio Competência-Competência. 2.1 Aspectos gerais sobre o princípio competência-competência. 2.2 O princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário. 2.3. Doutrina e jurisprudência relacionadas ao afastamento do princípio competência-competência para análise de “cláusula patológicas”. 3. Singularidade da Aplicação do Princípio da Competência-Competência nas Arbitragens Envolvendo a Administração Pública. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo busca lançar um novo olhar sobre a interpretação do princípio competência-competência quando aplicável às arbitragens envolvendo entes públicos. Partindo-se da singularidade de tais arbitragens, as quais devem ser interpretadas em observância ao regime de Direito Público, com todos seus consectários lógicos, espera-se encontrar um patamar ótimo de interpretação daquele princípio, à luz da eficiência e segurança jurídica. Se os entes públicos não possuem propriamente uma vontade, mas se vinculam a uma vontade normativa, como interpretar a situação em que há dúvidas sobre a própria submissão em si à via arbitral? Nesse cenário, seria razoável forçar o ente público a discutir a sua (ausência de) vinculação à convenção de arbitragem justamente na esfera (arbitral) cuja submissão nega? Com fundamento na doutrina, jurisprudência e a partir do estudo de casos envolvendo a Administração Pública, busca-se apresentar meios de aproximação a uma resposta adequada àquela questão.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Competência-Competência.

ABSTRACT: This article aims to take a look on the way competence-competence principle is interpreted when applied to arbitrations involving public entities. Considering the singularity of that kind of arbitrations, which may be interpreted in accordance with a Public Law system, with all its implications, it's expected to find an optimal level of interpretation for that principle, on the light of efficiency and legal certainty. If public entities don't have a proper will, how to interpret a situation in which there are doubts about its own submission to the arbitration? In that perspective, would it be reasonable to force the public entity to discuss its (lack of) binding to the arbitration clause just in the sphere (arbitral) whose submission denies? The article aims, grounded on legal literature and jurisprudence, and from the study of cases involving Public Administration, to present means to reveal an adequate answer to that question.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Subjective arbitrability. Competence-competence.

INTRODUÇÃO

A justificativa da escolha do tema decorre singelamente do contexto: se há debate sobre as iniciativas de anulação de sentenças arbitrais; e se, claro, a cada vez que uma sentença é (muito raramente) anulada, há um compreensível abalo do sistema, então refletir sobre formas de se evitar sentenças inválidas, ainda que, no limite, mediante precoce intervenção judicial, parece ser importante, e quiçá útil.

Com essas considerações, emprestadas dos doutrinadores Yarshell e Auilo (2023, p. 238-239), introduzimos o presente – e também singelo – estudo. Se pode ser importante, e quiçá útil, a análise da intervenção judicial precoce como mecanismo de preservação do próprio instituto da arbitragem – isto é, evitando-se o proferimento de sentenças arbitrais cuja nulidade pode ser verificável e estabelecida *prima facie* –, com igual razão – e até maior – será necessário e útil fazê-lo nos casos em que a arbitragem tiver em um de seus polos ente da Administração Pública, cujo regime jurídico aplicável, em especial, os princípios da legalidade, eficiência e economicidade acrescentam a essa discussão mais uma nota de complexidade.

As linhas que seguem buscam, portanto, apresentar um patamar mínimo de interpretação para os casos em que, envolvida a Administração Pública na disputa, há uma dúvida razoável sobre sua própria vinculação à arbitragem. Serão investigados, para esse fim, os contornos da autonomia da vontade e da arbitrabilidade subjetiva para a Administração Pública para, após um delineamento de como o princípio competência-competência é atualmente pensado pela doutrina e jurisprudência, apresentar razões que, minimamente, justificam um novo olhar sobre as medidas judiciais eventualmente adotadas pela Administração Pública, no sentido de levar previamente certos debates ao Poder Judiciário para o seu controle apriorístico ou concomitante ao desenvolvimento da arbitragem.

1. AUTONOMIA DA VONTADE, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CONTORNOS DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tema da arbitrabilidade subjetiva sob o prisma da Administração Pública já rendeu muitas linhas, escritas pelos maiores expoentes da arbitragem brasileira, em que parte advogava pela suficiência da autorização geral

conferida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/1996, a todas as pessoas capazes de contratar (Amaral, 2012)³, dispensando-se autorização específica para os entes públicos, e outra parte aludia ao entendimento de que a autorização (ampla e geral) para a Administração Pública direta adotar a via arbitral apenas adveio com a Lei nº 13.129, de 2015⁴, que adicionou o §1º ao art. 1º da Lei nº 9.307/96⁵, em fiel observância à legalidade estrita.

A verdade é que a temática em si, sobre a possibilidade de o Poder Público eleger a arbitragem, afastando a via judicial para a solução das suas controvérsias – desde que situadas no espectro dos direitos patrimoniais disponíveis – já se encontra há muito pacificada⁶, remanescendo, no entanto, discussões relacionadas ao momento ou ao contexto em que tal autorização foi concedida, especialmente, nos casos de convenções de arbitragem celebradas antes da autorização legal geral conferida pela Lei nº 13.129/2015.

A discussão não é meramente acadêmica, sendo presente no âmbito de procedimentos arbitrais cuja divergência recai, justamente, sobre a efetiva manifestação de vontade da Administração Pública para firmar tais convenções – e os seus limites⁷. Assim, embora superado o debate sobre a possibilidade de a União eleger, em tese, a via arbitral, tal fato não afasta discussões a respeito da arbitrabilidade subjetiva em determinadas situações concretas.

Sobre o tema, Fouchard, Gaillard e Goldman (1999, p. 313)⁸ ressaltam que há certos indivíduos ou entidades que são considerados inaptos para

3 Fichtner; Mannheimer; Monteiro (2019, p. 557) vão mais além e sustentam que “nunca houve necessidade de autorização legal específica”, nem sequer a do caput do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, defendendo que a autorização para a Administração Pública firmar convenção de arbitragem decorre da própria competência administrativa do órgão e/ou agente público para firmar contratos em geral.

4 Veja-se, por todos, Cardoso; Albuquerque (2022, p. 71-98).

5 Art. 1º [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

6 Muito bem observa Salles (2011, p. 242) que o exame da admissibilidade da arbitragem em contratos administrativos não é tarefa simples, uma vez que depende da análise de uma série de diplomas legislativos e variáveis. Reforça, assim, a ideia de que a autorização legislativa geral inserida pela Lei n. 13.129/15 no §1º no art. 1º da LArb, longe de ter o potencial de extirpar discussões em concreto atinentes à arbitrabilidade subjetiva, apenas colocou uma pá de cal sobre o debate teórico se poderia ou não a Administração Pública valer-se da arbitragem para resolver suas disputas, sendo, desde 2015, a resposta afirmativa, para os acordos celebrados após o advento da norma.

