



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Sabrina Ribas Bolfer

***Anti-suit injunctions* e Arbitragem Comercial
Internacional**

Dissertação de Mestrado

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social

Curitiba

Julho de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Sabrina Ribas Bolfer

***Anti-suit injunctions* e Arbitragem Comercial Internacional**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social da PUCPR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: João Bosco Lee

Curitiba
Julho de 2005



Sabrina Ribas Bolfer

***Anti-suit injunctions* e Arbitragem Comercial Internacional**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social da PUCPR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. João Bosco Lee
Orientador
Departamento de Direito – PUCPR

Prof. Maurício Almeida Prado

Profª. Elizabeth Accioly

Curitiba, 29 de julho de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Sabrina Ribas Bolfer

Graduou-se em Direito na PUCPR em 2003. Participou de diversos congressos na área de Direito Internacional e Arbitragem.

Bolfer, Sabrina Ribas
B688a *Anti-suit injunctions* e arbitragem comercial internacional / Sabrina Ribas
2005 Bolfer , orientador, João Bosco Lee. – 2005.
161 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Curitiba, 2005
Inclui Bibliografia

1. Arbitragem comercial internacional. 2. Direito internacional privado.
3. Mandato de injunção. 4. Direito comercial. I. Lee, João Bosco.
II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

Doris - 4.ed. 341.163
341.1
341.2744
342.2

Aos meus pais, Simone e Ermelindo, pelo estímulo e apoio à minha formação
acadêmica.

À Carlos, por seu amor, dedicação e paciência.

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor João Bosco Lee, por me mostrar o fascinante mundo da arbitragem.

Às minhas irmãs Sandra e Tamara, pelo carinho e amizade.

Aos professores que participaram da Comissão examinadora.

A todos os amigos e familiares que de uma forma ou de outra me estimularam ou me ajudaram.

Resumo

Bolfer, Sabrina Ribas. *Anti-suit injunctions e Arbitragem Comercial Internacional*. Curitiba, 2005, 148p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Anti-suit injunctions constituem um fenômeno atual no âmbito do Direito Internacional Privado, notadamente na Arbitragem Comercial Internacional. Essas medidas podem ser utilizadas tanto a favor da arbitragem, quando um juiz estatal proíbe uma das partes na arbitragem de ingressar em uma jurisdição estatal, em violação da cláusula compromissória; quanto contra, quando o juiz proíbe um signatário de uma convenção de arbitragem de procurar o tribunal arbitral, sob o fundamento que a cláusula de arbitragem é nula, inexistente ou insuscetível de ser executada. Contudo, o problema das *anti-suit injunctions* está no abuso em sua utilização, o que acarreta em diversos efeitos no que concerne à arbitragem comercial internacional. Nessa dissertação analisou-se o conceito, características, efeitos, pontos negativos e positivos de tal instituto, tanto quando a *anti-suit injunction* é proferida a favor da arbitragem, como quando é proferida contra ela. Ao final, o objetivo é concluir se as *anti-suit injunctions* são realmente necessárias e salutares à manutenção e desenvolvimento da arbitragem ou se são somente mais uma maneira de contribuir com a já corrente judicialização da arbitragem.

Palavras-chave

Direito Internacional Privado; Arbitragem Comercial Internacional; *anti-suit injunctions*; *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem; *anti-suit injunctions* contra a arbitragem.

Resumé

Bolfer, Sabrina Ribas. *Anti-suit injunctions et Arbitrage Commercial International*. Curitiba, 2005, 148p. MSc. Dissertation – Département de Droit, Pontificia Universidade Católica do Paraná.

Les *Anti-suit injunctions* constituent un phénomène actuel dans le sein du Droit International Privé, notamment dans l'Arbitrage Commercial International. Ces mesures peuvent être utilisées soit dans le soutien de l'arbitrage, quand un juge étatique interdit une des parties de l'arbitrage de saisir une juridiction étatique, en violation de la clause compromissoire; soit à l'encontre de celui-ci, quand le juge interdit un signataire d'une convention d'arbitrage de saisir le tribunal arbitral, sous le fondement que la clause d'arbitrage est nulle, inexistante ou insusceptible d'exécution. Cependant, le problème des *anti-suit injunctions* c'est l'abus dans l'utilisation de ces mesures, ce qui entraînent des effets divers dans ce qui concerne l'arbitrage commercial international. Dans cette dissertation, on analyse le concept, les caractéristiques, les effets, les points négatifs et positives de tel institut, même si l'*anti-suit injunction* est prononcée au soutien de l'arbitrage ou contre celle-ci. À la fin, le but c'est de conclure si les *anti-suit injunctions* sont-elles vraiment nécessaires et salutaires dans la maintenance et développement de l'arbitrage ou si sont-elles seulement encore une manière de contribuer avec la déjà courante judicialisation de l'arbitrage.

Mots-clés

Droit International Privé; Arbitrage Commercial International; *anti-suit injunctions*; *anti-suit injunctions* dans le soutien de l'arbitrage; *anti-suit injunctions* à l'encontre de l'arbitrage.

Sumário

Introdução	1
Noção de anti-suit injunction e características	6
Evolução Histórica	10
1 Anti-suit injunctions proferidas a favor da arbitragem	19
1.1. <i>Anti-suit injunctions</i> proferidas pelo árbitro	19
1.1.1. Quando o outro procedimento é estatal	25
1.1.1.1. As arbitragens ICSID	25
1.1.1.2. O Tribunal Arbitral irano-americano	28
1.1.2. Quando o outro procedimento é uma arbitragem	30
1.1.3. Efeitos	32
1.2. <i>Anti-suit injunctions</i> proferidas pelo juiz Estatal	36
1.2.1. As <i>anti-suit injunctions</i> como mecanismo de preservação da arbitragem pelas cortes inglesas	39
1.2.1.1. Prazo para requerer a medida	46
1.2.1.2. A submissão à outra jurisdição	48
1.2.1.3. O problema das <i>anti-suit injunctions</i> no âmbito da Convenção de Bruxelas de 1968	50
1.2.1.4. Efeitos	57
2. <i>Anti-suit injunctions</i> proferidas contra a arbitragem	61
2.1. O problema dos contratos de Estado	63
2.2. A violação dos princípios da arbitragem	75
2.2.1. Violação do princípio da autonomia da convenção de arbitragem	76
2.2.2. Violação do princípio da competência-competência	78
2.2.2.1. Efeito positivo	78
2.2.2.2. Efeito negativo	83
2.2.3. O direito brasileiro	91
2.3. O problema das <i>anti-suit injunctions</i> no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958	97
2.4. Efeitos	106
2.4.1. As <i>anti-anti-suit injunctions</i>	107
2.4.2. A indiferença do árbitro em relação às <i>anti-suit injunctions</i>	111
2.4.2.1. Quando proferida por um juiz estrangeiro à sede da arbitragem	112
2.4.2.2. Quando proferida pelo juiz da sede da arbitragem	120
3. Conclusão	128
4. Referências bibliográficas	138

Abreviaturas

Gerais

<i>AAA</i>	American Arbitration Association
<i>Art.</i>	Artigo
<i>Arts.</i>	Artigos
<i>CCI</i>	Câmara de Comércio Internacional
<i>ICSID</i>	International Center of Settlement of Investment Dispute
<i>London Court of International Arbitration</i>	LCIA
<i>TJPR</i>	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
<i>TJRS</i>	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
<i>TJSP</i>	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
<i>UNCITRAL</i>	United Nations Commission on International Trade Law

Periódicos

<i>Arb. Int'l</i>	Arbitration Internacional
<i>Am. Journ. Comp. Law</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Bull. ASA</i>	Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage
<i>Bull. CCI</i>	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
<i>IALR</i>	International Arbitration Law Review
<i>Int'l & Comp. Law Quart.</i>	International & Comparative Law Quarterly
<i>J. Int. Arb.</i>	Journal of International Arbitration
<i>JDI</i>	Journal du Droit International

Lloyd's Rep.

Mealey's Int'l. Arb. Rep.

NYLJ

RBA

Rev. Arb.

Rev. Crit.

Yearbook Comm. Arb'n

Lloyd's Law Reports

Mealey's International Arbitration
Report

New York Law Journal

Revista Brasileira de Arbitragem

Revue de l'Arbitrage

Revue critique de droit international
privé

Yearbook Commercial Arbitration

Introdução

A arbitragem, conhecida como meio alternativo de solução de controvérsias, no qual um árbitro, escolhido pelas partes, possui o poder e a competência de julgar sobre a matéria litigiosa, passa de solução alternativa para a regra usual de julgamento de conflitos no que diz respeito ao comércio internacional.

As razões são diversas para que as partes, em um contrato internacional, escolham a arbitragem como meio de solução do litígio: primeiro, porque confere, teoricamente, uma solução mais célere, econômica, informal, sem falar na possibilidade de se desenvolver um processo totalmente confidencial. Em segundo lugar, principalmente pela possibilidade que a arbitragem confere de solução por um especialista na matéria litigiosa, sem falar na neutralidade conferida ao árbitro. Além disso, o contratante não precisará se submeter à instância estatal de seu co-contratante, em que, muitas vezes, o cenário não é muito favorável à arbitragem.

Excluindo-se a especialidade e a neutralidade do árbitro, as vantagens, contudo, acabam se relativizando quando determinadas situações ocorrem: sabe-se que nem sempre a arbitragem é célere, pois o processo arbitral pode durar anos, sem falar na possibilidade de pedido de anulação da sentença arbitral. Já, no que tange à economia, a arbitragem, notadamente a internacional, se demonstra bem custosa quando instituições de arbitragens estão envolvidas, não se esquecendo dos custos de viagens, tradução, honorários do árbitro etc. A informalidade também já não é uma regra, haja vista o fenômeno corrente conhecido como a judicialização da arbitragem. Por fim, não se pode afirmar que o processo arbitral será sempre *confidencial*. Isso porque, de um lado, as sentenças arbitrais vêm sendo publicadas e de outro, quando uma das partes ingressa na jurisdição estatal durante o processo arbitral ou mesmo após ele, a arbitragem acaba por se tornar pública.

Aliás, é essa busca incessante das partes pela jurisdição estatal que vem trazendo os principais problemas e desafios para a arbitragem comercial internacional nos dias atuais.

Não se pode negar, todavia, que o juiz estatal possui papel primordial no funcionamento e desenvolvimento da arbitragem. Sem ele, a arbitragem não poderia se desenvolver, e as decisões do árbitro não se tornariam executáveis. Isso porque é o juiz estatal quem concede força coercitiva à arbitragem.

O papel estatal se materializa, em regra, em um controle *a posteriori*¹ da arbitragem, ou seja, somente após a prolação da sentença, em um eventual pedido de anulação ou no pedido de reconhecimento e execução da sentença arbitral. Esta relação seria, então de complementaridade², já que somente com a ajuda do juiz estatal uma sentença arbitral pode ser executada ou anulada.

No entanto, “...algumas medidas de controle e supervisão por cortes nacionais são necessárias para proteger a integridade...”³ da arbitragem antes ou durante o processo arbitral, visto que o árbitro, embora possua o poder de “...se pronunciar sobre todos os elementos que concorrem à solução do litígio”⁴, é carente de *imperium*, e, por esse motivo, muitas vezes precisa da assistência judicial “...em favor do processo arbitral”⁵.

Essa ‘intervenção’ no curso da arbitragem ocorre sempre que “...se produz alguma situação patológica...”⁶ que se pode verificar quando o juiz constitui o Tribunal Arbitral⁷, julga sobre a recusa ou nomeação de árbitros, julga uma exceção de arbitragem, quando ajuda na manutenção e obtenção de provas e quando executa medidas provisórias e conservatórias⁸. A referida ‘intervenção’,

¹ FOUCHARD, Philippe. *L'Arbitrage Judiciaire*. In. : Etudes Offertes à Pierre Bellet. Paris: Litec, 1991, p. 169.

² AUDIT, Bernard. *L'Arbitre, le Juge et la Convention de Bruxelles*. In.: L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'Honneur de Yvon Loussouarn. Paris: Dalloz, 1994, p. 16.

³ Tradução livre do original: “...some measures of control and supervision by national courts is necessary to protect the integrity of the process...”. (LYNCH, Katherine. *The Forces of Economic Globalization. Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 68).

⁴ Tradução livre do original: “...to rule on all the elements that need to be decided in order to resolve a dispute”. (ROZAS, José Carlos Fernandez. *Anti-suit Injunctions Issued by National Courts: Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators*. In: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 74).

⁵ “...in favor of the arbitral proceedings”. (Ibid., p. 73).

⁶ Tradução livre do original: “...a pathological situation occurs...”. (Id.).

⁷ FOUCHARD, P., *L'arbitrage...*, op. cit., p. 170.

⁸ ROZAS, José Carlos Fernandez. *Le Rôle des Juridictions Étatiques devant l'Arbitrage Commercial International*. In.: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Hague. t. 290, 2001. Haia: Nijhoff Publishers, 2002, p. 128; ARROYO, Diego P. Fernández. *Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional*. In.: RBA. nº 5, jan/fev/mar de 2005, p. 104.

nada mais é do que uma cooperação⁹ entre juiz e árbitro para o bom desenvolvimento da arbitragem, “...facilitando el arbitraje, cooperando funcionalmente con los árbitros, pero fundamentalmente con las partes y con el arbitraje en si”¹⁰.

Vale ressaltar, que o apoio no processo arbitral não é feito de ofício pelo juiz estatal, cabendo às partes ou até mesmo aos árbitros procurar essa assistência, sempre com moderação e boa-fé¹¹.

Entretanto, esta atitude moral e idônea no que tange à busca pelo apoio da jurisdição estatal nem sempre é verificada quando uma das partes que celebrou um contrato contendo uma cláusula compromissória, pretende não mais participar da arbitragem, utilizando-se do aparato estatal de seu país de origem para tornar a arbitragem ineficaz.

Ainda que a maioria dos Estados sejam signatários de convenções internacionais que dão sustentabilidade à instituição, tais como a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹², o judiciário interno destes países nem sempre respeita tais convenções, mesmo as tendo ratificado¹³.

Os juízes estatais, muitas vezes, desconhecendo a arbitragem e impregnados com um preconceito em relação ao novo, contribuem para o resultado procurado por advogados que nada mais querem a não ser se aproveitar de tais fragilidades com o fim de não se submeter à arbitragem¹⁴.

A conseqüência de tais manobras por parte das partes é a quantidade cada vez maior de procedimentos judiciais e arbitrais paralelos, o que contribui fortemente para a insegurança jurídica por meio de decisões contraditórias, sem considerar a impossibilidade de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira em Estados que se manifestaram contrários à arbitragem.

⁹ AUDIT, B., loc. cit.

¹⁰ ARROYO, D. P. F., op. cit., p. 104.

¹¹ ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 74.

¹² Ratificada por 135 países. O Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque em 07 de junho de 2002 e esta entrou em vigor em 23 de julho do mesmo ano (Decreto nº 4.311). O art. II(3) da Convenção de Nova Iorque determina inclusive que o juiz estatal, quando verificar a existência de uma cláusula compromissória, deve remeter às partes à arbitragem, o que nem sempre se verifica.

¹³ ROZAS, J. C. F. *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 60.

¹⁴ ARROYO, D. P. F., loc. cit.

Ademais, os riscos de procedimentos paralelos dessa natureza, aumentam significativamente quando relações internacionais estão em jogo, ou seja, “...quando (...) os juízes chamados a julgar sobre (...) exceções de arbitragem não são do país da sede [da arbitragem]”¹⁵.

Tais jurisdições estatais, quando procuradas antes da instauração do processo arbitral, ao invés de remeter as partes à arbitragem¹⁶, acabam se considerando competentes para julgar a matéria, em aplicação da exceção de litispendência que determina que quando existem litígios com identidade de partes e pedido, o primeiro (juiz) a ser chamado é competente e o segundo, deve suspender seu procedimento¹⁷.

Porém, esses tribunais estatais aplicam de forma equivocada a litispendência, haja vista esta não existir quando da concorrência entre tribunais arbitrais e estatais. A exceção de litispendência só pode ser verificada quando existem tribunais estatais competentes para julgar a matéria. A litispendência ocorre ao existir a concorrência, por exemplo, entre um tribunal estatal ou federal¹⁸. Por esse motivo, é impossível se falar em litispendência entre um tribunal estatal e um arbitral.

Além disso, a existência de uma cláusula compromissória torna o outro tribunal automaticamente incompetente para resolver o litígio¹⁹. Isto é, a cláusula compromissória, decorrida da autonomia da vontade das partes em escolher a solução do litígio por via da arbitragem, cria uma competência que anula qualquer jurisdição nacional e por esse motivo, não há que se falar em conflito de jurisdições competentes. Inclusive a jurisprudência já afirmou que não poderia

¹⁵ Tradução livre do original: “...lorsque le ou les juges appelés à statuer sur une ou des exceptions d’arbitrage ne relèvent pas du pays du siège”. (POUDRET, Jean-François; BESSON, Sebastien. *Droit Comparé de l’Arbitrage International*. Paris:LGDJ, 2002, p. 479).

¹⁶ E esta a solução dada, por exemplo, pelo direito francês (LÉVY, Laurent; SCHLAEPFER, Anne Véronique. *L’Instance Arbitrale. La Suspension d’Instance dans l’Arbitrage International*. In.: Les Cahiers de l’Arbitrage. Alexis Mourre (direção). Paris: Gazette du Palais, 2002, p. 133) e pelo art. II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 30. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266.

¹⁸ BERMANN, George A. *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*. In.: Columbia Journal of Transnational Law. vol 98 (1990), p. 587-631.

¹⁹ LINSMEAU, Jacqueline. *Arbitres et Juridictions Étatiques. Saisines Parallèles et Concurrentes*. In.: Liber Amicorum. Lucien Simont. Bruxelas: Bruylant, 2002, p. 323-324; POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 465.

existir litispendência entre juiz e árbitro²⁰.

Em contrapartida, a exceção de litispendência poderia, sim, ser aplicável a favor da arbitragem, ou seja, quando o árbitro for o primeiro a reconhecer do litígio. Diante de tal situação, poder-se-ia dizer que o juiz estatal deveria aplicar a exceção de litispendência, remetendo as partes à arbitragem.

A intervenção estatal também vem sendo verificada quando a arbitragem já está em curso, isto é, quando a parte contrária à arbitragem recorre à sua jurisdição estatal alegando a inarbitrabilidade do litígio, a imparcialidade do árbitro, a invalidade da cláusula compromissória etc. As jurisdições estatais, muitas vezes, em violação aos princípios da arbitragem, acabam por se considerar competentes para julgar a matéria.

Existe igualmente a possibilidade de se encontrar duas ou mais arbitragens paralelas²¹. Nesses casos, o árbitro que recebeu em segundo lugar, cede o lugar ao primeiro, aplicando-se analogicamente a exceção de litispendência.

Qual seria, portanto, a atitude que as partes e os árbitros poderiam tomar quando confrontados com procedimentos paralelos envolvendo uma arbitragem? Que remédios poderiam ser usados contra ações paralelas?