7 O entendimento de que a autorização legal inserta no art. 1º, § 1º, da LArb era necessária para que a União firmasse convenções de arbitragem (ressalvadas autorizações legais específicas) foi, por exemplo, externado pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da União - NEA/AGU nos autos dos Procedimentos Arbitrais nº 75/2016, 85/2017 e 97/2017, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (B3), conforme será adiante melhor detalhado.

8 Os autores, ao se referirem à arbitrabilidade objetiva e subjetiva, respectivamente, explicam que “this means, first, that the agreement must relate to subject-matter which is capable of being resolved by arbitration and, second, that the agreement must have been entered into by parties entitled to submit their disputes to arbitration”. (Fouchard; Gaillard; Goldman, 1999, p. 311).

submeter suas disputas à arbitragem, por conta do seu status ou função. Tal lógica se aplica perfeitamente aos entes públicos, uma vez que o regime jurídico especial ao qual se submetem, sobretudo, a sua vinculação ao princípio constitucional-administrativo da legalidade, limita o âmbito de atuação dos agentes públicos e lhes autoriza a agir apenas nas estritas balizas delimitadas pela lei (*lato sensu*), tendo sempre como mote o interesse público⁹.

Ou seja, enquanto as partes privadas podem simplesmente praticar ações de liberalidade com fundamento na autonomia da vontade, à Administração Pública igual prerrogativa não é outorgada, sendo “possível afirmar que a Administração Pública não possui uma vontade ínsita, como ocorre com os indivíduos, mas uma espécie de ‘vontade normativa’ – a mens legis concretamente falando” (Nunes; Gomes, 2022, p. 91)¹⁰⁻¹¹. E tal manifestação não apenas decorre da lei e apenas dela, como tem seus próprios contornos e limites definidos pela lei¹².

Assim, as entidades públicas devem observar não apenas uma autorização legal específica, mas também certas condições prévias (critérios) para submeterem seus conflitos à jurisdição arbitral¹³. Disposição nesse

-
- 9 O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, como se sabe, ao estabelecer o princípio da legalidade como um dos princípios vetores da atuação administrativa, traz consigo o comando de que toda manifestação de vontade exarada pelos entes públicos, através dos seus agentes, deve ter sua fonte de validade na lei (sentido amplo). Significa dizer que toda e qualquer vontade manifestada pela Administração Pública não pode ser outra senão uma “vontade normativa” – isto é: uma escolha dentro de um espaço de valoração permitido pela própria lei. Para Barista Júnior (2007, p. 239-240): “As margens discricionárias abrem apenas um ‘espaço de valoração’ para que o administrador (Administração Pública) possa melhor fazer prevalecer uma vontade que, na verdade, é normativa”.
- 10 No mesmo sentido, Ávila (2007, p. 2) destaca a inexistência de vontade pela Administração Pública: “[a] adequação do interesse público (não da sua supremacia) para a teoria do Direito Administrativo foi devidamente esclarecida. Não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhe ótima aplicação concreta. Por isso que a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função. (...)”.
- 11 “(...) a renúncia à jurisdição estatal e a adoção da arbitragem para solução de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública não são decisões, a princípio, inteiramente sujeitas à discricionariedade administrativa, dependendo de lei que as autorize. Importam opções estranhas ao campo discricionário do administrador, necessariamente delimitado pelo ordenamento jurídico” (Salles, 2011, p. 238).
- 12 “Neste momento [da inserção do § 1º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996], passou a existir a possibilidade de a Administração escolher a via arbitral. No entanto, tal escolha não poderia – como não pode nenhuma escolha administrativa – ser exercida livremente, senão em observância às balizas normativas (daí a noção de “vontade normativa” que apresentamos) e, dentre as opções legalmente adequadas, com vistas a atingir o interesse público da forma mais eficiente” (Nunes; Gomes, 2022, p. 92).
- 13 Nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman (1999, p. 314) citam, como exemplos, o caso da Constituição do Iran de 1979, que, no seu artigo 139, dispõe que a resolução de disputas relativas a bens do Estado, ou a submissão dessas disputas à arbitragem, estão sujeitas à aprovação do Conselho de Ministros e devem ser notificadas ao Parlamento. Citam, ainda, o caso da Síria, que exige que empresas estatais tenham aprovação administrativa para submeter suas disputas à arbitragem.

sentido foi consagrada pela Lei de Arbitragem Brasileira (“LARb”) – Lei nº 9.307/06, que estabelece que “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” (art. 1º, § 2º).

Ou seja, sendo a convenção de arbitragem celebrada por autoridade diversa daquela prevista no art. 1º, § 2º, o ato nascerá com vício congênito de nulidade, pois celebrado por autoridade incompetente¹⁴. Longe, entretanto, de traduzir mero formalismo burocrático, o respeito à divisão de poderes e funções no âmbito da Administração Pública tem como lastro justamente o fato de que somente a autoridade competente tem capacidade de manifestar adequadamente a “vontade normativa” da Administração Pública, sendo inválida a expressão de vontade realizada por quem, observadas as disposições legais, não podia fazê-lo.

Retomando o que delineamos nas primeiras linhas e a partir dessas simples ideias, fica intuitivo perceber que a noção de arbitrabilidade subjetiva – seja em seu sentido estrito, isto é, que insere sob o manto da arbitrabilidade subjetiva apenas questões vinculadas à proteção de interesses gerais ou da coletividade, seja em seu sentido amplo, a encampar também discussões relacionadas à existência e validade do consentimento das partes que firmaram o acordo – assume contornos próprios e distintivos quando aplicada à Administração Pública.

E, como mencionamos, é em relação a tais contornos que se instala a discussão que atualmente remanesce em matéria de arbitrabilidade subjetiva para a Administração Pública. São discussões relacionadas não apenas ao aspecto temporal da autorização legal, mas também a uma atuação em concreto do ente público em conformidade com as balizas normativas estabelecidas. Seria o caso, por exemplo, de convenções de arbitragem celebradas por entes públicos antes da promulgação da Lei nº 13.129/2015, ou celebradas por agentes públicos sem a observância ao § 2º do art. 1º da

14 Lembremos, pois, que o vício de validade da cláusula compromissória poderá ocorrer no caso de agente incapaz de celebrar o negócio jurídico arbitral, o que se aplica ao caso da autoridade que não possui, por lei, competência para vincular a Administração Pública a uma cláusula arbitral, afastando a jurisdição estatal constitucionalmente assegurada.

Lei 9.307/1996¹⁵, ou, ainda, nos casos em que determinado ente público é submetido a um procedimento arbitral, mesmo quando ele não anuiu expressamente à convenção de arbitragem¹⁶.

Ora, se a Administração Pública não possui propriamente uma vontade autônoma – como os particulares – e sim uma vontade normativa (isto é, dentro dos limites legalmente estabelecidos) e, pois, os contornos da arbitrabilidade subjetiva possuem aspectos próprios e particulares quando envolve um ente público, importa perquirir quais as consequências dessa particularidade no ambiente arbitral, sobretudo no tocante à limitação do agir do Poder Judiciário em matéria de arbitragem. Aqui, optamos por tratar essa temática especialmente sob a ótica do princípio da competência-competência.

2. A PARTICULAR CONFORMAÇÃO DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

2.1. Aspectos gerais sobre o princípio competência-competência

Na seara das arbitragens, o princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), de origem alemã, foi adotado em diversos ordenamentos jurídicos, bem como no âmbito das arbitragens internacionais, para consagrar a noção de que cabe aos próprios árbitros analisar se possuem ou não, à luz da convenção de arbitragem, competência para apreciar e julgar o litígio que lhe é apresentado.

Com a evolução desse princípio no campo arbitral, inclusive a partir da sua incorporação ao direito francês, passou-se a extrair a ideia de que, ainda que o juízo do(s) árbitro(s) sobre a extensão da sua competência não esteja livre do reexame pelo Poder Judiciário, existe uma prioridade temporal assegurada

15 Há, ainda, bastante discussão na doutrina acerca da interpretação deste dispositivo e, mais especificamente, sobre a consequência da convenção de arbitragem firmada por autoridade destituída de competência. Embora nos filieemos ao entendimento de que tal resultaria na invalidade da convenção, com todos os seus consectários lógicos, oportuno mencionar a posição de Carmona (2023, p. 71) sobre o tema, ao recomendar “(...) máxima cautela na análise de alegação de convenção de arbitragem por violação do § 2º do art. 1º da Lei de Arbitragem”. Segundo o doutrinador, “[o] dispositivo foi inserido na Lei para melhor garantir a estabilidade dos negócios jurídicos, não para permitir que qualquer dos contratantes, circulando entre os meandros escuros da estrutura organizacional do Estado, tente encontrar um meio desleal de escapar à vontade manifestada de resolver litígio pela via arbitral. O dever de lealdade e a boa-fé que orienta a celebração de qualquer avença deve guiar o julgador que tenha que apreciar alegação de vício da convenção arbitral, tendo sempre em mente que *pacta sunt servanda*.”

16 Essa última situação ocorreu no Procedimento Arbitral CCI 24957/PFF, envolvendo a concessionária de rodovia MSVIA, em que a União foi apontada como Requerida, a despeito de não ter assinado o contrato administrativo contendo a cláusula arbitral. A questão, levantada pela União, foi acolhida preliminarmente, passando o ente público a ocupar a função de interveniente anômalo no procedimento, não mais parte.

ao árbitro ou tribunal arbitral para que se manifeste a respeito da questão, cabendo ao juiz togado, como regra, exercer o controle tão somente a *posteriori*.

Baptista (2011, p. 134) descreve a eficácia positiva do princípio da competência-competência através de duas facetas, a saber: a obrigação das partes de submeter à arbitragem eventual divergência sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem e a competência dos árbitros para dizê-lo. Para Martins (2008, p. 137), “[a] eficácia positiva encerra a aptidão do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição. Traduz, em si, a função jurisdicional do árbitro”¹⁷.

Em relação à chamada eficácia negativa, Martins (2008, p. 137) a relaciona “com o momento em que essa competência é exercida. É o árbitro ‘o primeiro juiz a dizer sobre a sua jurisdição’”. Segundo o autor, “[o] efeito negativo afasta, de plano, qualquer intervenção judicial que se pretenda para dirimir as questões acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que estiver contemplada”. Para Ancel (2005, p. 55), “(...) o verdadeiro fundamento da regra de competência-competência está na relação que cada ordem jurídica estatal estabelece entre a autoridade jurisdicional de seus tribunais e a autoridade jurisdicional dos árbitros”, do que decorre a importância da mencionada dimensão negativa do princípio¹⁸.

Embora o princípio da competência-competência não seja regra absoluta¹⁹ e, mais ainda, sua dimensão negativa não seja consagrada por

17 Segundo Ancel (2005, p. 53), “(...) esta competência-competência, em seu efeito positivo, é admitida em geral sem grande dificuldade na comunidade internacional e na maioria das legislações modernas relativas à arbitragem internacional”.

18 Ancel (2005, p. 55) afirma que “[e]ste efeito negativo da regra não é direcionado ao árbitro; não existe um fator de limitação ou de redução desta habilitação do árbitro para apreciar sua própria competência a partir do momento que esta é contestada. Bem ao contrário, é um fator de proteção que, longe de se opor ao efeito positivo, o confirma ao proteger o exercício da competência-competência de toda intervenção da autoridade judicial estatal. O efeito negativo dirige-se ao juiz; ele torna a competência-competência do árbitro oponível ao juiz e impõe a este se abster de conhecer da questão da competência antes que o próprio árbitro se pronuncie sobre ela”.

19 “[A]lguns Estados, ao cultivar com intransigência uma concepção contratual da arbitragem – ao menos interna –, não concedem ao árbitro a competência para apreciar sua própria competência; é o caso, por algum tempo ainda, da China e também da Argentina”. (Ancel, 2005, p. 56)

todas as ordens jurídicas²⁰, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu aos árbitros competência para decidir sobre a sua própria jurisdição, ao dispor, no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, que “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”^{21, 22}.

Muito embora, na prática arbitral, se tenha buscado consolidar a ideia de que o princípio da competência-competência impede qualquer intervenção prévia do Poder Judiciário para tratar de questões relacionadas à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, propomos a construção de um olhar crítico a esse respeito, menos absolutista e mais aprofundado, o qual encontra respaldo não só na própria literalidade do art. 8º da LArb, mas, acima de tudo, numa interpretação ampla do ordenamento jurídico, principalmente, diante das normas aplicáveis à Administração Pública.

2.2. O princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário

Como observado nas linhas introdutórias a este tópico, o princípio da competência-competência atua como espécie de marco temporal para a atuação do Poder Judiciário, o qual poderia apenas agir “a posteriori”, após a análise, pelos árbitros, de sua própria competência. Calcada a arbitragem em uma manifestação de vontade – quer na autonomia da vontade dos particulares, quer na “vontade” normativa dos entes públicos – como responder à situação em que uma das partes afirma que nunca se vinculou a uma convenção de arbitragem e, pois, não pode ser obrigada a ter sua divergência inicialmente avaliada por um tribunal diverso daquele que lhe é constitucionalmente assegurado – no caso, o Poder Judiciário?