Existem três atitudes possíveis que podem ser tomadas com o intuito de dar efetividade à arbitragem: a sentença parcial, que é dada em caráter preliminar, quando normalmente a competência do Tribunal Arbitral é contestada; a ação declaratória, a qual é feita pelo juiz estatal, que afirma ser o Tribunal Arbitral competente; e a *anti-suit injunction*, que permite ao juiz estatal proibir as partes de

²⁰ Sentença CCI no caso nº 5103, *JDI*, 1988, p. 1210, citado por ROZAS, J. C. F. *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 60 e 97. Neste mesmo sentido v. HUYS, Marcel; KEUTGEN, Guy. *L'Arbitrage en Droit Belge et International*. Bruxelas: Bruylant, 1981, p. 255. Todavia, no caso *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC) v. Colón Container Terminal S.A. (CCT)* (Bull. ASA., 2001, p. 544-554), o Tribunal Federal Suíço aplicou analogicamente a exceção de litispendência ao considerar válida uma ação panamenha intentada em violação a uma cláusula compromissória CCI. Para um comentário deste julgamento v. KNOEPFLER, François; SCHWEIZER, Philippe. *Arbitrage International. Jurisprudence Suisse Commenté depuis l'Entrée en Vigueur de la LDIP*. Genebra: Schulthess Médias juridiques SA, 2003, p. 570-581 e LÉVY, L. *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*. In: *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*. IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 116-117.

²¹ Sobre procedimentos paralelos v. PERRET, François. *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law*. In.: *Arb. Int'l*. vol. 16 (2000), nº 3, p. 333-342.

ingressarem ou continuarem um procedimento estatal em violação à cláusula compromissória²².

Essa terceira medida é o objeto deste estudo, o qual tem como intuito analisar o instituto das *anti-suit injunctions* no âmbito da arbitragem comercial internacional.

Tais medidas podem ser utilizadas a favor da arbitragem, ou seja, com o objetivo de instaurar ou continuar uma arbitragem, “...como um mecanismo flexível que permite corrigir comportamentos privados abusivos, evitar a continuação de procedimentos simultâneos e, finalmente, o risco de decisões contraditórias...”²³. Ou então, podem igualmente ser utilizadas contra a arbitragem, a fim de barrar a continuação ou a instauração de um processo arbitral.

O impacto das *anti-suit injunctions* no contexto internacional é irrefutável²⁴. Todavia, antes de se fazer a análise dos dois caminhos que podem seguir essas medidas no que tange à arbitragem, cabe a questão: o que são as *anti-suit injunctions*? Quais são suas características?

Noção de anti-suit injunction e características

Anti-suit injunction é um termo inglês que deriva das palavras *anti* (anti, contra), *suit* (processo) e *injunction*, que significa injunção, ordem, medida. Poder-se-ia traduzir, para o português como sendo uma ordem antiprocesso. Na verdade, essas medidas realmente são ordens que impedem um processo de se iniciar ou de continuar.

DERAINS conceitua este instituto como:

...um procedimento, originalmente conhecido somente nos sistemas de *common law*, pelo qual o juiz de um Estado X, que entende ser competente para resolver um litígio internacional, proíbe que uma das partes, eventualmente estrangeira, busque o juiz de um outro Estado que ele considera como incompetente ou ao menos cuja competência lhe pareça ser menos apropriada que a sua²⁵.

²² LINSMEAU, J., op. cit., p. 329-331.

²³ Tradução livre do original: “...as a flexible mechanism capable of preventing abusive behavior on the part of one of the parties, the existence of simultaneous proceedings and, finally, the risk of contradictory decisions...”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 79).

²⁴ *Ibid.*, p. 77.

²⁵ Tradução livre do original: “...une procédure, à l’origine connue des seuls systèmes de common law, par laquelle le juge d’un état X, qui s’estime compétent pour trancher un litige

Para ROZAS, a *anti-suit injunction* é “...uma injunção de não levar a parte autora diante de uma jurisdição ordinária. Seu destinatário deve, então, se abster de iniciar ou continuar a disputa diante de cortes estatais”²⁶.

Já CLAVEL entende que,

anti-suit injunction é uma medida pela qual um juiz estatal proíbe que uma parte inicie ou continue um procedimento diante de uma jurisdição estrangeira (...) Sua eficácia é garantida pela aplicação das (...) sanções do *contempt of court*...: o juiz, se constatar que o destinatário da injunção não respeitou seus termos, tem o poder de proferir contra este sanções penais tais como penas de prisão ou multas²⁷.

Entende-se, no entanto, que o melhor conceito é dado por GAILLARD, já que não omite a referência à arbitragem. Segundo este autor,

“uma *anti-suit injunction* é uma ordem dada a uma parte pelas jurisdições de um Estado em não ingressar em jurisdições de um outro Estado ou tribunal arbitral, ou, se já o fez, em desistir da ação em causa”²⁸.

Porém, como será analisado posteriormente, não é só o Estado que tem competência para proferir tais medidas. O árbitro pode igualmente decretar uma

international, interdit à une partie, éventuellement étrangère, de saisir le juge d’un autre Etat qu’il considère comme incompétent ou du moins dont la compétence lui paraît être moins appropriée que la sienne”. (DERAINS, Yves. *L’Abus des “Anti-Suit Injunctions” en Matière d’Arbitrage International et la Convention de New York*. In.: De Lege Ferenda. Études pour le Professeur Alain Hirsch. Réunies et publiées par Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch. Genebra: Slatkine, 2004, p. 105-106).

²⁶ Tradução livre do original: “...an injunction forbidding the party that is bringing the action before an ordinary court from proceeding. The enjoined party must therefore refrain from initiating or pursuing the dispute before state courts”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 75).

²⁷ Tradução livre do original: “L’anti-suit injunction est une mesure par laquelle un juge étatique interdit à un plaideur d’initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère”. (...)“Son efficacité est garantie par l’application des (...) sanctions du *contempt of court*...: le juge, s’il constate que le destinataire de l’injonction n’en a pas respecté les termes, a le pouvoir de prononcer à son encontre des sanctions pénales telles que des peines d’emprisonnement ou des amendes” (CLAVEL, Sandrine. *Anti-Suit Injunctions et Arbitrage*. In.: *Rev.Arb.* 2001, n. 4, p. 671).

²⁸ Tradução livre do original: “Une anti-suit injunction est un ordre donné à un plaideur par les juridictions d’un Etat de ne pas saisir les juridictions d’un autre Etat ou un tribunal arbitral, ou, s’il l’a déjà fait, de se désister de l’action en cause”. (GAILLARD, Emmanuel. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance des Sentences Annulées au Siège: Une Évolution Remarquable de la Jurisprudence Américaine*. In.: *Journal du Droit Intenational*. Paris: Jurisclasseur. 130 année 2003, n° 04, oct-nov-dec, p. 1106).

anti-suit injunction, sob forma de uma recomendação, para que uma das partes não ingresse em uma jurisdição, seja ela arbitral ou judicial²⁹.

Logo, poder-se-ia conceituar uma *anti-suit injunction* como sendo uma ordem, proferida por um árbitro ou por um juiz, impedindo uma parte de iniciar ou continuar um procedimento arbitral ou judicial.

As *anti-suit injunctions* possuem duas funções: sancionar manobras das partes e “...censurar jurisdições estrangeiras muito generosas na apreciação de sua própria competência”³⁰.

Essas medidas sancionam manobras das partes quando, diante de uma obrigação contratual, uma delas não a cumpre. As partes, quando da celebração de um contrato, resolvem como será decidido o litígio em caso de conflito. Este pode ser decidido por via da arbitragem, ou então por via judicial. Nesse ponto, os tribunais ingleses têm, particularmente, o hábito de proferir *anti-suit injunctions* quando os contratantes decidiram que a esfera competente seria a inglesa ou uma arbitragem, entretanto uma das partes ingressa em uma esfera estrangeira, desrespeitando uma obrigação previamente contratada.

Verifica-se que há uma sanção por descumprimento de obrigação contratual, prevalecendo, assim, a autonomia da vontade e o princípio da *pacta sunt servanda*.

Mas, o que ocorre quando as partes não previram a lei aplicável ao contrato? Segundo CLAVEL, nestes casos, para que uma *anti-suit injunction* seja proferida, dever-se-ia provar que o ingresso em determinada jurisdição representaria o desrespeito da parte em relação a um dever jurídico – ou mais especificamente, a “...vontade em fraudar os direitos de seu adversário”³¹.

Contudo, nem sempre a medida tem como objetivo impedir a fraude das partes³². Basta que se prove que o tribunal estrangeiro não é o *natural forum*, ou

²⁹ *Infra* nº 1.1.

³⁰ Tradução livre do original: “...de censure des juridictions étrangères trop généreuses dans l’appréciation de leur propre compétence” (CLAVEL, Sandrine. *Le Pouvoir d’Injonction Extraterritoriale des Juges pour le Règlement des Litiges Privés Internationaux*. Paris, 1999. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne, p. 301).

³¹ Tradução livre do original: “...volonté de frauder les droits de son adversaire”. (Ibid., p. 303).

³² É o que ocorreu no caso *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak & Anor*. A referida empresa era demandada em um processo no Texas a favor do espólio de um rico homem de negócios falecido num acidente de helicóptero quando ingressou com um pedido de *anti-suit injunction* em Brunei com o objetivo de interromper o processo no Texas. Tal pedido foi negado em primeira e segunda instância e então foi levado ao Privy Council. Tal tribunal

seja, o tribunal que possui ligações mais estreitas com o litígio para que a *anti-suit injunction* seja proferida. Nessa hipótese, a má-fé da parte não precisa ser comprovada³³.

Desse modo, além de sancionar manobra de má-fé das partes, as *anti-suit injunctions* também têm como função censurar jurisdições estrangeiras que se dizem competentes para julgar a matéria, embora se conclua que outra jurisdição é a competente. Neste ponto, em tese, há de se respeitar o princípio da “*comity*” [respeito]³⁴ às jurisdições de Estados soberanos³⁵.

Por muito tempo, essa idéia de respeito era inafastável. Uma corte nacional jamais poderia intervir em um tribunal estrangeiro, sob o argumento de não intervenção em Estados soberanos.

Todavia, as jurisdições estatais, principalmente as inglesas, vêm proferindo *anti-suit injunctions* a favor de suas cortes, ainda que sempre afirmem que tal medida deva ser determinada com cautela, exatamente em decorrência do princípio da “*comity*”³⁶.

Ao proibir que a parte ingresse ou continue com um procedimento em uma jurisdição estrangeira, o juiz acaba por desrespeitar uma regra do Direito Internacional, qual seja, a competência exclusiva que os Estados possuem para definir as regras de competência internacional de seus tribunais³⁷. Por esses motivos, a cautela e o bom senso devem prevalecer.

entendeu, sem levar em conta a hipótese de fraude, que a medida era importante a fim de que a sociedade S.N.I.A.S. não ficasse privada de ingressar com pedidos contra a sociedade encarregada de cuidar e pilotar o helicóptero. Proferiu a medida para evitar “serious injustice”. ([1987] A.C. 871, 893-894, citado por CLAVEL, *Ibid.*, p. 306). Sobre este caso v. *infra*, p. 16.

³³ *Id.*, *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 676.

³⁴ A respeito da idéia de “*comity*” v. HARTLEY, Trevor C. *Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*. In.: Am. Journ. Comp. Law. 1987, p. 487-511, SWANSON, Steven R. *The Vexatiousness of a Vexation Rule: International Comity and Antisuit Injunctions*. In.: 30 *Georges Washington J. International Law & Eco.* 1 (1998), p. 01-37.

³⁵ *Comity* seria “...the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”. (PENGELLEY, Nicolas. *Judicial Comity and Angelic Grace*. In.: *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal (ADRLJ)*. 1999, parte 3, setembro 1999. Londres: LLP, 1999, p. 196).

³⁶ GAILLARD afirma que nos EUA, “Suivant une technique qui leur est familière, les juridictions américaines opèrent pour leur part un bilan coûts-avantages dans lequel ils pèsent le souci de faire obstacle à une procédure injustifiée et vexatoire et les considérations de *Comity* qui s’opposent à toute interférence à l’égard des actions des juridictions étrangères” (*Il est Interdit d’Interdire: Réflexions sur l’Utilisation des Anti-Suit Injunctions dans l’Arbitrage Commercial International*. In.: *Rev.Arb.* 2004, n° 1, nota n° 04).

³⁷ CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 676.

Evolução Histórica

As *anti-suit injunctions* surgiram no século XV, na Inglaterra, como forma de impedir a expansão das cortes eclesiásticas³⁸. Posteriormente, também no âmbito da *common law*, foi utilizada, notadamente no instituto inglês do *Contempt of court*³⁹ que tinha como objetivo punir advogados e partes que abusavam de seus direitos visando à procrastinação da justiça.

Já no século XIX⁴⁰, tal medida era utilizada pela *Court of Chancery* com o intuito de impedir que uma parte ingressasse com pedidos na *common law*, em situações consideradas “...contra a boa consciência”⁴¹. Nesta época, ela existia para resolver conflitos entre cortes inglesas. Posteriormente, começou a ser usada para suspender processos na Escócia, Irlanda e nas colônias britânicas⁴².

A *anti-suit injunction*, no sentido atual, foi aplicada pela primeira vez no caso *Bushby v. Munday*, em 1821, quando um autor de uma ação de cobrança requereu às Cortes Inglesas que impedissem que a outra parte prosseguisse a execução da obrigação na Escócia⁴³.

Em 1883, no caso *Peruvian Guano Co. v. Bockwoldt*, a medida começou a ser questionada para impedir a continuação de processos no exterior. O réu possuía duas ações, uma na França e uma na Inglaterra. A outra parte requereu à Corte inglesa para que esta forcesse o réu a escolher uma das jurisdições⁴⁴.

Entretanto, a justiça inglesa não acatou as alegações. O juiz Bowen L.J., entendeu que:

Parece-me que nós não temos tal direito, moral ou legal, de tirar de um requerente qualquer chance real de vantagem que ele possa ter. Se existe uma possibilidade

³⁸ BERMANN, G. A., op. cit., p. 593.

³⁹ Nos países da *common law* o *Contempt of court*, em uma tradução literal significa desprezo, desacato a um tribunal, desobediência a um tribunal. Nesses países tal desobediência pode justificar pesadas multas e penas de prisão (neste sentido v. GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1107).

⁴⁰ AMBROSE, Clare. *Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?* In: *Int'l & Comp. Law Quart.* vol. 52, parte 2, abril 2003, p. 404.

⁴¹ Tradução livre do original: “...against good conscience”. (HARTLEY, T. C., op. cit., p. 489). A este respeito v. também CLAVEL, S. *Le Pouvoir d’Injonction Extraterritorial des Juges...*, op. cit., p. 299.

⁴² *Ibid.*, p. 490.

⁴³ Sobre este caso v. ARKINS, Jonathan R. C. *Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions.* In.: *J. Int. Arb.* vol. 18 (2001), nº 6, p. 604.

⁴⁴ *Id.*

justa de que ele possa obter uma vantagem ingressando com um processo em dois países, por que esta Corte deveria interferir ou privá-lo disto?⁴⁵

A primeira *anti-suit injunction* proferida em decorrência de desrespeito a um acordo de arbitragem ocorreu no caso *Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto Co. Ltd*, em 1911. *Rio Tinto*, empresa inglesa proprietária de uma mina na Espanha, celebrou um contrato com o fim de carregar minérios nas minas vizinhas. O contrato possuía uma cláusula compromissória com previsão de sede na Inglaterra. Quando do surgimento de uma disputa, *Rio Tinto* ingressou com um processo na Espanha, em desrespeito à cláusula compromissória. A companhia belga processada conseguiu uma *anti-suit injunction* na Corte de Apelação inglesa. A Corte inglesa entendeu que a cláusula compromissória excluía a competência de qualquer outra jurisdição. Considerando que *Rio Tinto* era uma sociedade inglesa, esta se viu obrigada a suspender o procedimento sob pena de medidas coercitivas por parte de suas cortes nacionais⁴⁶.

Foi em 1919, no caso *Cohen v. Rothfield* que os requisitos das *anti-suit injunctions* foram formados. Neste caso, a Corte inglesa havia sido requerida em proferir uma medida para impedir que a parte continuasse com uma ação na Escócia. A medida foi aceita, porém, a Corte ressaltou que tal prática deveria ser feita com cautela⁴⁷.

No mesmo julgamento, outro juiz afirmou que se ambas as ações continuassem, isso poderia ser opressivo e vexatório⁴⁸. Os termos ‘*oppressive*’ e ‘*vexatious*’⁴⁹ se tornaram, portanto, características obrigatórias para a aceitação

⁴⁵ Tradução livre do original: “It seems to me that we have no sort of right, moral or legal, to take away from a plaintiff any real chance he may have of an advantage. If there is a fair possibility that he may have an advantage by prosecuting a suit in two countries why should this Court interfere and deprive him of it”? O juiz Jessel M.R. afirmou: “We cannot compel the plaintiffs to abandon [the foreign] action”. (Citado por ARKINS, J. R. C., Id.).

⁴⁶ COLLINS, Lawrence. *Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration*. In.: ASA Specials Series nº 15. Arbitral Tribunals or State Courts. Who Must Defer to Whom? Zuriq: Pierre A. Karrer, 2001, p. 87-88.

⁴⁷ O juiz Scrutton entendeu que: “Where it is proposed to stay an action on the ground that another is pending, and the action to be stayed is not in the Court asked to make the order, the same result is obtained by restraining the person who is bringing the second action from proceeding with it. But, as the effect is to interfere with proceedings in another jurisdiction, this power should be exercised with great caution to avoid even the appearance of undue interference with another Court”. (Citado por ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 604-605).

⁴⁸ Ibid., p. 605.

⁴⁹ Segundo HARTLEY, o caráter vexatório de uma ação é impossível de ser conceituado. Todavia, ele mostra uma situação que poderia ser chamada de vexatória: “...the plaintiff brings an action in a foreign court, not because he genuinely thinks that is the best way to settle the dispute,

dessas medidas. Assim, se a ação estrangeira for opressiva ou vexatória, poderá haver a determinação da medida antiprocesso. Como assinala CLAVEL, “efetivamente, uma das bases admitidas para aceitar o benefício da injunção é o fato de que o procedimento intentado diante das jurisdições estrangeiras seja ‘vexatious’ ou ‘oppressive’...”⁵⁰ ou “...quando a instauração de jurisdições estrangeiras constitui um *equitable wrong*, ou seja, um dano ligado à violação de um direito consagrado pela *Equity*”⁵¹.

Normalmente, para que uma ação seja considerada opressiva ou vexatória, uma das duas hipóteses abaixo é encontrada:

a) ou as partes escolheram o foro competente no contrato e uma delas ingressa com pedido em um terceiro país. A parte prejudicada pode alegar que o processo estrangeiro é vexatório ou opressivo. É o que ocorreu no caso *Sohio Supply Co v. Gatoil (USA) Inc*⁵². Nesse caso, o contrato era submetido à lei inglesa além de possuir uma cláusula determinando que somente as jurisdições inglesas seriam competentes para julgar a matéria. Quando o réu ingressou com um pedido no Texas, o autor requereu uma *anti-suit injunction* às Cortes inglesas que proferiram tal medida.