20 “Nos sistemas que seguem a Lei-modelo da UNCITRAL ou o modelo da Convenção de Nova Iorque de 1958, o árbitro não se beneficia de nenhuma prioridade, enquanto que o juiz dispõe de um poder de pleno exame da cláusula arbitral. Com várias nuances próprias a cada um, pode-se reagrupar aqui o direito da República Federal da Alemanha (§ 1.032, ZPO), o direito inglês (Arbitration Act, 1996, sect. 9) e também os direitos holandês e belga, além do direito dos Estados Unidos da América do Norte ou da Federação Russa (art. 148. 5º, C. Pr. Com), ou, ainda, parece-me o caso da Espanha, apesar do art. 7 da lei de 23 de dezembro de 2003, já que o art. 11, § 1, sobre a exceção de arbitragem, não limita o poder do tribunal a um exame *prima facie* da convenção. A dimensão contratual do acordo compromissório se faz sentir aqui: o juiz estatal é competente para se pronunciar sobre a existência, a validade, a força obrigatória do contrato de arbitragem como ele o é para toda espécie de contrato”. (Ancl, 2005, p. 57)

21 O Brasil estaria, portanto, ao lado dos ordenamentos jurídicos da Suíça, Grécia e Itália, os quais, segundo a doutrina, possuiriam “sinais de convergência sobre um ou outro ponto com a posição francesa” (Ancl, 2005, p. 60).

22 O art. 20, da Lei de Arbitragem, por sua vez, ao estabelecer que a parte que pretender arguir questões relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem, também é apontado por alguns autores como outra fonte normativa do princípio da competência-competência no ordenamento jurídico pátrio.

Quando apenas observamos a questão sob o prisma da parte que considera ter elegido voluntariamente a jurisdição arbitral para suas contendas, a questão parece ter sido solucionada pelo princípio da competência-competência, pois seria assim dada primazia à autonomia da vontade e respeitado o negócio jurídico arbitral celebrado pelas partes no sentido de submeter sua(s) controvérsia(s) à solução arbitral.

A questão, no entanto, fica mais nebulosa quando se observa a questão sob o prisma da parte que afirma que não há arbitrabilidade subjetiva (*lato sensu*) – e.g., ao alegar que não se submeteu à cláusula arbitral ou que a parte adversa a ela renunciou ou, ainda, que buscou excluir da arbitragem, na redação da cláusula arbitral, determinada matéria específica (o que, para aqueles que adotam a acepção estrita da arbitrabilidade subjetiva, poderia ser discutido sob o prisma da arbitrabilidade objetiva, inclusive). Nesses casos, a questão não se resolve tão facilmente pela aplicação fria princípio competência-competência, pois uma das partes considera que *não* se vinculou à jurisdição arbitral – e, por isso, tem direito a litigar na jurisdição estatal, conforme lhe é constitucionalmente assegurado. Assim, observada a questão sob o prisma da parte que invoca a inarbitrabilidade da disputa, a aplicação simples e cega do princípio pode não ser a melhor solução. Minimamente, há que se ter um olhar refinado sobre o caso.

Com efeito, a essa nebulosidade acrescenta-se ainda maior complexidade quando se está diante de uma parte pública, quer porque os limites da estrita legalidade não lhe permitem sequer abdicar da jurisdição estatal fora dos limites normativos, quer porque o erário não poderia estar sujeito ao ônus de um procedimento arbitral viciado em sua origem.

Assim, nos parece deveras temerário, senão um contrassenso, defender a todo custo a aplicação do princípio competência-competência, sobretudo a sua dimensão negativa, dotando-o de caráter absoluto. Parece claro que, ainda que se considere que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a faceta negativa do princípio, isso não significa impedir toda e qualquer ação prévia do Poder Judiciário no sentido de obstar arbitragens claramente eivadas de vícios em seus planos da existência, validade ou eficácia.

Neste sentido, até as vozes mais defensoras de uma aplicação quase-absoluta do princípio competência-competência aceitam que, em face de vícios claros que se apresentem em qualquer dos três planos do ato jurídico (existência, validade ou eficácia), seria possível a excepcional atuação *prima facie* do Poder Judiciário. Veja-se, a respeito, as lições de Gaillard (2009, p. 224):

(...) mesmo nas hipóteses em que a controvérsia ainda não tenha sido levada ao árbitro, a jurisdição estatal instada a conhecer o mérito, apesar da existência de cláusula compromissória, deve declarar-se incompetente,

a menos que a cláusula seja manifestamente nula.

Se a maioria das vozes da doutrina²³ e a própria jurisprudência brasileira²⁴ aliam-se ao entendimento de que, frente a uma mácula clara na convenção de arbitragem, seria possível o controle *prima facie* do Poder Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal – e assim promovendo verdadeira ponderação entre o princípio constitucional explícito mencionado e o princípio implícito da competência-competência²⁵⁻²⁶, que veste a roupagem de regra ao ser inscrito no art. 8º, parágrafo único, da LArb –, a discussão persiste na delimitação do que se constituiria como “mácula clara”²⁷ e como poderia ser exercido tal controle *prima facie*.

Sobre a segunda parte da discussão (de mais fácil solução, aparentemente), Carmona (2023, p. 189) apresenta ponderação bastante interessante, ao estatuir que

(...) poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento

23 Dinamarco (2022, P. 106) ensina que “(...) o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (dupla interpretação), suas dimensões, suas ressalvas, sob pena de abrir escancaradas à indiscriminada subtração dos lígios pelo juiz natural”. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, citado por Mejias (2015, p. 91), aduz que “(...) o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais e da Convenção de Nova Iorque, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário. Deste modo, à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz” (Tepedino, 2012).

24 Vide os seguintes precedentes, cuja essência pode ser resumida no seguinte trecho do voto da Min. Nancy Andrighi “[o] Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp no 1.602.076/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2016; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp no 1.803.752/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04.02.2020; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.845.737/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20.02.2020.

25 Considera-se o princípio competência-competência como princípio implícito por ser ele decorrência do princípio da autonomia da vontade, este inscrito expressamente no art. 5º, inc. II, da CRFB/1988.

26 No bojo do CC 151.130, o relator para o Acórdão Luis Felipe Salomão afirmou que “a subtração à jurisdição estatal excepcionalmente uma das garantias fundamentais, que é a inafastabilidade da jurisdição estatal, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, sendo necessário, portanto, adotar interpretação consentânea aos interesses envolvidos no litígio” (Citado por Yarshell; Auilo, 2023, p. 241).

27 Para Mejias (2005, p. 108), “(...) tendo o sistema sido pensado e desenvolvido para um ambiente de razoáveis divergências quanto à jurisdição e capacidade do árbitro, a primeira gama de exceções seriam aqueles casos de vícios aberrantes que, justamente por não comportarem dúvidas razoáveis, impedirão que um mecanismo embasado no Kompetenz-Kompetenz as resolva de forma eficiente”.

da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral²⁸.

De fato, se o juiz togado vislumbra a necessidade de que seja feita instrução probatória, parece que não se está diante de uma nulidade patente, manifesta, não havendo razão para se abdicar da aplicação do princípio da competência-competência.

Já quanto à primeira parte da questão (o que constituiria uma “mácula clara”), esta gera maiores debates. O entendimento do que seria a patologia capaz de ensejar o controle primário do Poder Judiciário, afastando, em juízo de ponderação, o princípio competência-competência, ainda enseja muitas discussões na doutrina e jurisprudência, visto se tratar de uma questão que, necessariamente, demanda análise casuística, sendo difícil delimitar exatamente onde termina uma cláusula não patológica e onde se inicia a ideia de cláusula patológica. Dedicaremos o próximo tópico para tratar de alguns entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, para depois passar à singularidade do tratamento da questão quando diante das arbitragens envolvendo a Administração Pública.