No entanto, já ocorreu da corte negar a medida, mesmo existindo uma cláusula atributiva de jurisdição. Isso porque, se considerou que a ação estrangeira não era nem vexatória, nem opressiva.

É o caso *Continental Bank NA v. Aekos Cie Naviera SA*⁵³, no qual um armador grego, que representava várias sociedades, celebrou um contrato de empréstimo com o *Continental Bank*, que previa como foro competente a justiça

but because he wants to cause difficulties for the defendant, perhaps in the hope of obtaining a favorable settlement”. (op. cit., p. 499).

⁵⁰ Tradução livre do original: “En effet, l’une des bases retenues pour accorder le bénéfice de l’injonction est le fait que la procédure intentée devant les juridictions étrangères est ‘vexatious’ ou ‘oppressive’...”. (CLAVEL, S. *Le Pouvoir d’Injonction Extraterritorial des Juges...*, op. cit., p. 304). Sobre as *anti-suit injunctions* determinadas para impedir manobras ‘vexatious’ e ‘oppressive’, v. o caso *Smith Kline & French Laboratories Ltd v. Bloch* (Id.). Neste mesmo sentido v. Id., *Anti-suit injunctions...*, op. cit., p. 675 et seq.

⁵¹ Tradução livre do original: “...lorsque la saisine des juridictions étrangères constitue un equitable wrong, c’est-à-dire un dommage lié à la violation d’un droit consacré par l’Equity”. (CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 675).

⁵² Sobre este julgamento v. [1989] *1 Lloyd’s Rep.*, p. 588-593; HILL, Jonathan. *Antisuit Injunctions*. In.: *The Law Relating to International Commercial Disputes*. 2. ed. Londres: LLP, 1998, p. 330.

⁵³ Id.; CLAVEL, S. *Le Pouvoir d’Injonction Extraterritorial des Juges...*, op. cit., p. 302; AMBROSE, C. *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, op. cit., p. 406; COLLINS, L., op. cit., p. 90 et seq.; [1994] *1 Lloyd’s Rep.*, p. 505-512.

inglesa. Quando os tomadores do empréstimo não cumpriram suas obrigações, o banco se viu obrigado a exigi-las. Todavia, aqueles ingressaram com um pedido de perdas e danos diante da justiça grega, alegando que o banco tinha desrespeitado uma lei grega.

Por esse motivo, o banco demandou à justiça inglesa que proferisse uma *anti-suit injunction* com o objetivo de interromper o processo grego, devido ao não cumprimento de uma cláusula atributiva de jurisdição. Os demandados se opuseram, alegando que a justiça grega tinha sido a primeira a iniciar o processo e por isso, a justiça inglesa deveria se declarar incompetente ou esperar o término do processo na Grécia (arts. 21 e 22 da Convenção de Bruxelas de 1968⁵⁴). A medida foi proferida, mas os demandados ingressaram com uma apelação diante da *Court of appeal* alegando que a *anti-suit injunction* era uma interferência indireta na competência da jurisdição grega.

A Corte não manteve, em seu turno, a medida, ao entender que (i) a interpretação da cláusula atributiva de jurisdição levava ao entendimento de que tal cláusula se referia ao objeto do litígio, o qual era competência da jurisdição grega; (ii) a *anti-suit injunction* só poderia ser utilizada como um artifício para impedir uma conduta *vexatious and oppressive* de uma das partes.

b) A outra hipótese, segundo a qual uma *anti-suit injunction* pode ser proferida, ocorre quando as partes escolhem a arbitragem no caso de litígio e uma delas ingressa com um pedido na esfera estatal, em descumprimento à cláusula compromissória. Nesse caso, as partes possuem o “direito legal e equânime”⁵⁵ de respeitar a arbitragem. Diante disso, pode-se afirmar que este procedimento é vexatório e opressivo.

Com o passar dos tempos, os termos ‘opressivo e vexatório’ abrangeram, passando a ser aceito igualmente o princípio do *forum non conveniens*⁵⁶.

⁵⁴ Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 sobre competência judiciária e execução de julgamentos em matéria civil e comercial. Sobre a Convenção v. *infra* nº 1.2.1.3

⁵⁵ “Legal or equitable right”. (Ibid., p. 329).

⁵⁶ *Forum non conveniens* seria aquele tribunal não conveniente para julgar a matéria, ou seja, o tribunal incompetente. É o oposto do natural forum, isto é, o tribunal com o qual a ação tem maior conexão. HARTLEY afirma que o *forum non conveniens* originou na Escócia e só foi trazido à Inglaterra recentemente. (op. cit., p. 490-492). Neste sentido v. ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 604-606.

CLAVEL, entende, inclusive que basta a “...exigência da justiça...”⁵⁷ para que uma *anti-suit injunction* seja proferida:

Uma injunção será, portanto, proferida, de um lado quando o procedimento estrangeiro tiver sido precipitado com o objetivo manifesto de fraudar os direitos do demandado, atirando-o diante de uma jurisdição afastada de seu centro de interesses para colocá-lo em uma situação difícil – é a hipótese do procedimento ‘*vexatious and oppressive*’ –, por outro lado, e de uma maneira mais geral, quando este procedimento criar, se ele prosseguir até o final, uma ‘séria injustiça’ para o demandado⁵⁸.

Uma demonstração da utilização mais ampla do conceito, pode ser apreciada do caso *Airbus Industrie GIE v. Patel e outros*, de 1997. O caso em questão tratava de um litígio decorrente de um acidente de avião ocorrido na Índia. A autora da ação ingressou com um pedido de injunção na Inglaterra a fim de impedir que a ré continuasse com uma ação de perdas e danos no Texas. Contudo, a referida autora entendia que o “*natural forum*” era a Índia. A grande novidade nesse caso, é o fato dos tribunais ingleses proferirem uma *anti-suit injunction* visando a garantir a competência de um país terceiro. A jurisdição inglesa entendeu que o Texas não possuía nenhuma relação importante com a causa e por isso proferiu a medida⁵⁹.

Sendo assim, com a larga utilização das *anti-suit injunctions* no Reino Unido⁶⁰ e o desenvolvimento das relações internacionais advindas do comércio internacional, tal instituto tornou-se igualmente popular em toda a Europa⁶¹.

⁵⁷ Tradução livre do original: “...l’exigence de la justice...” (CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 675).

⁵⁸ Tradução livre do original: “Une injonction sera donc prononcée d’une part lorsque la procédure étrangère a été diligentée dans l’objectif manifeste de frauder les droits du défendeur, en l’attirant devant une juridiction éloignée de son centre d’intérêt pour le placer dans une situation difficile – c’est l’hypothèse de la procédure ‘vexatious and oppressive’ –, d’autre part, et d’une façon plus générale, lorsque cette procédure créerait, si elle se poursuivrait jusqu’à son terme, une ‘sérieuse injustice’ pour le défendeur” (Ibid., p. 675).

⁵⁹ HILL, J., op. cit., p. 325. Sobre o mesmo julgamento v. AMBROSE, C. *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, op. cit., p. 405; HO, Look Chan. *Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement*. In: *Int’l & Comp. Law Quart.* vol. 52, parte 3, julho 2003, p. 703 et. seq.

⁶⁰ Como assinala MUIR-WATT, “Aujourd’hui, ce pouvoir est consacré à la section 37 (1) du *Supreme Court Act* 1981: ‘la *High Court* peut (au moyen d’une mesure provisoire ou définitive) octroyer une injonction... dans tous les cas où la cour estime juste et opportun de le faire’”. (MUIR-WATT, Horatia. *V. Communautés Européennes. Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit et autres*. *Chambre des Lords*. 13 décembre 2001. In.: *Rev. Crit.* n° 01, jan-mars 2003, p. 119).

Já nos Estados Unidos, essa medida foi primeiramente utilizada para regular os conflitos de competência entre jurisdições dos Estados federados. Dessa forma, começou a ser utilizada igualmente em litígios internacionais. Seu apogeu foi marcado pelo caso *Laker Airways*⁶².

A pequena companhia aérea inglesa *Laker Airways*, conquistou grande parte do mercado de vôos transatlânticos graças a uma política de baixas tarifas. Ocorre que suas concorrentes – grandes empresas aéreas e um construtor de aviões – numa tentativa deliberada de acabar com a empresa, realinharam os preços de suas tarifas, o que levou à liquidação de *Laker*. Por este motivo, os liquidantes da empresa ingressaram com uma ação *anti-trust* diante da Corte Federal do Distrito de Washington D.C., nos Estados Unidos, em face das empresas concorrentes. Nesse ínterim, o *Midland Bank* – que havia emprestado fundos a *Laker*, temendo ser chamado neste processo, requereu da *High Court* inglesa (esfera competente) uma injunção que tinha como objeto impedir que *Laker* contestasse a ação *anti-trust*, medida acatada pela *High Court*⁶³. Em seu turno, várias partes demandadas na ação nos Estados Unidos igualmente ingressaram, no Reino Unido, com pedido contra *Laker*, requerendo em seu benefício uma declaração de não-responsabilidade. Além disso, pediram que fosse proferida uma *anti-suit injunction* visando a impedir *Laker* de requerer diante das cortes norte-americanas uma *anti-suit injunction* a qual objetivava impedir as demandadas de agir diante da justiça inglesa. Tais medidas foram aceitas pela *Court of appeal*. Em seguida, *Laker* obteve da justiça norte-americana, contra as outras companhias demandadas, uma medida que impedia demandar às jurisdições inglesas uma *anti-suit injunction*⁶⁴.

⁶¹ ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 76. Na Austrália as *anti-suit injunctions* também se tornaram correntes. O caso mais célebre é *CSR Limited v. Cigna Insurance Australia Limited & ors.* (O inteiro teor do acórdão proferido pela High Court of Austrália pode ser encontrado no site www.austlii.edu.au). Neste caso a Corte australiana proferiu uma *anti-suit injunction* contra uma ação paralela nos Estados Unidos. Sobre o mesmo caso v. ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 607 et. seq.

⁶² *Ibid.*, p. 605; CLAVEL, S. *Le Pouvoir d'Injonction Extraterritoriale des Juges...*, op. cit., p. 299-300; HARTLEY, T. C., op. cit., p. 487-489; BERMANN, G. A., op. cit., p. 591 et. seq.; HILL, J., op. cit., p. 328-329; SWANSON, S. R., op. cit., p. 02 et. seq.

⁶³ Sobre o caso *Midland Bank Plc v. Laker Airways Ltd.* v. HILL, J., op. cit., p. 328.

⁶⁴ Como afirmou Lord Steyne sobre este caso, “An [anti-suit] injunction is the only effective remedy for the defendants’ breach of contract. If the injunction is set aside, the defendants will persist in their breach of contract, and the bank’s legal rights as enshrined in the jurisdiction agreement will prove valueless. Given the total absence of special countervailing factors, this is the paradigm case for the grant of an exclusive jurisdiction agreement”. (citado por

Vê-se aqui o nível de confusão que pode se chegar com a utilização aleatória de *anti-suit injunctions*.

Outra decisão célebre, foi o caso *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak & Anor*⁶⁵. O caso refere-se a um acidente de helicóptero em Brunei, no qual o marido da autora faleceu. O helicóptero foi construído na França, porém era operado por uma companhia da Malásia. Por esse motivo, a autora ingressou com pedidos contra as duas companhias em Brunei e contra a empresa francesa no Texas. A empresa francesa requereu às cortes de Brunei que proferissem uma *anti-suit injunction* para que a autora suspendesse a ação no Texas. Essa medida foi aceita sob a alegação de que não havia nenhuma vantagem para a autora continuar com tal processo. O tribunal decidiu, portanto, que o processo no Texas era opressivo e por isso, deveria ser suspenso.

Neste julgamento, ademais, Lord Goff of Chieveley enumerou circunstâncias e princípios básicos sob os quais uma *anti-suit injunction* pode ser proferida:

A jurisdição será exercida quando os “fins da justiça” a requerem;
 Uma injunção que proíba um processo em uma corte estrangeira será dirigida às partes, não à Corte;
 A injunção só será proferida para impedir a parte que tem acesso à jurisdição das cortes locais; e
 O exercício da jurisdição deve ser feito com cautela⁶⁶.

Conforme previsto, não demorou muito para que esse tipo de medida também fosse utilizada na arbitragem internacional, já que tal modalidade de solução de litígio está intrinsecamente ligada ao comércio internacional e às relações decorrentes dele.

No âmbito da arbitragem, as *anti-suit injunctions* podem ser proferidas seguindo dois caminhos diferentes, como assinala ROZAS:

ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 612). O juiz Wilkey igualmente entendeu que “...the U.S. courts also had jurisdiction to issue the anti-suit injunction and that they should be looked at on a case-by-case analysis: there are no precise rules governing the appropriateness of anti-suit injunctions. The equitable circumstances surrounding each request for an injunction must be carefully examined to determine whether, in light of the principles outlined above, the injunction is required to prevent an irreparable miscarriage of justice”. (Ibid., p. 605).

⁶⁵ HILL, J., op. cit., p. 327.

⁶⁶ Tradução livre do original: “(a) the jurisdiction will be exercised when the ‘ends of justice’ require it; (b) an injunction restraining proceedings in a foreign court is directed to the parties not the court; (c) the injunction will only be issued to restrain a part that is amenable to the

- a) Impedindo “...uma das partes em continuar um processo judicial que foi iniciado em decorrência do não cumprimento de uma cláusula de arbitragem previamente celebrada e considerada válida pelas cortes”⁶⁷. Ou seja, fomentando e promovendo a solução de litígios de maneira célere e eficaz e prestigiando uma arbitragem corretamente constituída. Ou,
- b) Impedindo uma parte de continuar uma arbitragem instaurada de forma defeituosa. Nessa hipótese, a decisão judiciária:

...não se relaciona com processos que foram iniciados diante de cortes estatais, mas somente com uma arbitragem proposta por uma das partes. Neste caso, a questão essencial é a compatibilidade da medida com os princípios da arbitragem. Na prática, este que procurou um juiz a fim de obter uma *ant-suit injunction* que impede uma parte de continuar uma arbitragem, está convencido do caráter ilegítimo do litígio arbitral e tem o desejo de se liberar dele⁶⁸.

Infelizmente, embora a solução acima pareça interessante, na maioria das vezes as partes se furtam deste “direito” de contestar uma arbitragem incorretamente constituída, para se aproveitar da situação e utilizar as *anti-suit injunctions* com o fim de procrastinação da justiça. Em muitos casos, vê-se o instituto da arbitragem corretamente utilizado, no entanto, prejudicado pela utilização deste artifício. Tais manobras vêm sendo largamente utilizadas em países onde a prática da arbitragem ainda não se consagrou. Consoante analisar-se-á, nestas nações, as *anti-suit injunctions* são utilizadas contra a arbitragem, simplesmente ignorando seus princípios básicos, como o da autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência.

Considerando as constatações iniciais, o objeto deste estudo terá como foco exclusivo, a análise das *anti-suit injunctions* no contexto da arbitragem comercial internacional tanto quando elas são utilizadas de maneira a favorecer a arbitragem – notadamente no direito inglês (Capítulo 2) –; como quando elas são intentadas

jurisdiction of the local courts; and (d) the exercise of the jurisdiction must be done with caution”. (ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 607).

⁶⁷ Tradução livre do original: “...one of the parties from pursuing legal proceedings initiated in breach of an arbitration agreement entered into beforehand and considered valid by the courts”. (ROZAS, J. C. F. *Antisuit Injunctions...*, op. cit., p. 80).

⁶⁸ Tradução livre do original: “...does not relate to proceedings that are being initiated before state courts, but to an arbitration that has been initiated by one of the parties. The key question therefore becomes whether this measure is compatible with the principles of arbitration. In practice, where a party refers a matter to a court in order to obtain an anti-suit injunction, such as to prevent an arbitral proceeding from being continued, that party is convinced of the illegitimate nature of the arbitral proceedings and wishes to avoid them altogether”. (Ibid., p. 82).

contra a arbitragem (Capítulo 3). O núcleo do estudo será a análise de diversos casos nos quais essas medidas já foram proferidas, para que então se chegue à conclusão sobre seu cabimento, características, vantagens, desvantagens e principalmente seus efeitos. Ao final, a tentativa será concluir se tais medidas são efetivamente pertinentes e necessárias para o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional do século XXI.

1. Anti-suit injunctions proferidas a favor da arbitragem

A possibilidade de se utilizar as *anti-suit injunctions* de maneira a promover a arbitragem internacional está presente quando, diante de um procedimento arbitral corretamente instaurado ou diante de uma cláusula compromissória válida, um juiz estatal ou um árbitro impedem que uma das partes continue ou ingresse na esfera estatal ou mesmo arbitral a fim de descontinuar a arbitragem⁶⁹.

O árbitro, por conseguinte, em tese, pode proferir uma *anti-suit injunction* para impedir que uma das partes ingresse ou continue um procedimento judicial ou arbitral que atente contra a arbitragem (item 1.1).

Já o juiz, atuando como parceiro da instância arbitral, pode editar *anti-suit injunctions* a fim de, da mesma forma, impedir o desrespeito de uma cláusula compromissória válida ou de uma arbitragem corretamente constituída (item 1.2).

Neste capítulo, portanto, verificar-se-á o cabimento de tais medidas tanto pelo árbitro quanto pelo juiz, a competência para proferi-las e os efeitos dessa decisão.

1.1. *Anti-suit injunctions* proferidas pelo árbitro

O árbitro possui o poder jurisdicional de julgar o litígio que lhe é submetido pelas partes. É o chamado poder de *iuri dictio*, ou seja, o poder de julgar e proferir uma sentença válida. Entretanto, o árbitro não possui um poder que é inerente ao juiz estatal, o chamado poder de coerção ou de *imperium*. Isto é, o árbitro poderá proferir sua sentença e esta terá validade no mundo jurídico, contudo, não poderá executá-la. Tampouco poderá executar medidas coercitivas no decorrer do procedimento arbitral, tais como a condução de testemunhas, a execução de medidas de caráter provisório etc.

⁶⁹ Como assinala GAILLARD, as *anti-suit injunctions* “...are sometimes sought by a party in support of the arbitral process, to prohibit the other party from submitting a claim to a local court when a contractual clause provides for disputes to be resolved by arbitration” (*The misuse of Anti-suit Injunctions*, p. 03).

É o que assinala LOQUIN: “Juiz privado, o árbitro não possui *imperium*, isto é, (...) ele não possui poder coercitivo em relação às partes na arbitragem e *a fortiori* em relação a terceiros”⁷⁰.

No mesmo sentido, ROZAS:

Como o árbitro não é uma autoridade pública, ele não pode coercitivamente fazer com que respeitem suas decisões. Somente o Estado, como depositário do poder público soberano, pode impor pela força suas decisões, portanto o árbitro necessita do organismo estatal para fazer respeitar coercitivamente suas decisões⁷¹.

Ou seja, sempre que o árbitro precisar usar a força, este pedirá assistência ao juiz estatal da sede da arbitragem, que o auxiliará como juiz de apoio⁷².

Que fique bem claro: o árbitro não pode executar suas decisões, porém, tem o poder de proferi-las. É a convenção de arbitragem, sustentada pela autonomia da vontade, aliás, que confere a ele este poder “...de adotar todos os tipos de medidas a fim de garantir os direitos e as obrigações das partes no curso do procedimento arbitral”⁷³.

Como ele possui o poder de decisão, ele está apto, por exemplo, a determinar que uma testemunha compareça na audiência. Caso ela não cumpra a decisão, o juiz estatal auxiliará na condução da testemunha. O mesmo ocorre com as medidas provisórias e conservatórias.

⁷⁰ Tradução livre do original: “Juge privé, l’arbitre n’a pas d’*imperium*, c’est à dire, (...) qu’il n’a pas de pouvoir coercitif à l’égard des parties à l’arbitrage et *a fortiori* à l’égard des tiers...”. (LOQUIN, Eric. *Les Pouvoirs des Arbitres Internationaux à la Lumière de L’Évolution Récente du Droit de l’Arbitrage International*. In.: JDI. n° 2, avril, mai, juin 1983, p. 306).

⁷¹ Tradução livre do original: “L’arbitre n’étant pas une autorité publique, il ne peut pas faire respecter coercitivement ses décisions par lui même. Seul l’Etat, en tant que dépositaire du pouvoir public souverain, peut imposer par la force ses décisions, donc l’arbitre a besoin de l’organisme étatique pour faire respecter coercitivement ses décisions”. (ROZAS, J. C. F. *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 146).

⁷² Como assinala ROZAS, “...les parties, et plus particulièrement les arbitres, peuvent se voir obligés de descendre au rez-de-chaussée de l’édifice arbitral pour demander l’aide judiciaire”. (Ibid., p. 128).

⁷³ Tradução livre do original: “...d’adopter toutes sortes de mesures en vue de garantir les droits et les obligations des parties au cours de la procédure d’arbitrage”. (Ibid., p. 161). Sobre o cabimento de medidas provisórias v. BINDER, Peter. *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Londres: Sweet & Maxwell, 2000, p. 66-69; KARRER, Pierre A. *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please*. In.: *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Congress Series n° 10. Haia, Nova Iorque: Kluwer Law International, 2001, p. 97-110; WIRTH, Markus. *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*. In.: Bull. ASA. n° 01, 2002, p. 31-45; STALEV, Zhivko. *Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*. In.: *International Arbitration in a Changing World*. International Council for Commercial Arbitration. Congress series n° 6. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 103-113.

Entende-se pertinente o conceito dado por BOURNONVILLE para tais medidas:

O vocábulo ‘medidas provisórias’ engloba geralmente as medidas provisórias e as medidas conservatórias: as primeiras permitindo regular a situação das partes enquanto esperam a sentença arbitral, as segundas permitindo tomar certas precauções para assegurar notadamente a efetividade da decisão que virá⁷⁴.

No que tange às legislações nacionais de arbitragem, embora algumas delas não aceitem a prolação de medidas provisórias e conservatórias pelos árbitros⁷⁵, a maioria delas autoriza expressamente este direito.

É o que preceitua o *Arbitration Act* de 1996 do Reino Unido, em seu artigo 39: “As partes estão livres em acordar que o Tribunal Arbitral deva possuir poder para ordenar em uma base provisória qualquer alívio...”⁷⁶.

O artigo 183 da Lei Federal de Direito Internacional suíço confere igualmente tal poder ao árbitro:

Medidas provisórias e conservatórias. 1. Salvo convenção em contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias ou medidas conservatórias a pedido de uma parte. 2. Se a parte concernida não se submeter à ordem voluntariamente, o tribunal arbitral pode requerer a incursão do juiz competente. Este aplica seu próprio direito (...)⁷⁷.

O Código Judiciário belga determina no artigo 1696 que: “Sem prejuízo à aplicação do artigo 1679, o Tribunal Arbitral pode ordenar medidas provisórias e conservatórias a pedido de uma parte...”⁷⁸.

A lei brasileira nº 9.307/96, em seu art. 22 estatui que:

⁷⁴ Tradução livre do original: “Le vocable ‘mesures provisoires’ englobe généralement les mesures provisoires et les mesures conservatoires: les premières permettant de régler la situation des parties dans l’attente de la sentence arbitrale, les secondes permettant de prendre certaines précautions pour assurer notamment l’effectivité de la décision à intervenir”. (BOURNONVILLE, Philippe de. *Droit Judiciaire. L’Arbitrage*. Bruxelles: Lancier, 2000, p. 132-133).

⁷⁵ Como é o caso do art. 818 do Código de Processo Civil italiano que expressa que “Gli arbitri non possono concedere sequestro, né altri provvedimenti cautelare”.

⁷⁶ Art. 39. “The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief...”.

⁷⁷ Suíça: Lei Federal de Direito Internacional privado, art. 183. “2. Mesures provisionnelles et mesures conservatoires. 1. Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d’une partie. 2. Si la partie concernée ne s’y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit. (...)”.

⁷⁸ Art. 1696. “Sans préjudice de l’application de l’article 1679, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d’une partie...”.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

(...).

Já no que diz respeito à Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, esta prevê em seu artigo 17 que:

Art. 17. Faculdade do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias.

Salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral poderá, a pedido de uma delas, ordenar a quaisquer das partes que adote as medidas provisórias que o tribunal arbitral entender necessárias a respeito do objeto do litígio. O tribunal arbitral poderá exigir de quaisquer das partes uma garantia apropriada em conexão com essas medidas.

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 1976, em seu artigo 26 determina igualmente a respeito das medidas provisórias que:

1. A pedido de uma das partes, o tribunal arbitral pode ordenar quaisquer medidas provisórias que julgar necessário no que concerne ao objeto do litígio...

2. Tais medidas provisórias podem ser ordenadas sob a forma de uma sentença parcial. (...).

3. Uma demanda de medida provisória endereçada por uma das partes a uma autoridade judiciária não deve ser considerada como incompatível com a convenção de arbitragem nem como uma renúncia ao direito de prevalecer a referida convenção⁷⁹.

Já o art. 23 do Regulamento de Arbitragem da CCI determina que:

Medidas cautelares e provisórias. 1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. (...).

⁷⁹ Este item demonstra que o pedido de medidas provisórias pode tanto ser endereçado aos árbitros como ao juiz estatal, sem prejuízo da arbitragem.

A Convenção Árabe sobre Arbitragem Comercial, também chamada de Convenção de Amman⁸⁰, prevê a possibilidade de determinação de medidas provisórias por parte do Tribunal Arbitral a preceituar, em seu art. 29 que “o Tribunal Arbitral pode, à demanda de uma das partes, tomar qualquer medida provisória ou conservatória que julgar necessário”.

A Convenção Européia sobre Arbitragem Commercial Internacional (Genebra, 1961) determina em seu art. VI(4) que:

Um pedido de medidas provisórias ou conservatórias endereçado a uma autoridade judicial não deve ser considerado como incompatível com a convenção de arbitragem, nem como uma submissão do caso quanto ao mérito ao tribunal judicial⁸¹.

Ora, se uma parte em uma arbitragem ingressa em um tribunal estatal ou mesmo em outra arbitragem com o objetivo de atrapalhar a continuação desta instância, o árbitro, como juiz da causa, poderá proferir uma medida de caráter conservatório com a finalidade de assegurar a continuação da arbitragem e, conseqüentemente, a prolação final da sentença.

Nesse ponto, pode-se afirmar que as *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem estão intimamente ligadas com as medidas conservatórias, pois tem o condão de salvaguardar a eficácia da arbitragem.

As *anti-suit injunctions* estariam, desse modo, inseridas nas espécies de medidas provisórias, visto que são proferidas para conservar um direito, qual seja, o da arbitragem.

Na verdade, considerando a falta de poder coercitivo do árbitro, as *anti-suit injunctions* proferidas por este, normalmente viriam na condição de uma recomendação, requerendo à parte que esta suspenda o procedimento arbitral ou estatal contrário à arbitragem.

Neste mesmo caminho, GAILLARD afirma que não existe nenhum obstáculo em os árbitros fazerem recomendações às partes, por meio das medidas provisórias chamadas *anti-suit injunctions*:

⁸⁰ Realizada em 14 de abril de 1987, foi ratificada por 13 países da Liga árabe, dentre eles: Iraque, Jordânia, Líbano, Sudão, Tunísia e Yêmen.

⁸¹ Tradução livre do original: art. VI(4). “Une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d’arbitrage, ni comme une soumission de l’affaire quant au fond au tribunal judiciaire”.

Tais medidas não terão certamente a autoridade que se liga a decisões imediatamente executórias de jurisdições estatais, nas quais o *imperium* não é contestável, mas elas podem ter uma incidência não negligenciável sobre o resultado do litígio⁸².

Considerando esse caráter de recomendação das *anti-suit injunctions* proferidas pelos árbitros, RUBINO-SAMMARTANO faz uma distinção entre medidas conservatórias e injunções. Para ele, as medidas conservatórias são ordens de caráter coercitivo, já as injunções, são apenas recomendações às partes de fazer ou não fazer algo. Além disso, as injunções são proferidas quando uma das partes violou alguma regra da arbitragem, contrariamente às medidas conservatórias, que podem dizer respeito à prova, ao pagamento de determinada quantia etc⁸³.

O importante, na verdade é que se houve violação da arbitragem, o árbitro tem o poder para proferir uma injunção com o objetivo de acabar com tal desrespeito⁸⁴.

Ou seja, constatada a possibilidade de edição pelo árbitro de medidas provisórias, este poderá:

- impor que uma parte não inicie processos (judiciais ou arbitrais);
- ordenar que uma parte procure o remédio específico no relativo processo (por exemplo, uma suspensão); ou
- ordenar que uma parte retire outra demanda ou que informe ao tribunal arbitral sobre seu progresso⁸⁵.

Todavia, como fonte do direito e também da arbitragem, é a jurisprudência que vem demonstrando o cabimento das *anti-suit injunctions* como uma espécie do gênero medidas provisórias a fim de preservar a arbitragem.

⁸² Tradução livre do original: “Ces mesures n’auront certes pas l’autorité qui s’attache à des décisions immédiatement exécutoires de juridictions étatiques dont *l’imperium* n’est pas contestable, mais elles peuvent avoir une incidence non négligeable sur l’issue du litige”. (GAILLARD, E. *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 57).

⁸³ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Haia: Kluwer Law International, 1990, p. 354-355.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Tradução livre do original: “- enjoining a party from initiating (court or arbitral) proceedings; - ordering a party to seek specific relief in related proceedings (for example, a stay); or; - ordering a party to withdraw another lawsuit or to inform the arbitral tribunal of its progress”. (LÉVY, L., op. cit., p. 124).

Elas podem ocorrer tanto quando o procedimento paralelo é judicial (item 1.1.1.) ou quando ele é arbitral (item 1.1.2.).

1.1.1. Quando o outro procedimento é estatal

Nesta hipótese, existe uma arbitragem corretamente constituída, no entanto, paralelamente a ela, um procedimento judicial se desenvolve. A jurisprudência demonstra, nesse ponto, que é possível o árbitro proferir uma medida que tenha como objetivo suspender o procedimento paralelo nos tribunais estatais. Julgamentos no âmbito do ICSID (item 1.1.1.1.) e do Tribunal irano-americano (item 1.1.1.2.) ocorreram nesse caminho.

1.1.1.1. As arbitragens ICSID

O ICSID (*World Bank's International Centre for the Settlement of Investment Disputes*) foi criado pela Convenção de Washington em 1965⁸⁶, sob os auspícios do banco Mundial. Este centro tem como função administrar arbitragens decorridas de litígios surgidos em contratos de investimento estrangeiro⁸⁷. Para se submeter a uma arbitragem ICSID, o país deve ratificar a Convenção de Washington.

Como assinala PUCCI:

A Convenção de Washington de 1965 foi aprovada em uma época na qual os Estados se recusavam a submeter a arbitragem internacional controvérsias com investidores estrangeiros. Esse período histórico destaca-se pelo processo de descolonização e de surgimento de novas nações ocorrido na Ásia e na África. Os novos Estados, tentando preservar e garantir a soberania nacional recém-adquirida, preferiam resolver as controvérsias com os investidores estrangeiros conforme sua própria lei e nos seus tribunais nacionais.

A Convenção de Washington procurou atender aos interesses contraditórios existentes entre Estados e investidores estrangeiros. Entendia-se que a solução dessa classe de disputas mediante uma arbitragem internacional conduzida por um

⁸⁶ 142 Estados ratificaram a Convenção de Washington. Mais informações no site <http://www.worldbank.org/icsid>

⁸⁷ Segundo PUCCI, não existe um conceito jurídico para investimento estrangeiro. Todavia, “a ciência econômica define o investimento estrangeiro ou internacional como toda aplicação de recursos em atividade econômica, bem como o desenvolvimento dessa atividade econômica, feita pelo nacional de um Estado em um outro Estado, receptor do investimento. Para caracterizar um investimento estrangeiro, essa aplicação de recursos deve ser por um período de médio ou de longo prazo (considera-se médio prazo um investimento de três anos, e longo prazo, de sete anos), e o investidor deve assumir os riscos da operação”. (PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem e Investimentos Estrangeiros* In.: RBA. nº 2, abr-jun. de 2004, p. 13).

centro internacional criado sob os auspícios do Banco Mundial atenderia os interesses de ambas as partes em conflito⁸⁸.

No que tange às medidas provisórias, o artigo 47 da Convenção de Washington determina que “salvo acordo contrário das partes, o tribunal pode, se entender que as circunstâncias exigem, recomendar quaisquer medidas conservatórias próprias a salvaguardar os direitos das partes”⁸⁹.

Com fulcro nesse artigo, decidiu-se que um Tribunal Arbitral ICISID era competente para determinar a suspensão de um procedimento paralelo. É o que ocorreu no caso *MINE v. República da Guiné*⁹⁰.

Em 19 de agosto de 1971, 06 de dezembro de 1974 e 23 de janeiro de 1975, *MINE (Maritime International Nominees Establishment)*, sociedade de Liechtenstein e a República da Guiné celebraram contratos para a criação de uma sociedade de economia mista denominada SOTRAMAR que tinha como objeto transportar bauxita da Guiné para o exterior. Nesses contratos havia a previsão de uma arbitragem ICSID em caso de controvérsia. Entretanto, a *MINE* deu início a uma arbitragem sob os auspícios da *American Arbitration Association (AAA)* e em 09 de junho de 1980 foi proferida uma sentença arbitral, condenando a República da Guiné a pagar uma indenização de 25 milhões de dólares à *MINE*. A República da Guiné havia sido revel na arbitragem em questão. Após a arbitragem da AAA, *MINE* deu início a outra arbitragem, agora ICSID. Porém, além da arbitragem, a referida empresa começou a ingressar com diversos pedidos acessórios na Suíça e na Bélgica sobre as bases da sentença da AAA. Em 07 de maio de 1984, o Tribunal Arbitral se considerou competente para julgar a matéria e em 04 de dezembro de 1985, proferiu uma *anti-suit injunction*, em aplicação do artigo 39 do Regulamento do ICSID de 1968⁹¹, recomendando que *MINE*

⁸⁸ Ibid., p. 22-23.

⁸⁹ A Convenção de Washington de 1965 pode ser encontrada no site www.worldbank.org/icsid. Ver também FRIEDLAND, Paul D. *Provisional Measures and ICSID Arbitration*. In.: Arb. Int'l. vol. 2 (1986), n° 4, p. 335-356.

⁹⁰ Sobre este caso v. *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XII (1987), p. 181-182 e p. 514-522; vol. XIII (1988), p. 655-660; vol. XIV (1989), p. 82-91; vol. XVI (1991), p. 40-53; www.worldbank.org/icsid.

⁹¹ Art. 39 do Regulamento válido em 1985: “(1) At any time during the proceedings, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. (...) (3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations”.

suspendesse imediatamente todas as ações pendentes em jurisdições estatais. Vale ressaltar que, embora o Tribunal Arbitral tenha se manifestado dessa forma, as ações, tanto na Bélgica quanto na Suíça não foram recebidas, pois os tribunais estatais entenderam serem incompetentes para julgá-las. Em 06 de janeiro de 1988, o Tribunal Arbitral proferiu sua sentença final condenando a República da Guiné a pagar uma indenização à *MINE*⁹².

Outro caso ICSID envolvendo *anti-suit injunctions* proferidas pelo Tribunal Arbitral é o caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s (CSOB) v. The Slovak Republic*⁹³. O referido litígio diz respeito a uma arbitragem ICSID tentada por CSOB em 18 de abril de 1997 contra A República da Eslováquia, em relação a um contrato celebrado entre as partes. Não obstante a existência do procedimento arbitral, a requerida ingressou com um pedido de falência em face de *Slovenska inškaski spol. S.r.o.* em 1998. A requerente alegou que a questão central do referido pedido dizia respeito às mesmas demandas submetidas ao Tribunal Arbitral. Por esse motivo, solicitou ao Tribunal Arbitral para que este proferisse – de acordo com os arts. 47 e 26 da Convenção de Washington – uma medida provisória (*anti-suit injunction*) recomendando que a requerida tomasse todas as medidas necessárias para suspender o processo de falência na Corte de Bratislava até que a sentença arbitral fosse proferida. Em um primeiro momento, nas *Procedurals Orders* nº 2 e 3⁹⁴, o Tribunal Arbitral rejeitou os pedidos por entender que a Corte Estatal ainda não estava ciente do procedimento arbitral e, portanto, poderia suspendê-lo por si só.

Diante disso, o requerente fez um pedido à Corte estatal a fim de que esta suspendesse o processo de falência, em razão da arbitragem ICSID. Contudo, tal demanda foi rejeitada em 05 de novembro de 1998.

O requerente, então demandou mais uma vez uma medida ao Tribunal Arbitral, que desta vez, em razão da negatória da Corte estatal, recomendou na

⁹² GAILLARD afirma que as decisões proferidas no âmbito do tribunal ICSID possuem um valor mais forte, pois a Convenção de Washington reconhece “...un principe d’exclusivité des décisions des arbitres à l’égard des décisions des juridictions d’un Etat quelconque. ...Aux termes de l’article 54 de la Convention, les sentences CIRDI jouissent dans tous les Etats ayant ratifié la Convention de Washington de la même autorité qu’un jugement définitif de l’ordre juridique local. De ce fait, les recommandations que les arbitres statuant sous l’égide du CIRDI sont habilités à prononcer ont une valeur particulièrement forte” (*Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 57).

⁹³ Caso ICSID nº ARB/97/4, disponível no site www.worldbank.org/icsid.

⁹⁴ Proferidas em 09 de setembro de 1998 e 05 de novembro de 1998, respectivamente. (www.worldbank.org/icsid).

Procedural Order nº 4, em 11 de janeiro de 1999, que fossem tomadas as medidas necessárias para que o processo de falência fosse suspenso até a prolação da sentença arbitral. Em 24 de maio de 1999, o Tribunal Arbitral se declarou competente para julgar o litígio.