2.3 Doutrina e jurisprudência relacionadas ao afastamento do princípio competência-competência para análise de “cláusulas patológicas”

A respeito da interpretação do que pode ser considerado uma patologia capaz de ensejar a apreciação prévia do Poder Judiciário, em detrimento da análise dos árbitros, Carmona (2023, p. 189) apresenta o seguinte raciocínio:

Tal como no direito francês, é relevante destacar o caráter excepcional da cognição prévia pelo juiz togado, a qual apenas será admissível nas situações em que a nulidade ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem é evidente por um simples exame *prima facie*, extirpe de dúvidas ou discussões juridicamente possíveis sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem²⁹.

28 Para Mejias (2005, p. 108), “(...) é correto que o critério ausência de dúvidas razoáveis seja equiparado a desnecessidade de dilação probatória, ou seja, às hipóteses em que o vício possa ser constatado de plano, com base em prova pré-constituída”.

29 Veja-se que a própria legislação francesa – considerada por muitos como a mais protetiva em matéria de arbitragem (e, em particular, quanto à amplitude do princípio competência-competência) estatui que “assim que um litígio para o qual um tribunal arbitral foi constituído em virtude de uma convenção de arbitragem é levado para o juízo estatal, este deve declarar-se incompetente, a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou inaplicável” (art. 1.458 do Code de Procédure Civile).

No mesmo sentido, Felipe Sripes Wladeck (citado por Yarshell; Auilo, 2023, p. 239) aduz que “nos casos em que a irregularidade da convenção ou a ‘incompetência arbitral’ puder ser detectada de plano (mediante o simples exame dos elementos da inicial) e, além disso, for capaz de inviabilizar de modo absoluto a arbitragem”, o juiz deve “acolher a medida anti-arbitral formulada, para declarar a impossibilidade do prosseguimento do processo arbitral em curso”.

A questão, para Dinamarco (2022, p. 261), resolve-se pela constatação de potencial prejuízo na esfera jurídica do sujeito, ou seja, “[q]uando a decisão tiver uma eficácia tal que possa propiciar desde logo a invasão da esfera jurídica de um sujeito, causando-lhe *prejuízo*, a exclusão do controle judiciário seria inconstitucional”. Já para Mejias (2005, p. 109), menos importa a gravidade do vício, e sim que inexistam incertezas fáticas na sua apuração para que seja devida a “interferência” judicial.

A doutrina, portanto, embora tenha natural dificuldade no estabelecimento de parâmetros fixos sobre o que seria a patologia capaz de ensejar a apreciação prévia – ou seja, antes da cognição pela via da ação anulatória – de cláusula arbitral ou de questões pertinentes a um procedimento arbitral, logrou êxito em estabelecer, minimamente, balizas interpretativas para esse fim, as quais passam, em linhas gerais, pela possibilidade de verificação “de plano” da questão – sem necessidade de instrução probatória – e pela gravidade do vício, o qual inviabilizaria a própria arbitragem.

A jurisprudência vem se consolidando em sentido bastante similar à doutrina sobre o tema – dado o natural imbricamento entre uma e outra fonte do direito – ao consolidar o entendimento de que (i) o afastamento do princípio competência-competência é situação excepcional; e (ii) essa excepcionalidade dá-se no caso de patologias na cláusula ou de evidente nulidade aferíveis de plano. Seguindo essa linha de entendimento, vejam-se os seguintes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que bem resumem a forma como a justiça estatal tem lidado com o tema:

A competência do Juízo arbitral para a interpretação do alcance subjetivo e da extensão objetiva da cláusula compromissória deve prevalecer, conforme a regra *Kompetenz-Kompetenz*, **ressalvadas hipóteses excepcionais**, como os casos de vício evidente que torne a cláusula arbitral patológica, o que não se verifica no presente caso. (grifos das autoras) (AgInt no REsp 2045629 / SP, trechos do voto do Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, DJe 23/11/2023)

Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, per si, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes - devidamente referenciada na sentença extintiva -, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário. (grifos das autoras)

(REsp 1699855 / RS, trechos do Acórdão, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 08/06/2021)

O magistrado pode analisar a alegação de ineficácia da cláusula compromissória por descumprimento da formalidade do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, independentemente do estado do procedimento arbitral.

[...]

É inegável à finalidade de integração e desenvolvimento do direito a admissão na jurisprudência desta corte de cláusulas compromissórias ‘patológicas’ (...) cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral.

(REsp 1.602.076/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 30/9/2016).

Apresentadas, pois, as principais linhas teóricas e jurisprudenciais sobre situações em que se faz necessária a ponderação entre o princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário, passa-se à principal missão deste estudo, qual seja, a investigação sobre a singularidade da aplicação desse princípio nas arbitragens envolvendo a Administração Pública e, mais especificamente, como as chamadas “medidas anti-arbitrais” podem ser, na realidade, medidas voltadas à própria proteção da arbitragem.

3. SINGULARIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA NAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira pergunta que se coloca, frente ao título desta parte do artigo, é se há, de fato, razões que justifiquem uma singularidade da aplicação do princípio competência-competência nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. E a resposta deve ser positiva. Inicialmente, vale o registro de que a própria participação da Administração Pública no ambiente arbitral – pensado e moldado, *ab initio*, para as disputas comerciais – já leva consigo algumas singularidades. A principal delas é a publicidade, em contraposição à característica reconhecida às arbitragens, qual seja, a confidencialidade. Outra singularidade relevante é a impossibilidade do julgamento por equidade, e por aí vai.

Há de se notar que a Administração Pública, ao ingressar em qualquer “seara jurídica”, carrega consigo algo chamado “regime de direito público”, e essa carga possui inúmeras singularidades, as quais necessitam ser compatibilizadas com outros “regimes” com os quais espera-se haver alguma concertação. O “regime” da arbitragem, pois, não é o único que precisa sofrer adequações quando a Administração Pública entra em cena.

Bem posta esta premissa, resta investigar qual seria essa “singularidade”, capaz de ensejar uma distinta interpretação do princípio competência-competência. Para tal fim, deve ser retomada a ideia, delineada linhas atrás, segundo a qual a Administração Pública não se vincula à arbitragem por meio da autonomia da vontade, e sim por meio de uma vontade normativa. Ou seja, a própria integração da Administração Pública a um procedimento arbitral apenas pode ocorrer se e nos moldes autorizados por Lei.

Assim, embora possa caber aos árbitros a interpretação de uma cláusula arbitral em si, conforme o princípio competência-competência, tal não pode excluir, em caráter absoluto, a capacidade do Poder Judiciário de apreciar, principalmente nas lides envolvendo a Administração Pública, a própria conformação da cláusula à previsão legal – e isso tem consequências

tanto sob a ótica da arbitrabilidade subjetiva, como sob alguns aspectos da arbitrabilidade objetiva.