1.1.1.2. O Tribunal Arbitral irano-americano

O Tribunal Arbitral irano-americano foi constituído sob os auspícios do Acordo de Algers, de 19 de janeiro de 1981, que tinha como objetivo solucionar litígios entre os EUA e o Irã, após a revolução iraniana de 1979 que transformou drasticamente as condições políticas, econômicas e sociais deste país.

Durante várias ocasiões, o tribunal irano-americano se viu forçado a proferir *anti-suit injunctions*, já que o governo do Irã não respeitava a competência exclusiva do tribunal. O caso mais célebre é o julgamento *E. Systems v. República do Irã*⁹⁵.

⁹⁵ E. Systems v. Governo da República Islâmica do Irã, Banco Melli Iran. Sentença Provisória, caso nº 388 (ITM 13-388-FT) de 4 de fevereiro de 1983. In.: *Comm. Arb'n*, vol. IX (1984), p. 216-224.

Em 1976, *E. Systems* celebrou um contrato com a República do Irã que tinha como obrigação entregar no Texas, dois aviões Boeings 707 com equipamentos a serem instalados por *E. Systems*. Esta, portanto, tinha a incumbência de modificar as aeronaves e instalar todos os equipamentos nos boeings. Para a celebração do contrato, *E. Systems* celebrou garantias bancárias com o “Ministro imperial de guerra” do Irã. Alegando quebra de contrato, a sociedade norte-americana ingressou com um pedido no Tribunal Arbitral irano-americano contra a República do Irã. Em 01 de junho de 1982, o Ministro imperial da defesa, sucessor do Ministro imperial de guerra, ingressou com um pedido contra a *E. Systems* na Corte Pública de Teerã. Diante desse fato, a empresa norte-americana requereu ao Tribunal Arbitral que obrigasse o Irã a suspender o procedimento em seu país, uma vez que segundo o demandante, ingressar com pedidos fora do Tribunal Arbitral, constituía uma violação da intenção firmada pelas partes nas Declarações de Algers, que determinava que o Tribunal Arbitral era o competente para resolver controvérsias entre elas⁹⁶.

O acordo de Algers prevê em seu artigo 26, (que inclusive é uma cópia do art. 26 do Regulamento de arbitragem da UNCITRAL) a possibilidade de medidas provisórias.

Todavia, toda a base da aceitação de *anti-suit injunctions* por este tribunal está no artigo VII, parágrafo 2 de sua Declaração de resolução de controvérsias, que determina que os reclamantes, ao se subordinarem ao tribunal, excluem qualquer outra jurisdição, seja ela norte-americana, iraniana ou estrangeira⁹⁷.

⁹⁶ As Declarações de Algers determinavam que: “(a) General Principle B of the Declaration, which states that a purpose of both Parties is to settle all claims between the Parties through binding arbitration before the Tribunal; (b) Article II, paragraph 2, of the Claims Settlement Declaration, which states that the Tribunal shall decide any counterclaim arising out of the same contract as the subject matter of the main claim; and (c) Article VII, paragraph 2, of the Claims Settlement Declaration, which excludes claims filed with the Tribunal from the jurisdiction of the courts of either of the two countries”. [Sentença parcial no caso nº 388 (ITM 13-388-FT) de 4 de fevereiro de 1983, Iran-US Claims Tribunal, p. 217-219]. Decisões similares foram prolatadas nos casos *Rockwell v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, sentença parcial nº ITM 20-430-1 (6 de junho de 1983); *RCA Global Awards v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, sentença parcial nº ITM 29-160-1 (31 de outubro de 1983); *Touche Ross and Co. v. The Islamic Republic of Iran*, sentença nº 197-480-1 (30 de outubro de 1985) (citado por ALDRICH, George H. *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 137-147).

⁹⁷ Art. VII, parágrafo 2: “Claims referred to the arbitration Tribunal shall, as of the date of filing of such claims with the tribunal, be considered excluded from the jurisdiction of the courts of Iran, or of The United States, or of any other court”. (citado por BROWER, Charles N.; BRUESCHKE, Jason D. *The Iran-United States Claims Tribunal*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 229-230).

No caso em questão, o Tribunal Arbitral entendeu que as partes haviam acordado em conferir a ele jurisdição exclusiva sobre quaisquer demandas e em 04 de fevereiro de 1983 decidiu que:

Este Tribunal possui um poder inerente em proferir quantas ordens forem necessárias para conservar (...) os direitos das Partes e para assegurar que a jurisdição e autoridade deste Tribunal são totalmente efetivas. Não somente deve ser dito que a sentença a ser proferida neste caso pelo tribunal, no qual foi estabelecido por acordo inter-governamental, prevalecerá sobre qualquer decisão inconsistente com as proferidas pelas Cortes iranianas ou norte-americanas, mas, em ordem a assegurar a total efetividade das decisões do Tribunal, o Governo do Irã deve requerer que ações na Corte iraniana sejam suspensas até que o procedimento neste Tribunal esteja completo.

Por essas razões,

O Tribunal requer que o Governo do Irã suspenda os procedimentos diante da Corte Pública de Teerã até que os procedimentos neste caso diante do Tribunal tenham sido completados⁹⁸.

Como se verifica, basta a existência de uma lei ou de acordo expreso das partes para que o Tribunal Arbitral possa proferir medidas que visam à continuação correta da arbitragem, ou seja, uma *anti-suit injunction*. Na verdade, nessas decisões, prima-se pelo princípio da autonomia da vontade das partes e da competência-competência.

No entanto, pode o árbitro proferir uma *anti-suit injunction* contra outra arbitragem?

1.1.2. Quando o outro procedimento é uma arbitragem

Ainda que não seja muito comum, conforme já verificado, existe a possibilidade de existência de arbitragens paralelas, isto é, arbitragens com as mesmas partes e mesmo objeto de litígio. Nesses casos, o árbitro que se julga exclusivamente competente para dirimir o litígio, pode proferir uma *anti-suit*

⁹⁸ Tradução livre do original: “This Tribunal has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the (...) rights of the Parties and to ensure that this Tribunal’s jurisdiction and authority are made fully effective. Not only should it be said that the award to be rendered in this case by the tribunal, which was established by inter-governmental agreement, will prevail over any decisions inconsistent with it rendered by Iranian or United States courts, but, in order to ensure the full effectiveness of the Tribunal’s decisions, the Government of Iran should request that actions in the Iranian Court be stayed until proceedings in this Tribunal have been completed. For these reasons, the Tribunal requests the Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed”. ([Sentença parcial no caso n.º 388 (ITM 13-388-FT) de 4 de fevereiro de 1983, Iran-US Claims Tribunal, p. 220]).

injunction para que o outro procedimento arbitral seja suspenso? A jurisprudência novamente vem demonstrar tal possibilidade.

No caso do tribunal irano-americano, podem-se citar duas arbitragens que tiveram tal problema. No julgamento *Reading and Bates Corp. et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al.*, existia uma arbitragem CCI com os mesmos pedidos que aqueles do tribunal irano-americano. Dessa forma, este tribunal requereu que a CCI suspendesse seus procedimentos⁹⁹. Posteriormente, as partes entraram em um acordo e o tribunal proferiu outra sentença com os termos deste acordo.

Outra arbitragem é a *Fluor Corp. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Nesse caso, igualmente diante de uma arbitragem CCI, o tribunal irano-americano pediu que aquele centro de arbitragem suspendesse o procedimento¹⁰⁰.

Assim, a possibilidade de prolação de medidas *anti-suit* contra um processo arbitral é um fato. As conseqüências de tais determinações são diversas. Como afirma KARRER:

(...) A realidade é que tais ordens possuem um impacto direto na jurisdição do outro tribunal arbitral. O princípio deveria ser que cada tribunal arbitral deveria decidir sobre sua própria jurisdição. Cada tribunal arbitral deveria ter sua própria competência-competência...Devemos esperar de cada tribunal arbitral respeite o domínio da jurisdição de outro tribunal arbitral que deriva sua jurisdição da mesma autonomia da parte que criou o primeiro tribunal arbitral¹⁰¹.

E continua:

⁹⁹ Sentença parcial nº. ITM 21-28-1 (9 de junho de 1983), citado por ALDRICH, G. H., op., cit., p. 147.

¹⁰⁰ Id., Sentença parcial nº ITM 62-33-1 (7 de agosto de 1986).

¹⁰¹ Tradução livre do original: "(...) The reality is that these orders have an impact directly on the jurisdiction of the other arbitral tribunal. The principle should be that each arbitral tribunal should decide on its own jurisdiction. Each arbitral tribunal should have its own competence-competence..We must expect from each arbitral tribunal that it respects the realm of the jurisdiction of another arbitral tribunal that derives it jurisdiction from the same party autonomy that created the first arbitral tribunal". (KARRER, P. A., op. cit., p. 106).

(...) Tribunais arbitrais não são somente um grupo de indivíduos privados. Tribunais arbitrais merecem respeito internacional. Eles exercem uma função pública confiada a eles pela *lex arbitri*. Eles merecem respeito mesmo das cortes estrangeiras¹⁰².

Embora a possibilidade dos árbitros proferirem *anti-suit injunctions* com o fulcro de preservar a arbitragem pareça muito eficiente, vale questionar se essas medidas encontram no mundo real a eficácia esperada quando são proferidas.

1.1.3. Efeitos

Verificada a possibilidade de um Tribunal Arbitral proferir *anti-suit injunctions* com o objetivo de preservar a arbitragem, cabe perguntar se referidas medidas possuem algum efeito na prática. Ou seja, mesmo que o Tribunal Arbitral determine que um processo judicial ou uma arbitragem sejam suspensos, tais medidas são efetivamente cumpridas? Existe alguma sanção para o descumprimento desta obrigação? A pergunta se faz notadamente na hipótese do procedimento paralelo ser estatal.

Como afirma LÉVY,

Teoricamente, a violação de uma anti-suit injunction pode causar um dano à outra parte no qual o árbitro poderá decretar a reparação (se a convenção de arbitragem for suficientemente ampla). (...) Se uma das partes ingressou com processos de forma abusiva, os árbitros só terão o poder de ordenar que essa parte pague pelas custas desnecessárias geradas por tais processos. Essa foi a situação no caso CCI No. 8887. Nesse caso, uma das partes levou a questão às cortes turcas, não obstante a proibição dos árbitros. Os árbitros declararam que a cláusula de arbitragem foi violada e condenaram (...) a parte a reparar a outra pelo prejuízo sofrido, que correspondeu às custas e honorários que o demandante teve que pagar ao seu advogado turco¹⁰³.

¹⁰² Tradução livre do original: “(...) Arbitral tribunals are not just a group of private individuals. Arbitral tribunals deserve international comity. They exercise a public function entrusted to them by the *lex arbitri*. They deserve (...) respect even from foreign courts”. (Ibid., p. 107.).

¹⁰³ Tradução livre do original: “Theoretically, the lack of compliance with an anti-suit injunction may cause a prejudice to the other party, which arbitrators can order to be compensated (provided that the arbitration clause is sufficiently broad). (...) Where one of the parties has initiated proceedings abusively, the arbitrators will only have the power to order that party to pay for the unnecessary costs generated by such proceedings. This was the situation in ICC arbitration No. 8887. In that case, one of the parties referred the matter to the Turkish courts notwithstanding that the arbitrators had enjoined it from doing so. The arbitrators stated that the arbitration clause had been breached and ordered the party (...) to compensate the other party for the prejudice suffered, which was determined to correspond to the fees paid by the aggrieved party to its Turkish lawyer”. (Final award of April 1997 in ICC case No. 8887, in 11(1) ICC BULL. 91, 94 (222), citado por LÉVY, L., op. cit., p. 127).

O mesmo autor¹⁰⁴ assinala que no ordenamento jurídico inglês é possível a condenação de uma parte a uma *Peremptory Order* quando esta não cumpre a determinação do árbitro (art. 42 do *Arbitration Act* inglês)¹⁰⁵.

Outra solução para se tornar executória esta decisão seria o pedido de auxílio do tribunal estatal da sede da arbitragem que poderia dar um caráter coercitivo à decisão do árbitro, obrigando a parte a se submeter à arbitragem. Porém, isto dependeria da existência de bens desta parte neste país ou então da presença física desta na sede da arbitragem, o que nem sempre se verifica.

Além disso, como verificado nos casos do tribunal irano-americano, infelizmente os tribunais estatais, notadamente quando o Estado é parte na arbitragem, nem sempre acatam as decisões dos tribunais arbitrais. Consoante afirma BROWER e BRUESCHKE a respeito do tribunal irano-americano:

...mesmo que procedimentos paralelos tenham sido determinados suspensos, algumas cortes continuaram a ordenar intimações e, em casos extremos, proferiram julgamentos posteriores às sentenças parciais do Tribunal¹⁰⁶.

No caso *Touche Ross and Co. v. The Islamic Republic of Iran*, sob os auspícios do tribunal irano-americano, ainda que o Tribunal Arbitral tenha determinado que os procedimentos no Irã fossem suspensos, o tribunal iraniano continuou as ações. Em resposta, o Tribunal Arbitral declarou que este julgamento não possuía nenhum efeito jurídico¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ibid., p. 127.

¹⁰⁵ Art. 42. “Enforcement of peremptory orders of tribunal. (1) Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal. (2) An application for an order under this section may be made – (a) by the tribunal (upon notice to the parties), (b) by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties), or (c) where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available. (3) The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal’s order. (4) No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal’s order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time. (5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section”.

¹⁰⁶ Tradução livre do original: “...even though parallel proceedings have been directed to be stayed, some courts have continued to issue summonses and, in the extreme case, have rendered judgments subsequent to the Tribunal’s interim ruling”. (BROWER, C. N.; BRUESCHKE, J. D., op. cit., p. 239).

¹⁰⁷ Ibid., p. 240-241; ALDRICH, G. H., op. cit., p. 140.

Da mesma maneira, na arbitragem *Linen, Fortinberry and Associates, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, o Tribunal Arbitral declarou que “qualquer continuação dos procedimentos diante da Corte de Teerã não possui efeito legal”¹⁰⁸.

No caso *Tadger-Cohen Associates, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, o Tribunal Arbitral se viu obrigado a pedir quatro vezes que a República do Irã suspendesse o processo judicial. Mesmo com tantos pedidos, os tribunais iranianos continuaram citando as partes para responder aos processos¹⁰⁹.

No âmbito do ICSID a questão não é diferente. No caso já citado¹¹⁰ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s (CSOB) v. The Slovak Republic*, a Corte Suprema da República da Eslováquia, em descumprimento à recomendação do Tribunal Arbitral em suspender o processo de falência intentado contra *Slovenska inšaski spol. S.r.o.*, confirmou a decisão da primeira instância em 23 de setembro de 1999, continuando assim o referido processo judicial.

Constatado tal desrespeito à ordem do Tribunal Arbitral, em 01 de março de 2000, na *Procedural Order* nº 5, este mais uma vez fez a recomendação para que o processo de falência fosse suspenso. Em 01 de dezembro de 2000, o Tribunal Arbitral se declarou novamente competente para julgar a matéria¹¹¹.

Efetivamente, verifica-se que o Tribunal Arbitral detém o poder de proferir tais decisões, porém nem sempre o país cuja medida é endereçada cumpre a determinação. Como assinala FOUCHARD, “sem o revezamento (e o exequatur?) de um tribunal estatal, elas são apenas convites a não complicar ou agravar o contencioso”¹¹².

¹⁰⁸ Tradução livre do original: “any continuance of the proceedings before the Tehran Court is without legal effect”, citado por ALDRICH, G. H., *Ibid.*, p. 140. Sobre o mesmo caso v. BROWER, C. N.; BRUESCHKE, J. D., *Ibid.*, p. 232.

¹⁰⁹ BROWER, C. N.; BRUESCHKE, J. D., *Ibid.*, p. 239. No mesmo sentido v. o caso *Watkins-Johnson Company v. The Islamic Republic of Iran*, sentença parcial nº ITM 19-370-2 (26 de maio de 1983), *Ibid.*, p. 240.

¹¹⁰ *Supra* nº 1.1.1.1.

¹¹¹ A sentença definitiva foi proferida em 29 de dezembro de 2004, porém ainda não foi publicada.

¹¹² Tradução livre do original: “Sans le relais (et l’exequatur ?) d’un tribunal étatique, elles sont seulement des invitations à ne pas compliquer ou aggraver le contentieux”. (FOUCHARD, Philippe. *Les Anti-Suit Injunctions. Quels remèdes?* In: Colóquio do Institut pour l’arbitrage international (IAI). L’Utilisation des Antisuit Injunctions dans l’Arbitrage International. Paris, 21 de novembro de 2003, p. 01. A palestra proferida por Fouchard quando da realização do referido Congresso foi publicada no livro IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005 sob o título “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies?”).

Não existe nenhuma medida que obrigue o Estado a cumprir a decisão do Tribunal Arbitral, mas é possível que na oportunidade de se executar a decisão judicial que desrespeita a arbitragem, as cortes que analisarão a matéria tenham conhecimento da decisão do Tribunal Arbitral e se solidarizem, julgando improcedente o pedido de reconhecimento.

Pode ocorrer, igualmente, na ocasião da execução da sentença arbitral, dos tribunais afastarem as decisões judiciais, haja vista não possuírem efeito jurídico.

Todavia, por exemplo, se como nos casos do tribunal irano-americano, a sentença arbitral for contra o Estado que se mostrou reticente à arbitragem, dificilmente esta sentença será reconhecida no país, a não ser que se encontrem bens desse Estado em outras localidades a fim de se possibilitar a execução da sentença arbitral (o que é improvável). Tais tribunais podem não reconhecer a sentença por violação da ordem pública ou parcialidade do árbitro¹¹³.

O correto seria que os tribunais estatais aceitassem a competência dos tribunais arbitrais, sem ressalvas. Considerando a força que a arbitragem existe nos dias atuais, ao contrário de ignorá-la, os Estados deveriam prestigiá-la.

Não obstante os exemplos citados acima que demonstram a desconfiança com relação à arbitragem por parte de alguns Estados, muitas vezes eles se voltam a favor dela, ao proferir *anti-suit injunctions* contra partes que tentam atrapalhar o desenvolvimento da instância arbitral (item 1.2.).

¹¹³ LÉVY, L., op. cit., p. 128-129.

1.2. *Anti-suit injunctions* proferidas pelo juiz Estatal

Para conceituar as *anti-suit injunctions* proferidas pelo juiz Estatal, tomar-se-á como exemplo o seguinte caso fictício: duas partes, uma de um país X e a outra de um país Y celebram um contrato de compra e venda internacional. No contrato existe uma cláusula compromissória. Quando do surgimento do litígio e início da arbitragem, X ingressa nos tribunais de seu país de origem ou mesmo em um tribunal terceiro alegando ser, por exemplo, a cláusula inválida. Ou ainda, antes do Tribunal Arbitral estar constituído, X ingressa igualmente em um tribunal estatal em violação à cláusula compromissória¹¹⁴.

Nas hipóteses acima existia uma previsão contratual reconhecida pelas partes, entretanto violada por uma delas. É o desrespeito a esta previsão contratual que vai ensejar a determinação de uma *anti-suit injunction* pelo juiz Estatal competente para dirimir questões a respeito da cláusula compromissória.

ROZAS entende que diante de tais circunstâncias, a

...antisuit injunction encontra sua justificativa na teoria geral do contrato. Como a convenção de arbitragem é um contrato que liga duas pessoas físicas, sua inexecução por uma delas constitui um *breach of contract*¹¹⁵.

É por esse motivo que jurisdições estatais, principalmente as inglesas, vêm proferindo medidas antiprocesso no caso de desrespeito a um acordo de arbitragem. A parte que se sente prejudicada ingressa normalmente no tribunal

¹¹⁴ Vale ressaltar que nestas hipóteses, no tribunal estrangeiro, existe somente um processo que envolve a matéria objeto da cláusula compromissória. Aqui, as partes podem até alegar a invalidade da cláusula arbitral, todavia, o tribunal estatal estrangeiro não proferiu nenhuma medida (*anti-suit injunction*) intentando a suspensão da arbitragem. Estas hipóteses de prolação de *anti-suit injunctions* contra um processo arbitral serão analisadas no Capítulo 3 deste trabalho.

¹¹⁵ Tradução livre do original: "...the anti-suit injunction finds its justification in the general theory of contract law. As the arbitration agreement is a contract that binds two private persons, its non-performance by one of them constitutes a breach of contract". (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 75-76). O termo *Breach of Contract* poderia ser traduzido como uma violação contratual.

estatal da sede da arbitragem¹¹⁶ para buscar auxílio no sentido de impedir o prosseguimento da instância que desrespeita a arbitragem¹¹⁷.

Existe, igualmente, a possibilidade das partes colocarem na cláusula compromissória uma previsão proibindo o ingresso em jurisdições estatais depois de instaurada a arbitragem¹¹⁸. Entende-se, no entanto, que mesmo que não haja tal previsão, no caso de desrespeito a uma cláusula compromissória válida ou de uma arbitragem já instaurada, o juiz estatal, sempre que requerido pelas partes, poderá proferir medidas que dêem suporte à arbitragem.

Quando da ocorrência de uma violação contratual, afasta-se, portanto, o “respeito” a um tribunal de um Estado soberano em detrimento do princípio da *pacta sunt servanda* (da força obrigatória dos contratos), da autonomia da vontade das partes e da segurança jurídica¹¹⁹.

Conforme afirmou o juiz Atkin L. J. no caso *Ellerman Lines Ltd. v. Read*, de 1928 essas medidas não ferem a idéia de respeito pois:

O princípio segundo o qual uma Corte Inglesa atua proferindo injunções não é em buscar assumir jurisdição sobre a Corte estrangeira, ou apropriar para si alguma superioridade (...), ou buscar criticar a Corte estrangeira ou seu procedimento; (...) Se a Corte Inglesa entender que a pessoa (...) cometeu um desrespeito a um contrato (...) ou de qualquer maneira violou os princípios da equidade e consciência, e que não seria equânime de sua parte buscar o reconhecimento de um julgamento obtido em desrespeito a tais obrigações, ela o impedirá, não proferindo uma ordem à Corte estrangeira, mas dizendo para não reconhecer o julgamento¹²⁰.

¹¹⁶ O juiz estatal da sede do Tribunal Arbitral é normalmente o competente para dirimir quaisquer problemas decorrentes da arbitragem. É o que determina, por exemplo, o art. 185 da Lei suíça de Direito Internacional Privado: “Si l’aide de l’autorité judiciaire est nécessaire dans d’autres cas, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral”.

¹¹⁷ O caso de desrespeito a uma cláusula atributiva de jurisdição também enseja a prolação de uma anti-suit injunction. Por exemplo, se em um contrato as partes prevêm que o foro competente será os tribunais da Espanha, caso uma das partes não o respeite, haverá uma violação a uma especificação contratual que poderá ensejar uma *anti-suit injunction*.

¹¹⁸ HARTLEY, T. C., op. cit., p. 494.

¹¹⁹ PENGELLEY, N., op. cit., p. 196-197.

¹²⁰ Tradução livre do original: “The principle upon which an English Court acts in granting injunctions is not that it seeks to assume jurisdiction over the Foreign Court, or that it arrogates to itself some superiority (...), or that it seeks to criticize the Foreign Court or its procedure; (...) If the English Court finds that a person (...) has committed a breach of covenant (...) or has in any way violated the principles of equity and conscience, and that it would be inequitable on his part to seek to enforce a judgment obtained in breach of such obligations, it will restrain him, not by issuing an edict to the foreign Court, but by saying that he is in conscience bound not to enforce the judgment”. (*Ellerman Lines Ltd. v. Read* [1928] AC 144, 155, citado por PENGELLEY, N., *Ibid.*, p. 198-199).

A ordem é, por conseguinte, determinada contra a parte que descumpriu a cláusula compromissória e não contra o juiz que proferiu a decisão. Se a parte não acatar a medida, conseqüentemente, a decisão estrangeira não será reconhecida.

Já a pessoa prejudicada deve demonstrar ao juiz estatal que o comportamento da outra parte “...representa o não-cumprimento de um acordo válido de arbitragem. A conseqüência dessa violação significa a abertura de dois procedimentos separados com identidade de partes, objeto, matéria e causa”¹²¹, o que não pode ocorrer, haja vista a manutenção da segurança jurídica das decisões. Porém, a questão não é tão simples. Como assinala ROZAS:

é (...) essencial que juízes e árbitros interpretem exatamente da mesma maneira a eficácia, validade e extensão da convenção de arbitragem. Na prática, contudo, este nem sempre é o caso, o que pode conduzir à indesejável conseqüência de procedimentos judiciais e arbitrais simultâneos e idênticos relativos ao mérito¹²².

Mais uma vez, a jurisprudência se mostra indispensável para o estudo do caminho traçado por tais medidas, notadamente no Reino Unido, onde a tradição de proferir *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem é extremamente forte. A análise das hipóteses, nas quais as medidas são proferidas no Reino Unido e suas conseqüências, tais como o prazo para requerer o remédio e seus efeitos, se faz, portanto, necessária.

¹²¹ Tradução livre do original: “...constitutes a breach of a valid arbitration agreement. The consequence of this breach is that two separate proceedings will be commenced with identical parties, subject, matter and cause”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 78).

¹²² Tradução livre do original: “It is (...) essential that judges and arbitrators interpret the validity and scope of arbitration agreements in exactly the same manner. In practice, however, this has not always been done, which can lead to the undesirable consequence of simultaneous and identical judicial and arbitral proceedings relating to the merits”. (Ibid., p. 79).

1.2.1. As *anti-suit injunctions* como mecanismo de preservação da arbitragem pelas cortes inglesas¹²³

Como já assinalado anteriormente, as *anti-suit injunctions* são uma criação dos países da *common law*¹²⁴, principalmente do Reino Unido. Não é à-toa que este é o país no qual as *anti-suit injunctions* são mais proferidas¹²⁵.

No contexto da arbitragem, o Reino Unido vem proferindo usualmente medidas que visam à preservação de uma cláusula compromissória quando a Inglaterra é sede do Tribunal Arbitral e/ou quando a cláusula compromissória é regida pelo direito inglês e/ou quando a cláusula compromissória prevê a utilização do regulamento da *London Court of International Arbitration*. Sob essas hipóteses, suas jurisdições estatais se tornam competentes para auxiliar as

¹²³ As Cortes norte-americanas também têm o hábito de proferir *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem. Tais decisões estão protegidas pelo art. 206 do *Arbitration Act* norte-americano que determina que: “a Court having jurisdiction under this chapter may direct that arbitration be held in accordance with the agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States. Such court may also appoint arbitrators in accordance with provision of the agreement”. Sobre este poder v. (DELAUME, Georges R. *L'Arbitrage Transnational et les Tribunaux Américains*. In.: JDI. n° 04, octobre, novembre, decembre, 1981, p. 788-811, especialmente p. 810). Igualmente sobre as *anti-suit injunctions* proferidas nos Estados Unidos v. FOX JR, Willian F. *International Commercial Agreements. A Functional Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 239-241.

Já na Austrália, em 23 de fevereiro de 1999, a Corte de Apelação suspendeu uma ação australiana a pedido de uma das partes em favor de uma cláusula de arbitragem CCI. (*Australian Granities Ltd. v. Eisenwerk Hensel Bayreuth Dipl.-Ing Burkhardt GmbH*. In.: ALVAREZ, Henri C.; KAPLAN, Neil; RIVKIN, David W. *Model Law Decisions. Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. (1985-2001)*. Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 56-58).

¹²⁴ LYNCH faz a diferenciação da organização judiciária nos países da *common law* e da *civil law*: “the common law system maintains a division between superior courts which are vested with judicial power and inferior courts which act in a quasi-judicial capacity (...). The inferior courts are subject to judicial review (...) by the superior court. Arbitration tribunals, which are established by private agreements to settle a dispute, are regarded as quasi-judicial tribunals alongside other tribunal established by central or local authorities. Thus, so long as arbitration is subject to appropriate rules and judicial review by the superior courts, it is not viewed as encroaching on a prerogative of lower court judicial power. By contrast, civil law jurisdictions have not followed this system of organizing their national courts. While they have a hierarchical framework of courts, the courts are equal vis-à-vis the state. In these states, arbitration is generally considered within the domain of contract law and is viewed as an attempt to oust the jurisdiction of the courts. Arbitration awards are enforceable, however, subject to a certain degree of control by the court system” (op. cit., p. 70).

¹²⁵ Segundo CLAVEL, as jurisdições inglesas “...usent largement de leurs pouvoirs de prononcer des anti-suit injunctions pour interdire à l’une des parties à une convention d’arbitrage de poursuivre, en violation de cette convention, une procédure devant des juridictions étatiques étrangères. Ainsi utilisées au soutien de l’arbitrage, les anti-suit injunctions présentent toutes les apparences de la régularité et de la légitimité: elles ne sont que des mesures – parmi d’autres – destinées à garantir l’exécution forcée de la convention d’arbitrer par ses signataires”. (*Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 673).

partes na manutenção da arbitragem¹²⁶. Contudo, não é só nesse caso que os juízes ingleses são requisitados. Consoante afirma CLAVEL,

Segundo o direito inglês, os juízes são normalmente competentes para proferir medidas *in personam* – nas quais a injunção faz parte – desde que o réu da injunção esteja presente na Inglaterra, ou ainda se a citação lhe foi entregue no território inglês(...)¹²⁷.

Todavia, é verdadeira a competência do juiz inglês para proferir tais medidas? Entende-se que sim¹²⁸. A existência de um juiz de apoio, que auxilia nas questões pertinentes à arbitragem e que pode promover sua execução forçada é um fato. Por esse motivo, não há que se falar em proibição do juiz inglês em proferir *anti-suit injunctions* quando ele é o juiz competente para apoiar a arbitragem.

Ademais, a competência do juiz inglês se justifica na idéia da manutenção da cláusula compromissória válida:

...quando uma injunção é buscada para impedir uma parte de [continuar] procedimentos em uma corte estrangeira em desrespeito a uma cláusula compromissória governada pelo Direito Inglês, a Corte Inglesa não deve se intimidar em proferir a injunção...¹²⁹.

Ou seja, a justificativa para a determinação desse remédio se mostra na seguinte hipótese: existe uma cláusula compromissória válida. Entretanto, uma das partes, quando do surgimento do litígio, no lugar de fazer o pedido de arbitragem, ingressa com um procedimento judicial que desrespeita a referida cláusula compromissória e dá ensejo a uma *anti-suit injunction*¹³⁰.

¹²⁶ Ibid., p. 686.

¹²⁷ Tradução livre do original: “Selon le droit anglais, les juges sont normalement compétents pour prononcer des mesures *in personam* – dont l’injonction fait partie – dès lors que le défendeur à l’injonction est présent en Angleterre, ou encorre si l’assignation lui a été délivrée sur le territoire anglais (...)”. (Ibid., p. 689).

¹²⁸ Segundo CLAVEL, no caso *Shell v. Coral Oil*, submetido à jurisdição inglesa, “...les juges ont estimé que les considérations relatives au caractère plus ou moins approprié de la compétence des juges anglais doit exercer son pouvoir de prononcer une *anti-suit injunction* pour sanctionner la violation d’une clause d’arbitrage” (Ibid., p. 688).

¹²⁹ Tradução livre do original: “...where an injunction is sought to restrain a party from proceeding in a foreign court in breach of an arbitration agreement governed by English Law, the English Court need feel no diffidence in granting the injunction.....”. (Juiz Millet, no caso *Angelic Grace*, citado por ARKINS, J. R. C., op. cit., p. 612).

¹³⁰ Sobre as *anti-suit injunctions* proferidas em decorrência da violação de uma cláusula compromissória v. DUTSON, Stuart. *Breach of an Arbitration or Exclusive Jurisdiction Clause: The Legal Remedies if it Continues*. In.: Arb. Int'l. vol. 16 (2000), n° 1, p. 89-100.

Outra justificativa para a validade de tais medidas é a aplicação do art. 9º do *Arbitration Act* de 1996 que determina que uma parte – contra quem um procedimento judicial que viola uma cláusula de arbitragem é instaurado – pode requerer às cortes inglesas que determine a suspensão deste procedimento judicial¹³¹. Nesse caso, tanto faz se a sede da arbitragem é na Inglaterra ou no estrangeiro (art. 2.2.a)¹³². Já, se a sede da arbitragem ainda não tiver sido fixada e o litígio tiver alguma ligação com a Inglaterra, País de Gales ou Irlanda do Norte, o art. 2.4. é aplicável:

Art. 2. “Área de aplicação de provisões. (...) (4) A corte deve exercer o poder conferido por qualquer provisão desta Parte não mencionada nas subseções (2) ou (3) com o objetivo de auxiliar o processo arbitral quando – (a) nenhuma sede da arbitragem tenha sido designada ou determinada, e (b) por motivo de uma conexão com a Inglaterra e País de Gales ou Irlanda do Norte, a corte estiver satisfeita que é apropriado fazê-lo¹³³.”

Um dos julgados mais célebres que demonstra esta possibilidade de injunção pelas cortes inglesas foi o ocorrido no caso *Tracomín v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd*¹³⁴, de 1983.

Em 06 de dezembro de 1980, *Tracomín*, empresa suíça, celebrou contrato de compra de amendoim com a sociedade sudanesa *Sudan Oil*, de acordo com a *Federation of Oils, Seeds, and Fats Association (FOSFA)*. Posteriormente, as

¹³¹ Art. 9. “Stay of legal proceedings. (1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter. (2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures. (3) An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim. (4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed. (5) If the court refuses to stay the legal proceedings, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings”.

¹³² Art. 2. “Scope of application of provisions. (...) (2) The following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined; (a) sections 9 to 11 (stay of legal proceedings, &c.)”.

¹³³ Art. 2. “Scope of application of provisions. (...) (4) The court may exercise a power conferred by any provision of this Part not mentioned in subsection (2) or (3) for the purpose of supporting the arbitral process where – (a) no seat of the arbitration has been designated or determined, and (b) by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland the court is satisfied that it is appropriate to do so”

¹³⁴ COLLINS, L., op. cit., p. 85.; *Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XII (1987), p. 511-513.

partes celebraram via *telex* uma cláusula compromissória com previsão de uma arbitragem em Londres, de acordo com a lei inglesa. Quando da execução do contrato, a empresa suíça alegou que o amendoim entregue era de má qualidade e que havia igualmente, substâncias tóxicas misturadas ao produto.

Ao invés de iniciar a arbitragem, *Tracomín* ingressou com um processo na Suíça, que ensejou uma ordem de seqüestro por parte desta jurisdição. As Cortes suíças se declararam competentes, pois consideraram que as trocas de telex não eram suficientes para validar a cláusula compromissória¹³⁵. Por sua vez, a parte sudanesa ingressou com o pedido de arbitragem na Inglaterra. Vale ressaltar que *Tracomín* nomeou um árbitro, demonstrando sua sujeição à arbitragem. *Sudan Oil* requereu, portanto, uma injunção às cortes inglesas a fim de impedir que o processo na Suíça continuasse. A jurisdição inglesa, por sua vez prolatou tal injunção sob o argumento de desrespeito à cláusula compromissória¹³⁶.

O caso *The Angelic Grace*¹³⁷, no entanto, é o mais comentado pela doutrina. Em 02 de outubro de 1992, *Aggeliki Charis Compania Maritima* fretou seu navio *Angelic Grace* para *Pagnan SpA* com fins de carregamento de grãos de *Rio Grande* até alguns portos italianos. As partes eram italianas e panamenhas. No contrato celebrado entre elas, existia uma cláusula compromissória *Centrocon*¹³⁸ com sede em Londres.

Ocorre que durante uma tempestade, quando o navio estava descarregando grãos em Chioggia, aconteceu um acidente entre o navio e um elevador flutuante.

¹³⁵ Neste ponto vale ressaltar que o tribunal suíço adotou uma interpretação restritiva do que seria uma convenção escrita. Hoje, a troca de documentos via telex, fax e inclusive correio eletrônico pode ser considerada como documento escrito. É a solução apresentada pela Convenção de Nova Iorque de 1958, art. II(1); pela lei brasileira de arbitragem nº. 9.307/96, art. 4º, § 1º; pela Convenção do Panamá de 1975, art. 1º entre outros. Neste sentido v. COLLINS, L., *Ibid.*, p. 86.

¹³⁶ Sobre este mesmo caso: ARKINS, J. R. C., *op. cit.*, p. 611-612. “With respect to the jurisdiction to issue an anti-suit injunction for proceedings in breach of an arbitration agreement, (...) the court then identified that the parties’ agreement to arbitration in London created a sufficiently close nexus (notwithstanding the fact that one party is a foreign national not carrying on business within the jurisdiction of the English court) for the court to impose the anti-suit injunction upon that party”. V. também HILL, J., *op. cit.*, p. 330.

¹³⁷ Sobre este caso v. [1994] *1 Lloyd’s Rep.*, p. 168-182; *Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XXII (1997), p. 838-848; ARKINS, J. R. C., *op. cit.*, p. 612 et. seq.; HILL, J., *op. cit.*, p. 330-331; AMBROSE, C. *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, *op. cit.*, p. 407; PENGELLEY, N., *op. cit.* p. 196-207; POUURET, J.-F.; BESSON, S., *op. cit.*, p. 450-451; LEW, Julian D. M. *Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. To Prevent Arbitration Proceedings*. In.: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 25 et seq.

¹³⁸ Cláusula compromissória padrão utilizada em direito marítimo para contratos de carga de cereais (<http://www.seic.gov.do/marmerc/codigo/1CONEXPBUQ.htm>)

Diante disso e, desrespeitando a cláusula compromissória, a parte italiana ingressou com um pedido de reparação de danos na Corte de Veneza, em 09 de fevereiro de 1993. Cumpre destacar que a parte panamenha já havia ingressado em 27 de janeiro de 1993 com o pedido de arbitragem em Londres.