Com efeito, se se está diante de uma situação em que a Administração *sequer poderia* estar em uma arbitragem, por qualquer descumprimento de comando legal, e se o cerne da discussão travada, num primeiro momento, perpassa justamente pela resolução desse imbróglio, será que é razoável aprisionar a Administração Pública na esfera arbitral, impedindo-a de debater a questão numa esfera (o Poder Judiciário) que, a todas as evidências, é a adequada? Nos casos em que uma arbitragem se inicia em manifesta desconformidade com a lei, seria legítimo extirpar a possibilidade de pronta correção de rumos pelo Poder Judiciário, permitindo-lhe atuar tão somente após o decorrer de um longo e custoso procedimento arbitral? Tal postura adequa-se aos princípios da eficiência e economicidade que regem a Administração Pública?

É evidente que aqui não se está a defender um total e completo afastamento do princípio competência-competência quando diante de arbitragens envolvendo o Poder Público – a proposta, definitivamente, não é essa. O que se defende é que o princípio em questão deve ser analisado casuisticamente e, acima de tudo, compreendido sem se olvidar que os interesses tutelados pela Administração Pública são, sim, dotados de uma proteção especial. Não à toa é designado um regime jurídico especial para reger a sua atuação, dentro do qual destaca-se a observância à estrita legalidade e seus consectários.

Pois bem. Algumas medidas adotadas pela Administração Pública quando litigante na esfera arbitral têm sido classificadas, por determinados grupos, como medidas anti-arbitrais, notadamente aquelas que buscam preliminarmente, junto ao Poder Judiciário, afastar a jurisdição arbitral, com o objetivo de impedir todo o desenvolvimento de um procedimento arbitral que – no entender do ente público – é inequivocamente nulo na sua essência.

O caso mais emblemático, muito conhecido pela comunidade arbitral, diz respeito ao Procedimento Arbitral nº 75/2016, que nasceu a partir de uma cláusula arbitral inserta no Estatuto Social da Petrobras em 2002, anteriormente à autorização legislativa para a União se submeter a procedimentos arbitrais.

No caso, tão logo demandada, a União apresentou manifestação afirmando que, por força do princípio da legalidade, a cláusula arbitral não poderia vinculá-la e abranger suas disputas, pois, ao tempo da inserção da cláusula no Estatuto (2002), a União não estava legalmente autorizada a eleger a arbitragem como meio de solução de controvérsias. Dessa feita, qualquer aparente manifestação de vontade no sentido de eleger a arbitragem seria descolada da “vontade normativa” e, portanto, inválida.

O pedido de exclusão da arbitragem, formulado pela União, foi, no entanto, indeferido pelo Presidente da Câmara de Arbitragem, de modo que

a União ajuizou ação perante a Justiça Federal (ref. Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100), visando à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigasse a participar do procedimento arbitral instaurado perante a CAM-BOVESPA, sendo manifestamente nulo o procedimento arbitral. Após uma ponderação dos valores em jogo, entendeu a União que levar a controvérsia previamente ao Poder Judiciário, naquele caso, além de compactuar com os princípios da legalidade, eficiência, economicidade e segurança jurídica, representaria também discutir a questão na única arena adequada, visto que a União nunca pretendeu – e nem poderia pretendê-lo – afastar a justiça pública estatal para resolver suas disputas em sede arbitral.

Tal discussão, adiante, deu ensejo ao Conflito de Competência nº 151.130, instaurado pela parte adversa à União, que sustentou prevalência do juízo arbitral e a proibição de controle apriorístico pelo Poder Judiciário, com base no princípio da competência-competência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), chamado a debruçar-se sobre a questão, reconheceu a sua competência para apreciar a matéria e adotou entendimento bastante consonante à necessidade de se aplicar com *gravis salis* o princípio competência-competência quando diante de alegações de máculas graves na cláusula compromissória em conflitos envolvendo a Administração Pública. A seguir, reproduzimos alguns dos principais trechos do voto condutor do Min. Luis Felipe Salomão:

Na hipótese, houve o questionamento por parte da União justamente pela ausência de autorização legal e vagueza na própria cláusula compromissória inserta no Estatuto da Petrobras quanto aos termos de sua abrangência em relação a ela, daí por que entendo que a cláusula compromissória deve ser específica quanto aos limites de sua vinculação.

A discussão, portanto, é anterior à própria ideia de efetiva convenção entre as partes, somente a partir do que, de fato, convencionada a cláusula compromissória e instalado o Juízo arbitral, este passa ser o juiz da causa, inclusive para deliberar sobre sua própria competência (aplicação da regra da “competência-competência”).

No caso, discute-se a ausência de autorização expressa por parte do ente federado, por meio da qual foi imposto à União, na hipótese, o procedimento arbitral, de maneira prévia, e, ainda, delimitado a determinados litígios.

Assim, em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula.

Nesse sentido, o teor da cláusula compromissória inserida no Estatuto da Petrobras evidencia que as disputas submetidas à arbitragem envolvem tão apenas “as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social”, o que se dissocia do caso em análise.

Assim, a matéria em análise ultrapassa, no tocante à União, os atos societários, porquanto as suscitantes pretendem a responsabilização solidária da União em virtude da escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras e da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes. Há, portanto, pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União.

Daí que não há cogitar aqui, com a devida vênia, do princípio da competência-competência. (grifos do autor)³⁰

As críticas da comunidade arbitral ao Acórdão, decidido por 10 a 1 no âmbito do STJ, foram muitas. Aludia-se a uma espécie de “desconfirmação” do princípio competência-competência, assim como a um suposto “enfraquecimento” do próprio instituto da arbitragem. Com a devida vênia a tais entendimentos, não houve nem “desconfirmação” do princípio, nem sequer enfraquecimento do instituto; a nosso ver, justamente o contrário.

A abordagem dada pelo relator do caso, Min. Luis Felipe Salomão, alinha-se completamente à posição defendida nesse estudo e à noção de vontade normativa a que aludimos. Se, para os particulares, deve-se aplicar o princípio “in dubio pro arbitragem” como medida protetiva ao próprio instituto, evitando-se abusos e práticas de má-fé no sentido de buscar se esquivar do acordado, no caso da participação da Administração Pública, dá-se lugar a uma ideia de que a dúvida fundada quanto à própria vinculação do ente público à arbitragem, por questão legal, deve ser solucionada pelo órgão constitucionalmente competente, não sendo possível falar em “proteção ao acordado”.