Por sua vez, a parte panamenha ingressou com um pedido na Inglaterra para que o processo na Itália fosse suspenso, sob o argumento de que as cortes, cujos Estados são signatários da Convenção de Nova Iorque de 1958¹³⁹, estavam obrigadas a determinar a suspensão de procedimentos que desrespeitassem um acordo de arbitragem. A injunção foi proferida em 22 de outubro de 1993. Descontente, *Pagnan* (da Itália) ingressou na Corte de Apelação inglesa contra a injunção, alegando que a questão do acidente não era arbitrável. Entretanto, a Corte de Apelação apoiou a primeira decisão, entendendo que o processo na Itália era vexatório.

Lord Millett entendeu que não existia “...razão para insegurança em proferir uma injunção...”¹⁴⁰. Ainda, afirmou que como as cortes da Itália eram signatárias das Convenções de Bruxelas e Lugano¹⁴¹ e da Convenção de Nova Iorque, elas estavam “acostumadas”¹⁴² com o dever de declinar a competência quando da existência de uma cláusula de arbitragem.

Outro julgamento recente demonstra que as Cortes inglesas entendem que a violação a uma cláusula compromissória justifica uma *anti-suit injunction*. É o caso *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. And others (The Ivan Zagubanski)*¹⁴³.

O navio *Ivan Zagubanski*, de propriedade da sociedade búlgara *Navigation Maritime Bulgare* foi fretado para a empresa das Ilhas Virgens Britânicas *Richmond Commodities Ltd* para o envio de 13.000 toneladas de arroz do sul da China até o mediterrâneo ou o Mar Negro. O frete foi celebrado de acordo com

¹³⁹ Arts. II (1) da Convenção de Nova Iorque de 1958 “1 – Cada Estado Contratante reconhece a Convenção escrita pela qual as Partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito contratual, ou não contratual, respeitante a uma questão susceptível de ser resolvida por via arbitral”.

¹⁴⁰ “...no good reason for diffidence in granting an injunction...”. (*Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XXII (1997), p. 846-847).

¹⁴¹ Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 sobre competência judiciária e execução de julgamentos em matéria civil e comercial que foi ampliada pela Convenção de Lugano de 1988. Sobre estas convenções v. *infra* nº 1.2.1.3.

¹⁴² “accustomed”. (Id.).

¹⁴³ O inteiro teor pode ser encontrado em [2002], *1 Lloyd’s Rep.*, p. 106-127.

um contrato padrão denominado *Synacomex 90* em 2 de março de 2000. *Richmont* era a companhia que fretava navios para o grupo *Rustal*.

Como convencionado, a empresa *Rustal Trading Ltd.* embarcou no navio 13.000 toneladas de arroz. Em 05 de abril de 2000, 13 *bills of landing*¹⁴⁴ do formulário *Congenbil* foram assinados. Nesse contrato, existia uma cláusula compromissória LMAA (*London Maritime Arbitrators Association*), com sede em Londres e lei inglesa aplicável. A referida carga estava assegurada por pelo menos quatro seguradoras da Itália e da França.

Em 21 de abril de 2000, quando o navio estava cruzando o Oceano Índico, houve uma explosão a bordo. Os donos da carga alegaram que as explosões causaram sérios danos ao produto, tornando-o impróprio para consumo humano.

Rustal, em 18 de maio de 2000, ingressou com processos em Marselha e na Corte Regional de Varna, na Bulgária. Por esse motivo, *Naviagation Maritime* ingressou nos tribunais ingleses requerendo uma *anti-suit injunction* para que tanto *Rustal* quanto as seguradoras fossem impedidas de continuar o procedimento em Marselha ou em qualquer outro lugar. A alegação da requerente era a de violação da cláusula compromissória inglesa.

Dentre outras questões¹⁴⁵ a Corte inglesa decidiu em proferir a *anti-suit injunction*, visto entender que a requerida havia tentado os processos estrangeiros em violação a uma cláusula compromissória válida¹⁴⁶. O juiz inglês entendeu que:

¹⁴⁴ Conhecimento de transporte, que no transporte marítimo é chamado de Bill of Landing. “Documento emitido pela transportadora, baseado nos dados da nota fiscal, que informa o valor do frete e acompanha a carga”. RAGO, Paulo. *Logística: Uma área em Pleno Crescimento*. In.: http://cursos.aduaneiras.com.br/treinamento/estudecomex_2004/site_estudecomex/logistica.htm

¹⁴⁵ Sobre as outras questões controvertidas colocadas à Corte Inglesa v. o problema das *anti-suit injunctions* em relação à Convenção de Bruxelas e de Lugano sobre Competência, reconhecimento e execução das decisões em matéria civil e comercial, *infra* nº 1.2.1.3.

¹⁴⁶ [2002], *1 Lloyd's Rep.*, p. 124-125.

Não existem “fortes razões” do por que uma injunção não deva ser proferida para impedir que os (...) demandados ingressem em jurisdições na França ou em outro lugar que não seja na arbitragem em Londres. Em particular, o fato (...) de que as jurisdições francesas entenderiam uma *anti-suit injunction* como sendo uma brutal intrusão ofensiva em seus próprios funcionamentos não é uma boa razão para recusar a determinação de uma injunção¹⁴⁷.

Nota-se mais uma vez que o princípio do respeito a um Estado soberano é colocado de lado quando a questão é a violação de uma cláusula compromissória.

Aliás, não foi só no julgamento *Ivan Zagubanski* que as jurisdições francesas foram preteridas em detrimento da cláusula compromissória. No caso *Toepfer International GmbH v. Société Cargill France*¹⁴⁸ ocorreu uma situação similar.

Toepfer e *Cargil* celebraram um contrato padrão GAFTA 100 com cláusula C.I.F., sendo que *Cargill* compraria grãos de soja de *Toepfer*. Quando a soja estava sendo descarregada, *Cargill* entendeu que a condição da carga não estava correta. Dessa forma, ingressou na jurisdição francesa demandando a esta a nomeação de um perito para avaliar o carregamento de soja. O perito foi nomeado. Neste ínterim, *Cargill* nomeou um árbitro da GAFTA, assim como *Toepfer*. Após um ano contado da nomeação do árbitro, *Cargill* ingressou na jurisdição francesa requerendo uma indenização por descumprimento da cláusula C.I.F. Diante disso, *Toepfer* requereu à GAFTA uma reclamação por violação de cláusula compromissória por *Cargill*. *Toepfer* igualmente recorreu da ação na França e ao mesmo tempo ingressou na Jurisdição Inglesa requerendo uma injunção que proibisse a outra parte de continuar o processo na França, haja vista a violação da cláusula compromissória. A injunção foi aceita.

¹⁴⁷ Tradução livre do original: “There are no ‘strong reasons’ why an injunction should not be granted to restrain the (...) defendants from proceedings in France or elsewhere other than in London arbitration. In particular the fact that (...) the French Courts would regard an anti-suit injunction as a grossly offensive intrusion in their own functioning is not, on the facts of this case, a good reason for refusing the grant of an injunction”. (Ibid., p. 127).

¹⁴⁸ [1997] 2 *Lloyd’s Rep.*, p. 98-111 e [1998] 1 *Lloyd’s Rep.*, p. 379-388.

Verifica-se, assim, que o desrespeito a uma cláusula compromissória pode ensejar a determinação de uma *anti-suit injunction*, proibindo a parte reticente à arbitragem em continuar o processo estrangeiro¹⁴⁹. Este – como desrespeitou um acordo particular entre as partes – é considerado vexatório, opressivo e contra o princípio da equidade e da boa-fé.

1.2.1.1. Prazo para requerer a medida

No caso de desrespeito a uma cláusula compromissória, cabe a indagação de que se existe um prazo específico para que a parte procure as jurisdições inglesas para requerer a suspensão do procedimento paralelo. O juiz inglês irá proferir a injunção em qualquer momento? Ou a parte deve se mostrar interessada e requerer imediatamente, do contrário seu direito perecerá?

A jurisprudência inglesa vem mostrando que dependendo da situação, um prazo razoável é necessário para que a medida seja tentada. Se a parte se mostrar indiferente e demorar a procurar ajuda, a injunção pode não ser acolhida.

É o que ocorreu no caso *Toepfer International GmbH v. Molino Boschi SarL*¹⁵⁰. O referido caso diz respeito a um contrato padrão GAFTA 100, celebrado em janeiro de 1988, de compra e venda de 11.120 toneladas de soja chinesa de *Toepfer* para *Molino Boschi*, soja que deveria ser entregue em Veneza em fevereiro de 1988. O contrato previa uma cláusula de arbitragem GAFTA com sede em Londres. Mesmo assim, em 14 de outubro de 1988, *Molino Boschi* ingressou com pedido contra *Toepfer* em Ravenna, na Itália. Todavia, somente em 12 de outubro de 1995, *Toepfer* entregou uma notificação à *Molino* declarando que esta deveria se submeter ao Tribunal Arbitral e requereu às Cortes inglesas

¹⁴⁹ Nos EUA, o desrespeito à cláusula compromissória também pode justificar uma *anti-suit injunction* contra a parte reticente à arbitragem. No caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Multipolar*, da Corte de Apelação do 9º Circuito (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXV (2000), p. 1085-1087), a Corte de Apelação, em 30 de novembro de 1999, confirmou uma decisão da Corte Distrital da Califórnia que proferiu uma *anti-suit injunction* proibindo *Multipolar* de continuar procedimentos iniciados na Indonésia em violação a uma cláusula compromissória UNCITRAL. A justificativa era a aplicação do art. 21 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL que determina que o Tribunal Arbitral tem poder para julgar sobre sua própria competência. O mesmo ocorreu em 8 de dezembro de 1999 no julgamento da Corte de Apelação do 5º Circuito no caso *Smith Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. e outros v. Smith Cogeneration International, Inc.* (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXV (2000), p. 1088-1101.) quando a referida corte determinou que a parte demandada suspendesse ações interpostas na República Dominicana em violação de uma cláusula compromissória que previa uma arbitragem em Nova Iorque.

¹⁵⁰ [1996] *1 Lloyd's Rep.*, p. 510-519.

que estas proferissem uma injunção proibindo *Molino* de continuar a ação na Itália e impedindo que esta ingressasse com outros pedidos. Como afirma HILL, “...em vista do atraso entre o começo do procedimento italiano e o apelo da autora, a discricção deveria ser exercida contra a determinação da reparação solicitada”¹⁵¹.

De fato, foi isso que ocorreu. Na jurisdição inglesa, *Toepfer* alegou que não havia ingressado na jurisdição inglesa anteriormente, pois, somente recentemente as Cortes inglesas haviam aceitado proferir *anti-suit injunctions* para impedir processos no exterior que atentassem contra a competência da Inglaterra¹⁵².

O juiz inglês, embora tenha reconhecido o desrespeito à cláusula compromissória, não reconheceu a demanda de *Toepfer*, primeiramente pelo fato da Inglaterra já ter proferido outras medidas similares em outros casos e, em segundo lugar, por considerar o atraso em procurar as Cortes Inglesas uma demonstração de desinteresse. Em seu entendimento:

...*Toepfer* nunca aceitou a legitimidade da busca de *Molino Boschi* na ação italiana e tanto a declaração quanto a injunção, são buscadas em respeito ao que se diz ser uma atual e sucessiva violação por *Molino Boschi*. Apesar disto, parece-me que mais genericamente, atraso é um fator extremamente relevante...¹⁵³.

E continua,

...Parece-me que se *Toepfer* quisesse impor ou dar qualquer passo na Inglaterra que atingisse o procedimento italiano, (...) eles poderiam e deveriam ter investigado com (...) advogados ingleses há muito tempo. Eles poderiam ter dado tais passos em qualquer momento de 1989 em diante¹⁵⁴.

¹⁵¹ Tradução livre do original: “...in view of the delay between the commencement of the Italian proceedings and the plaintiff’s application, the discretion should be exercised against granting the relief sought”. (HILL, J., op. cit., p. 333).

¹⁵² No julgamento, o juiz MANCE descreve as alegações de *Toepfer*: “The plaintiffs (...) submit that in relation to applications to enjoin foreign proceedings it is only recently that the English Courts have expected a defendant in foreign proceedings to act promptly if he wished to take any steps in England to enjoin the foreign proceedings. Previously, they say, the English Courts would in the interests of comity have expected a foreign defendant first to exhaust any remedies which he might have in the foreign jurisdiction”. ([1996] *1 Lloyd’s Rep.*, p. 511).

¹⁵³ Tradução livre do original: “...*Toepfer* have never accepted the legitimacy of *Molino Boschi*’s pursuit of the Italian action, and both the declaration and the injunction are sought in respect of what its said to be a current and continuing breach by *Molino Boschi*. Despite this, it seems to me that, in more general sense, delay is an extremely relevant...” (Ibid., p. 515-516).

¹⁵⁴ Tradução livre do original: “...It seems to me that if *Toepfer* wished to enjoin or take steps in England affecting the present Italian proceedings, (...) they could and should have investigated with (...) English lawyers long ago. (...) They could have taken such steps any time from 1989 onwards”. (Ibid., p. 516-517).

Em outro caso, ainda que tenha sido comprovado o atraso de uma das partes em procurar a injunção pelas cortes inglesas, a *anti-suit injunction* foi proferida. Este julgamento diz respeito a um acidente ocorrido no Oceano Índico, em um navio carregado de ferro e algodão. A mercadoria havia sido embarcada no Brasil em 1991. No *Bill of Lading* existia uma cláusula compromissória prevendo uma arbitragem em Londres. Em 1993, iniciou-se um processo no Brasil em desrespeito a uma cláusula compromissória inglesa. Até dezembro de 1994, o autor ainda não havia procurado as jurisdições inglesas a fim de requerer uma *anti-suit injunction*. Todavia, mesmo com a demonstração do atraso, a jurisdição inglesa proferiu uma *anti-suit injunction* a pedido da parte em 1997¹⁵⁵.

Não obstante a aceitação da injunção no caso acima, é sempre prudente agir o mais rápido possível para posteriormente, não ocorrerem surpresas indesejadas com a negação do pedido de *anti-suit injunction* em decorrência da constatação do desinteresse das partes.

A regra, na verdade, é a determinação da injunção. Conforme afirma PENGELLEY, “quando existe uma cláusula compromissória, a corte *deve* proferir a suspensão; somente um atraso excessivo ou submissão a outra jurisdição pode ser considerado relevante”¹⁵⁶.

1.2.1.2. A submissão à outra jurisdição

Da mesma forma que a obrigação de se respeitar um prazo razoável se mostra importante, o fato da parte interessada na determinação da injunção ter se submetido à Corte estrangeira significa seu desinteresse? A corte inglesa entendeu que sim.

O fato da parte se submeter voluntariamente à jurisdição estrangeira pode ensejar a negação da medida antiprocesso. É o que ocorreu no caso *Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti (The “Atlantic Emperor”)*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen G.m.b.H. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. Same v. Wiener Allianz Versicherungs A.G. And Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. (DVA v. Voest Alpine)*. In.: [1997] 2 *Lloyd’s Rep.*, p. 279-292; HILL, J., op. cit., p. 332-233.

¹⁵⁶ Tradução livre do original: “Where there is an arbitration clause the court must grant a stay; only unconscionable delay or submission to the jurisdiction could be considered relevant”. (PENGELLEY, N., op. cit., p. 201).

¹⁵⁷ AMBROSE, C. *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, op. cit., p. 419.

Marc Rich comprou da sociedade italiana *Impianti* uma quantidade de óleo bruto. Os termos do contrato foram acordados por telex em 25 e 26 de janeiro de 1987. Em 28 de janeiro, *Marc Rich* enviou outro telex com algumas modificações no contrato, dentre elas a inserção de uma cláusula compromissória. A sociedade italiana, no entanto, não respondeu a este último telex. Quando a carga foi carregada, *Marc Rich* alegou que o óleo estava contaminado e ingressou com um pedido de reparação. Em 29 de fevereiro de 1988, a parte italiana ingressou nos tribunais na Itália pedindo uma declaração de não-responsabilidade. No mesmo dia, *Marc Rich* nomeou um árbitro em Londres. A outra parte não nomeou o árbitro e por este motivo, em maio de 1988, *Marc Rich* requereu às Cortes Inglesas que o nomeassem. Por sua vez, *Impianti* alegou não haver cláusula compromissória válida e, assim, ingressou com pedidos na Itália. *Marc Rich*, por sua vez, ingressou com pedido de *anti-suit injunction* nos Tribunais ingleses, porém estes não deferiram o pedido, já que entenderam ter *Marc Rich* se submetido voluntariamente à jurisdição italiana¹⁵⁸.

Entende-se, no entanto, que a solução dada pela jurisdição inglesa não foi acertada. Muitas vezes a parte se vê forçada a se submeter à Corte estrangeira. Esta hipótese pode ocorrer quando medidas coercitivas lhe são impostas. Na iminência de perder bens ou mesmo grandes quantias em dinheiro, a parte prejudicada acaba se submetendo à Corte estrangeira, visto que deve se defender das acusações¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Sobre a negação da injunção pelas Cortes inglesas v. [1992] *1 Lloyd's Rep.*, p. 624-634; PENGELLEY, N., op. cit., p. 202.

¹⁵⁹ Dentro dessas medidas coercitivas estão inseridas *anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem, que serão analisadas no Capítulo III.

1.2.1.3. O problema das *anti-suit injunctions* no âmbito da Convenção de Bruxelas de 1968¹⁶⁰

Outro problema colocado diante das cortes inglesas quando do pedido de medidas antiprocessos que violam uma cláusula compromissória, diz respeito à Convenção de Bruxelas de 1968¹⁶¹.

A Convenção de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, sobre competência judiciária e execução de julgamentos em matéria civil e comercial, tem como objetivo fomentar a livre circulação de sentenças em matéria civil e comercial entre os Estados partes da União Européia. Ela foi ampliada em 1988 pela Convenção de Lugano. O artigo 1(4) da Convenção determina que esta não é aplicável à arbitragem:

Art. 1 A presente Convenção aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. A presente Convenção não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.

São excluídos da sua aplicação:

(...)

4. A arbitragem.

¹⁶⁰ A respeito deste problema v. AMBROSE, Clare. *Arbitration and the Free Movement of Judgments*. In.: Arb. Int'l, vol. 19 (2003), nº 1, p. 3-26; Id., *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, op. cit., p. 419-424; AUDIT, B., op. cit., p. 15-29; HOF, Jacomijn J. Van Haersolte-Van. *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*. In: J. Int. Arb. vol. 18, nº 1 (2001), p. 27-40; HOUTE, Hans Van. *May Court Judgment that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?* In.: Arb. Int'l. vol. 13 (1997), nº 1, p. 85-92.

¹⁶¹ “La compatibilité de ces décisions avec les exigences du Droit international public et, en ce qui concerne le Royaume-Uni, avec la Convention de Bruxelles, devenue le règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution civile et commerciale, et la Convention de Lugano, ainsi qu'avec la Convention européenne des droits de l'homme a donné lieu à de sérieuses controverses, sans que cela suffise à dissuader les juridictions des Etats de common law de recourir à cette technique” (GAILLARD, E. *Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 50).

Essa exceção tem por objetivo impedir conflitos entre a Convenção de Bruxelas e outros instrumentos que regulem a arbitragem, tal como a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁶².