30 As razões de decidir do Superior Tribunal de Justiça são também bem compreendidas pela leitura de alguns trechos do voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, os quais ora colacionamos: Em se tratando de ente da Administração Pública (...) seu consentimento à arbitragem, corolário da autonomia da vontade, deve-se apresentar-se de modo expresse e inequívoco, não se admitindo, nessa específica hipótese, a demonstração, por diversos meios de prova, ou por interpretação extensiva, da participação e adesão do ente estatal ao processo arbitral. [...] A hipótese retratada nos presentes autos, em que se pretende a instauração de procedimento arbitral contra a União Federal, pessoa jurídica de Direito Público, integrante da Administração Pública direta, em tese sem seu expresse e indispensável consentimento, constitui hipótese ostensivamente aberrante, nos dizeres do citado autor, a admitir a prévia manifestação do Poder Judiciário acerca da (in)eficácia subjetiva do compromisso arbitral, a contemporizar o princípio do kompetenz-kompetenz. (grifos das autoras)

Outro exemplo de situação pode ser extraído do Procedimento Arbitral nº 24957/GSS/PFF, tendo como requerente a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (“MSVIA”) e requeridas a União e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”). A cláusula arbitral que deu ensejo à arbitragem estava inserida em Contrato de Concessão celebrado entre a ANTT e a MSVIA. A União nunca participou diretamente da relação jurídica, mas, ainda assim, foi demandada, como requerida, pela MSVIA, em litígio que pretendia discutir, essencialmente, aspectos ligados ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Nessa hipótese, a inarbitrabilidade subjetiva da União poderia ser verificada de plano, a partir de um simples cotejo entre os termos do contrato de concessão, as disposições legislativas que regem a matéria e a pretensão buscada pela Requerente³¹. Assim, quaisquer atos ou decisões que pretendessem forçar a União a permanecer como parte naquele procedimento arbitral seriam teratológicos e nulos de pleno direito, autorizando eventual medida antecipatória da União perante o Poder Judiciário, com objetivo de obstar o prosseguimento da arbitragem.

No caso apresentado, no entanto, a União, após juízo de ponderação³², optou por não ingressar de plano com ação judicial de relação de inexistência de relação jurídica, confiando que os árbitros teriam uma boa compreensão a respeito da controvérsia, o que foi confirmado por decisão do Tribunal Arbitral (OP nº 04), que ratificou que a União não deveria figurar no polo passivo da arbitragem.

Tal caso é relevante de ser mencionado, pois além de ilustrar, a partir de uma situação real, mais um exemplo de hipótese que justificaria uma atuação judicial prévia do ente público, demonstra também, concretamente, que a União não se vale desmesuradamente de medidas “anti-arbitrais” (como alguns classificam) para solucionar situações teratológicas ou “máculas

31 Em sua manifestação, a União pugnou que não poderia ser considerada parte material da controvérsia, à luz do que dispunha a própria legislação. Isso porque a Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT, ela própria, ao realizar a descentralização administração, delegou a essa autarquia diversas funções, como, por exemplo, atribuições para celebrar, gerir e regular os contratos de concessão rodoviária, bem como para fiscalizar o serviço, cabendo, exclusivamente à ANTT, por força da divisão de competências legislativas, promover o equilíbrio econômico-financeiro discutido.

32 Dois aspectos foram levados em conta pela União no seu juízo de ponderação: em primeiro lugar, em procedimento arbitral muito semelhante (Procedimento Arbitral CCI nº 23960/GSS), envolvendo outra concessionária de rodovias, a parte requerente também havia incluído a União como requerida, mas acabou concordando que, de fato, a União não poderia ostentar a qualidade de parte, tendo então havido a exclusão consensual da União, sendo, portanto, um precedente de reforço à tese da União. Além disso, outro aspecto ponderado no caso envolvendo a “MSVIA” é que a União possuía interesse em permanecer na arbitragem na qualidade de terceira interveniente. Assim, ao invés de solicitar ao Judiciário a sua exclusão, a partir de uma ação judicial de inexistência de relação jurídica, entendeu que seria mais vantajoso aguardar a manifestação do Tribunal Arbitral para que, em uma única decisão, pudesse ser desqualificada como parte e recebida como interveniente. E assim foi feito pelo Tribunal Arbitral, na elogiada OP nº 4.

graves” na convenção de arbitragem. Ao contrário. O uso preliminar da via judicial, como mecanismo para corrigir, de pronto, situações de ilegalidade que, se não imediatamente estancadas, podem gerar prejuízos enormes aos cofres públicos, deve ser assegurado, sob pena de se subverter todo o sistema e de se priorizar um princípio (competência-competência) em detrimento de outros interesses de especial relevância. Cabe, portanto, recorrer sempre a um juízo de ponderação (Robert Alexy³³), analisando-se os valores em jogo, caso a caso.

Aliás, não se está a querer inventar a roda. A própria doutrina reconhece situações excepcionais – para além das já citadas neste artigo – em que pode (e deve) o juiz togado se adiantar ao exame de aspectos ligados à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, como forma de prestígio à eficiência e à segurança jurídica. Uma dessas situações refere-se à alegação pela parte ré, no bojo de uma ação judicial, acerca da existência de convenção de arbitragem, nos termos do art. 337, X, do CPC. Relevantes são as lições de Carmona (2023, p. 188) a esse respeito:

Alegada pelo réu, em contestação, que existe convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso), poderá replicar o autor, afirmando que tal negócio jurídico processual é nulo (por vício de forma, por exemplo, ou porque a controvérsia seria inarbitrável). Impõe-se, neste caso, decisão judicial, que será definitiva (no sentido de que impedirá a instituição da arbitragem) se o juiz desacolher a alegação do réu, afirmando sua competência; será, todavia, provisória, dando margem à plena aplicação do art. 8º da Lei se o magistrado considerar que a cláusula é válida, extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 485, VII, do Código de Processo Civil). Explico: a decisão interlocutória que descarta a preliminar de contestação do réu calcada no art. 337, X, afirma que a convenção de arbitragem é inválida, de modo que não haveria motivo para o juiz afastar-se da direção do processo; em última análise, o juiz apreciou a validade da cláusula e – apesar do art. 8º da Lei – declarou sua invalidade. Ao contrário, se o juiz acolher a preliminar do réu, estará reconhecendo a eficácia (em princípio!) da cláusula, extinguindo o processo e remetendo as partes à arbitragem. Instituída a arbitragem, tocará aos árbitros decidir – agora sim, utilizando de forma plena os poderes conferidos pelo art. 8º da Lei – se a convenção é válida e eficaz. Se concluírem pela invalidade da convenção, encerrarão a arbitragem, o que trará as partes de volta ao Poder Judiciário que, agora, não poderá voltar a tratar do assunto: ainda que o juiz entenda (ao contrário do que já resolveram os árbitros) válida a

33 Vide a obra *Teoria dos direitos fundamentais* (Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011), na qual, entre outras, defende a sua teoria de ponderação de princípios jurídicos.

convenção, prevalecerá a decisão já tomada em sede arbitral, impondo-se definitivamente a competência do juiz togado.

Pois bem. A partir de todas essas considerações, reforçamos nosso entendimento de que a relativização do princípio da competência-competência é possível (e devida) em situações excepcionais em que, mediante uma interpretação conglobada do ordenamento jurídico e após a ponderação dos interesses em jogo, conclui-se que submeter a questão a um controle prévio do Judiciário é a alternativa que confere maior eficácia a valores e princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, como a legalidade, eficiência e economicidade.

Nessa toada, se, de um lado, o manejo de medidas “anti-arbitrais” deve ocorrer com parcimônia, sem excessos, não podendo ser transformado em uma regra, nem mesmo para as arbitragens envolvendo entes públicos, de outro lado, impedir categoricamente o uso de medidas judiciais prévias destinadas a sanar, de plano, nulidades manifestas ou corrigir situações teratológicas envolvendo a submissão forçada dos entes públicos a procedimentos arbitrais, sequer parece ter sido a intenção do legislador. Seja porque a literalidade do art. 8º, p.u., da LArb não parece induzir a essa conclusão³⁴, seja porque, na prática, a aplicação fria desse princípio poderia levar a consequências desastrosas, tanto do ponto de vista da eficiência e segurança jurídica, mas sobretudo da economicidade.

A esse respeito, Yarshell; Auilo (2023, p. 246) ressaltam o quão antieconômico pode ser aguardar uma sentença arbitral para, somente então, sanar um ato ilegal ou um abuso:

Nas palavras da doutrina, “o juiz da anulação é capaz de avaliar o trabalho arbitral como um todo, principalmente o dos árbitros, mas também as medidas institucionais que o organizaram e enquadraram” – a partir do que fica ainda mais evidenciada a possibilidade de controle jurisdicional, ainda que de forma excepcional, dos atos dessas instituições. A esse respeito, vale lembrar conhecido caso corrido na França e outro entre nós, nos quais o vício que levou à anulação da sentença arbitral foi provocado por um ato dos órgãos das instituições. Ainda, nessa linha, vale lembrar caso em que a aplicação, pelos órgãos da própria CCI, do art. 30, § 4º,

34 Conforme exposto ao longo desse estudo, o art. 8º da Lei de Arbitragem Brasileira dispõe, no seu parágrafo único, que “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”. A partir da letra fria da Lei, se, de um lado, o legislador conferiu claramente poderes aos árbitros para afirmar (ou não) a sua própria competência, de outro, o legislador não afastou expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário, eventualmente, debruçar-se a respeito dessas questões, sobretudo, nos casos em que essa norma conflitar com a aplicação de outros princípios e normas que tutelam direitos de especial relevância.

do Regulamento de 1998 de arbitragem, levou o Poder Judiciário francês a decretar a anulação da sentença arbitral. Em todos eles, tivesse havido controle jurisdicional imediato, não teria sido necessário desconstituir a sentença, com todas as consequências nefastas daí decorrentes, afigurando-se antieconômico esperar o proferimento de uma sentença arbitral para sancionar um ato ilegal ou um abuso praticado pela instituição. (grifos das autoras)

Dessa feita, retomamos à pergunta que deu ensejo ao título desse ensaio, para, então, reafirmar que haverá, sim, situações – e isso já foi demonstrado neste estudo a partir de situações concretas vividas pela União – em que permitir o transcurso de um procedimento arbitral por inteiro, com dispêndio de tempo e recursos públicos, seria não apenas contraproducente, mas violaria frontalmente princípios aplicáveis à Administração Pública, como o da legalidade, eficiência, segurança jurídica e economicidade³⁵.

CONCLUSÃO

Se este estudo tinha por objeto a análise da intervenção judicial precoce como mecanismo de preservação do próprio instituto da arbitragem – isto é, evitando-se o proferimento de sentenças arbitrais cuja nulidade pode ser verificada e estabelecida *prima facie* –, principalmente quando diante de arbitragens envolvendo a Administração Pública, as linhas lançadas ao longo destas páginas permitem concluir que as chamadas medidas “anti-arbitrais” podem, se utilizadas com parcimônia, servir como mecanismo de preservação da própria arbitragem com a Administração Pública, coibindo arbitragens sem supedâneo legal em sua origem e evitando-se que sua multiplicação sirva justamente a um movimento contrário, de afastamento da Administração Pública dessa seara.

Se o desenvolvimento da arbitragem com entes públicos teve com uma das razões o sucesso do instituto, a partir do cotejo de suas vantagens frente à tradicional via judicial para as contendas de maior complexidade, a própria percepção de que a utilização do instituto não está sofrendo abusos leva à sua crescente inserção nos contratos administrativos. Com efeito, poder levar ao Judiciário, sem maiores delongas, situações consideradas pela Administração Pública como destituídas de respaldo legal é uma das formas de preservação não apenas dos princípios da legalidade, eficiência,

35 Aliás, em havendo para os agentes públicos um poder-dever de atuar para satisfazer o interesse público, eventual não atuação do ente público, perante o Judiciário, diante de situações teratológicas e de nulidade manifesta, poderia, inclusive, soar omissiva e em desacordo com a tutela dos interesses da coletividade.

economicidade e segurança jurídica, mas também do próprio instituto da arbitragem e de sua compatibilização com o regime de direito público.

Por fim, se é inegável que o princípio competência-competência tem relevância fundamental para a arbitragem, ponderá-lo é medida de rigor quando diante de outros princípios que, na situação concreta, deverão prevalecer. A ponderação de interesses será, naturalmente, a melhor medida diante dos casos concretos, esperada não apenas dos órgãos judicantes, como também daqueles que lançam mão de tais expedientes. Em havendo uso com parcimônia, calcado na boa-fé, sem abusos nem excessos, as chamadas medidas “anti-arbitrais” poderão, enfim, ser consideradas “pró-arbitragem”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANCEL, Bertrand. O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”. *RBAr*, nº 6, Abr-Jun/2005, p. 52-64.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, p. 2, set./out./nov. 2007.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CARDOSO, Paula Butti; ALBUQUERQUE, Gustavo. Legislação Federal sobre Arbitragem com a Administração Pública. In: WALD, Arnoldo; FERREIRA, Selma Lemes (coord). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Processo Arbitral*. 2ª ed., Curitiba: EDC, 2022.

FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. *O Efeito Negativo da Competência-Competência*. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisela Mation. Revista Brasileira de Arbitragem, Curitiba, Comitê Brasileiro de Arbitragem, ano VI, n. 24, 2009.

MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da Atividade do Árbitro*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2015.

NUNES, Tatiana Mesquita; GOMES, Cristina Avolio Cardoso. Autonomia da vontade e arbitragem: o caso da administração pública. *Publicações da Escola Superior da AGU*, [S. l.], v. 14, n. 01, 2022. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3224>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz; AUILO, Rafael Stefanini. *Controle Judicial Prévio (e Excepcional) de Decisões Arbitrais: Exame sob a perspectiva da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*. In ABOUD, Fernando Maluf; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero (coord.). *Arbitragem e Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.