O problema surge, entretanto, quando em um contrato existe uma dúvida a respeito da arbitragem. Utilizar-se-á o exemplo dado por AMBROSE¹⁶³ para ilustrar a questão: Uma parte X está em negociação com uma parte Y com o escopo de celebrar um contrato contendo uma cláusula de arbitragem com sede em Londres. A parte X ingressa com pedido de indenização por descumprimento de contrato perante a jurisdição de um país da União Européia (este país é o domicílio da parte Y, por exemplo). Y alega que o contrato possui uma cláusula de arbitragem em Londres e quer que a jurisdição arbitral seja a aplicável. Ele tem maneiras de conseguir isto: ele pode contestar a competência diante da jurisdição estatal (de acordo com o artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque); ele pode iniciar o procedimento arbitral, esperando que a sentença arbitral seja proferida antes do julgamento na jurisdição estrangeira; ele pode ingressar na jurisdição estatal inglesa para que esta profira uma medida proibindo X de continuar o processo que viola a cláusula de arbitragem ou tão somente uma declaração da jurisdição inglesa afirmando existir uma cláusula de arbitragem no contrato.

A questão é saber se:

a) Em razão da exceção do art. 1(4), pode o juiz inglês proferir uma *anti-suit injunction* a favor da arbitragem, proibindo o prosseguimento da instância estrangeira que aplica a Convenção de Bruxelas¹⁶⁴?

¹⁶² Em 22 de dezembro de 2000, foi editado um regulamento da Convenção de Bruxelas (EC 44/2001). Este regulamento, como afirma AMBROSE "...is intended to improve and Expedite the free movement of judgments in civil and commercial matters within the European Union. (...) It updates the Brussels Convention, incorporating more uniform definitions (...) and introducing a more automatic procedure for recognition of judgments. The arbitration exception was not specifically discussed in the preparatory reports for the Regulation. It must be presumed that the intention was to follow the same exception in the Brussels Convention. Although no reference was made to the arbitration exception the reports of both the European Parliament and the Economic and Social Committee urged the Commission to submit proposals for alternative dispute resolution, including mediation and arbitration in small cross-border disputes". (*Arbitration and the Free...*, op. cit., p. 05).

¹⁶³ Ibid., p. 06-07.

¹⁶⁴ "There has been considerable litigation in the English courts regarding whether such a remedy is permitted under the Brussels Convention in the context of orders restraining foreign proceedings pursued in breach of a London arbitration agreement. Declarations as to the existence of an arbitration agreement are also commonly sought together with an anti-suit injunction...". (Ibid., p. 20-21).

A resposta é afirmativa. É o que ocorreu no caso já citado *Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti* (The “Atlantic Emperor”)¹⁶⁵. *Impianti*, que havia ingressado com um pedido nas cortes italianas em violação a uma cláusula compromissória, alegou que os tribunais ingleses não eram competentes para julgar a matéria, tampouco proferir uma *anti-suit injunction*, haja vista a matéria estar abrangida pela Convenção de Bruxelas. O juiz inglês de primeira instância determinou que a Convenção não era aplicável. A Corte de Apelação, por sua vez, entendeu que a questão deveria ser levada à Corte de Justiça Européia. Na corte entendeu-se que:

(1) As convenções internacionais sobre arbitragem, particularmente a Convenção de Nova Iorque de 1958, estabelecem regras em arbitragem que devem ser respeitadas pelas Cortes dos Estados Contratantes. A Convenção de 1958 inclui regras sobre acordos de arbitragem assim como sentenças. Resulta-se que as partes contratantes da Convenção de Bruxelas “pretenderam excluir arbitragem em sua totalidade, incluindo procedimentos trazidos em cortes nacionais”.

(...)

(3) Portanto, o litígio na Corte Nacional para a nomeação de um árbitro está excluído da Convenção de Bruxelas em virtude do art. 1(4), “mesmo se a existência ou a validade de uma arbitragem for uma questão preliminar neste litígio”¹⁶⁶.

Quando o caso voltou à justiça inglesa, *Marc Rich* requereu a determinação de uma *anti-suit injunction* para impedir que a outra parte continuasse o processo na Itália. No entanto, tanto o juiz de primeira instância quanto a Corte de Apelação não proferiram tal medida sob o argumento de que *Marc Rich* havia se submetido voluntariamente à jurisdição italiana¹⁶⁷.

Não obstante a *anti-suit injunction* não ser proferida, o caso *Marc Rich* serviu como precedente para inúmeros outros casos nos quais a aplicação da Convenção de Bruxelas era questionada.

¹⁶⁵ V. *supra* nº 1.2.1.2. A este respeito v. Id., *Can Anti-Suit Injunctions Survive...?*, op. cit., p. 419; [1992] *1 Lloyd's Rep.*, p. 624-634; HOUTE, H. V., op. cit., p. 85-92.

¹⁶⁶ Tradução livre do original: “(1) The international conventions on arbitration, particularly the New York Convention of 1958, lay down rules on arbitration that must be respected by the Courts of Contracting States. The 1958 Convention includes rules on agreements on arbitration as well as awards. It follows that the contracting parties to the Brussels Convention ‘intended to exclude arbitration in its entirety, including proceedings brought in national courts’. (...) (3) Therefore the litigation in the National Court for the appointment of an arbitrator is excluded from the Brussels Convention by virtue of art. 1(4), ‘even if the existence or validity of an arbitration agreement is a preliminary issue in that litigation’”. A decisão da Corte de Justiça Européia neste caso foi citada no caso *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. And others (The Ivan Zagubanski)*. ([2002], *1 Lloyd's Rep.*, p. 118).

No caso *Toepfer International GmbH v. Société Cargill France*¹⁶⁸, já analisado anteriormente¹⁶⁹, quando *Toepfer* ingressou na jurisdição inglesa com o objetivo de impedir o prosseguimento da ação francesa, *Cargill* alegou que como o processo francês havia sido o primeiro a ser instaurado, de acordo com o art. 21 da Convenção de Bruxelas¹⁷⁰, a jurisdição inglesa era incompetente. *Toepfer* por sua vez, alegou a exceção do art. 1(4) da Convenção. O juiz inglês, seguindo a decisão do caso *Marc Rich*, entendeu que a Convenção de Bruxelas não poderia ser aplicada em virtude da exceção do artigo 1(4) e que a matéria deveria ser regida pela Convenção de Nova York de 1958.

Outro julgamento em que a aplicação da Convenção de Bruxelas foi questionada, foi o caso *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. And others (The Ivan Zagubanski)*¹⁷¹. Quando a empresa *Navigation Maritime* ingressou nos tribunais ingleses com o objetivo de impedir a continuação do processo em Marselha ou em qualquer outro local, a demandada *Rustal* contestou afirmando que os pedidos da requerente estavam abrangidos pela Convenção de Bruxelas e de Lugano e que portanto, as demandas deveriam ser levadas às cortes do domicílio das partes, não podendo ser invocada qualquer convenção entre elas.

Por esses motivos, a Corte inglesa teve que decidir as seguintes matérias controversas: Estava a convenção das partes abrangida pela exceção do art. 1(4) da Convenção de Bruxelas? Deveria a Corte inglesa recusar a *anti-suit injunction* por esta estar supostamente contra a idéia da Convenção de Bruxelas e das Cortes dos Estados contratantes¹⁷²?

A Corte entendeu que:

Não existe nenhuma indicação [no artigo 1 da Convenção de Bruxelas] de que algumas questões a respeito da arbitragem diante de uma Corte de um Estado

¹⁶⁷ V. *supra* nº 1.2.1.2.

¹⁶⁸ [1997] 2 *Lloyd's Rep.*, p. 98-111; [1998] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 379-388 e COLLINS, L., op. cit., p. 91-93.

¹⁶⁹ V. *supra* nº 1.2.1.

¹⁷⁰ Art. 21. “Quando ações com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados Contratantes, o tribunal a que a ação foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal a que a ação foi submetida em primeiro lugar. Quando estiver estabelecida a competência do tribunal a que a ação foi submetida em primeiro lugar, o segundo tribunal declara-se incompetente em favor daquele”.

¹⁷¹ V. *supra* nº 1.2.1. O inteiro teor pode ser encontrado em [2002], 1 *Lloyd's Rep.*, p. 106-127.

¹⁷² *Ibid.*, p. 106.

Contratante devam estar incluídas na Convenção. Parece claro que ambas as matérias, dentro do escopo da Convenção e aquelas excluídas deste, podem acarretar em procedimentos diante de uma Corte ou tribunal, qualquer que seja sua natureza.

...quando procedimentos em uma Corte ou tribunal de um Estado Contratante resultarem em um julgamento onde o (ou um) foco principal é em “arbitragem”, então tais procedimentos e qualquer julgamento resultante destes estarão excluídos do escopo da Convenção. A Convenção não é, portanto, intentada para dar qualquer “proteção legal” a pessoas em Estados Contratantes em relação à “arbitragem” (...), porque “arbitragem” está fora do escopo da Convenção¹⁷³.

Embora os julgamentos acima demonstrarem a possibilidade de determinação de uma *anti-suit injunction* em razão da exceção do art. 1(4) da Convenção de Bruxelas, HOUTE, entende que as *anti-suit injunctions* são “...fundamentalmente incompatíveis...¹⁷⁴” com a Convenção. Para ele, este instrumento internacional concede às cortes estatais a possibilidade de decidir se possui jurisdição ou não em relação às partes, não conferindo, então, poder de revisão e intervenção pela outra corte de um Estado Contratante.

Verificada a possibilidade das cortes inglesas proferirem *anti-suit injunctions* em razão da exceção do art. 1(4) da Convenção de Bruxelas, pertinente se torna a seguinte questão:

b) Deve o julgamento da corte estrangeira que aplica a Convenção de Bruxelas ser reconhecido e executado no Reino Unido, mesmo quando proferido em violação a uma cláusula de arbitragem?

COLLINS afirma que quando da negociação para a Convenção de Acesso de 1978, o Reino Unido declarou o entendimento de que:

...uma corte pode recusar o reconhecimento ou execução de tais julgamentos sob a justificativa de que estavam fora do escopo da Convenção de 1968, porque a exclusão no artigo 1(4) abrange todas as disputas nas quais as partes efetivamente acordaram que deveria ser resolvida por arbitragem¹⁷⁵.

¹⁷³ Tradução livre do original: “There is no indication that some issues that concern arbitration that come before a Court of a Contracting State are to be included in the Convention. It seems clear that both the matters within the scope of the Convention and those excluded from it could arise in proceedings before a Court or tribunal, whatever their nature. ...where proceedings in a Court or tribunal in a Contracting State will result in a judgment where the (or a) principal focus is on “arbitration”, then those proceedings and any resulting judgment are excluded from the scope of the Convention. The Convention is therefore not intended to give any ‘legal protection’ to persons in Contracting States in relation to ‘arbitration’ (...), because ‘arbitration’ is outside the Convention’s scope”. ([2002], *1 Lloyd’s Rep.*, p. 116).

¹⁷⁴ Tradução livre do original: “...Fundamentally incompatible...”. (HOUTE, H. V., op. cit., p. 92).

¹⁷⁵ Tradução livre do original: “...a court could refuse recognition or enforcement of such a judgment on the basis that it was outside the scope of the 1968 Convention, because the exclusion

Ademais, segundo o art. 27 da Convenção de Bruxelas,

“as decisões [proferidas num Estado contratante] não serão reconhecidas [em outro Estado contratante]: 1. Se o reconhecimento for contrário à ordem pública do Estado requerido”.

Além disso, assim como a corte que proferiu a decisão que viola uma cláusula de arbitragem, tem a liberdade de decidir pela aplicação ou não da Convenção de Bruxelas, a Corte estrangeira, onde o pedido de reconhecimento será requerido, também terá a mesma liberdade. Isto é, poderá decidir se o julgamento está ou não de acordo com a Convenção e se deverá ser reconhecido e executado¹⁷⁶.

Nesse ponto, um Estado contratante poderia sem nenhum óbice declarar ser uma decisão de outro Estado contratante em violação a uma cláusula compromissória impossível de ser reconhecida por razões de violação da ordem pública e, assim, fora do âmbito da Convenção de Bruxelas¹⁷⁷.

O caso *Philip Alexander Securities and Futures Ltd. (PASF) v. Bamberger*¹⁷⁸ seguiu este entendimento. A Corte inglesa, quando da decisão que proferiu a *anti-suit injunction* proibindo o prosseguimento de ações na Alemanha, teve que decidir igualmente se os julgamentos alemães deveriam ser reconhecidos no contexto da Convenção de Bruxelas. O juiz decidiu que os julgamentos que tinham como matéria a validade da convenção de arbitragem não poderiam ser abrangidos pela Convenção, haja vista fazerem parte da exceção do art. 1(4). Ou seja, mesmo que os julgamentos da corte estrangeira tenham sido proferidos sob a Convenção, as Cortes inglesas não seriam obrigadas a reconhecê-los se eles foram obtidos por violação de uma cláusula compromissória válida.

in Article 1(4) covered all disputes which the parties had effectively agreed should be settled by arbitration”. (COLLINS, L., op. cit., p. 94-95).

¹⁷⁶ HOF, J. J. V. H.-V., op. cit., p. 34.

¹⁷⁷ COLLINS, L., op. cit., p. 96.

¹⁷⁸ Sobre este caso v. *infra* nº 1.2.1.4. O inteiro teor da decisão da Corte de Apelação inglesa, proferida em 12 de julho de 1996 pode ser encontrado na Rev.Arb., 1999, nº. 1, p. 167-172.

O mesmo não ocorreu no caso *Partenreederei M/S "Heidberg" v. Grosvenor Grain and Feed Co. Ltd. (The Heidberg)*¹⁷⁹. Conquanto a existência de uma convenção de arbitragem tenha sido confirmada, a Convenção de Bruxelas foi aplicável à matéria. O navio *Heidberg*, de propriedade da empresa *Partenreederei M/S* colidiu com outra embarcação no estuário de Gironde, França. Tal fato deu ensejo a duas ações, uma na França e outra na Inglaterra entre os proprietários do navio e os proprietários da carga que estava dentro dele no momento do acidente (*Grosvenor Grain and Feed Co. Ltd.*). Uma das questões era saber se a cláusula compromissória estava incorporada ao *bill of lading*. O tribunal de comércio de Bordeaux entendeu que não. A mesma questão era discutida na Inglaterra e *Grosvenor* tentava atingir o procedimento inglês alegando que a questão já havia sido decidida na França. A corte inglesa deveria, portanto, decidir se o julgamento francês estava submetido à Convenção de Bruxelas ou se a *arbitration exception* deveria ser aplicada à questão. O juiz inglês entendeu que por razões políticas, as questões sobre a validade da cláusula compromissória estavam submetidas à Convenção. A corte entendeu inclusive que o reconhecimento de tal julgamento eliminaria o *forum shopping* e a possibilidade de julgamentos conflituosos entre os Estados Membros¹⁸⁰.

Contudo, a lição mais interessante retirada da análise dos casos submetidos à jurisdição inglesa, diz respeito à não necessidade de requerer por meio de injunção a suspensão de um processo que viole uma cláusula compromissória. A própria Convenção de Nova Iorque resolveria o problema.

É o que entendeu a Corte de Apelação no caso *Toepfer International GmbH v. Société Cargill France*¹⁸¹. A Corte de Apelação assinalou que as partes podem, de acordo com o art. II(3) da Convenção de Nova Iorque, requerer a um Estado contratante que submeta as partes à arbitragem quando uma ação judicial foi iniciada em desrespeito a uma cláusula compromissória válida. Todavia, não o fazem quando uma arbitragem inglesa está em jogo. Conforme afirmou o juiz:

¹⁷⁹ [1994] 2 *Lloyd's Rep.*, p. 287. A decisão do juiz Diamond neste caso foi citada no caso *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. And others (The Ivan Zagubanski)*. ([2002], 1 *Lloyd's Rep.*, p. 119). Sobre o mesmo caso v. COLLINS, L., op. cit., p. 94.

¹⁸⁰ HOF, J. J. V. H.-V., op. cit., p. 35.

¹⁸¹ [1998] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 379-388.

Parece, todavia, que litigantes em casos governados por cláusulas compromissórias inglesas não estão preparados a confiar em cortes estrangeiras para suspender procedimentos de acordo com a Convenção de Nova Iorque, por este motivo se tornou o hábito de procurar *anti-suit injunctions*...¹⁸².

Na verdade, a Convenção de Bruxelas não deveria servir como motivo para a “...usurpação dos procedimentos ligados à arbitragem...”¹⁸³.

1.2.1.4. Efeitos

Quando a jurisdição inglesa profere uma *anti-suit injunction* em favor da arbitragem, dois caminhos podem ser traçados pela parte autora na jurisdição estrangeira: aceitar a medida ou ignorá-la.

Se a parte demandada da *anti-suit injunction* respeitar a medida, o procedimento instaurado no estrangeiro será interrompido pela desistência do demandante. Assim, a jurisdição arbitral poderá continuar¹⁸⁴.

No caso de desrespeito à medida, “...existe o risco do litígio jamais ser levado diante da jurisdição arbitral e que ele seja efetivamente resolvido pela jurisdição estatal estrangeira incompetentemente instaurada, se esta não declinou sua competência...”¹⁸⁵.

É o que ocorreu no caso *Philip Alexander Securities and Futures Ltd. (PASF) v. Bamberger et. al.*¹⁸⁶. *PASF* era uma corretora que possuía um contrato padrão com seus clientes contendo uma cláusula compromissória inglesa. Quando do surgimento de um litígio, vários clientes ingressaram com demandas nos tribunais alemães. Por sua vez, *PASF* ingressou com um pedido de arbitragem na Inglaterra e igualmente requereu às cortes inglesas que proferissem uma *anti-suit*

¹⁸² Tradução livre do original: “It seems, however, that litigants in cases governed by English arbitration clauses are not prepared to trust foreign courts to stay proceedings in accordance with the New York Convention, for it has become the habit to seek anti-suit injunctions...”. (Ibid., p. 386).

¹⁸³ Tradução livre do original: “...empiètement sur les procédures liées à l’arbitrage...”. (AUDIT, B., op. cit., p. 27).

¹⁸⁴ Neste sentido v. CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 697.

¹⁸⁵ Tradução livre do original: “...le risque existe que le litige ne soit jamais porté devant la juridiction arbitrale, et qu’il soit effectivement tranché par la juridiction étatique étrangère incompétentement saisie, si celle-ci n’a pas décliné sa compétence”. (Ibid., p. 699).

¹⁸⁶ Sobre este v. *supra* nº 1.2.1.3. O inteiro teor da decisão da Corte de Apelação inglesa, proferida em 12 de julho de 1996 pode ser encontrado na *Rev.Arb.* 1999, nº. 1, p. 167-172. Para um comentário do caso v. SCHNEIDER, Michael E. *Court Actions in Defense Against Anti-Suit Injunctions*. In.: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 42-44.

injunction proibindo os clientes em continuar as ações na Alemanha. A medida foi proferida. No entanto, os demandados na Inglaterra continuaram as ações na Alemanha. Os tribunais alemães entenderam a injunção como um ataque à sua soberania e uma interferência no processo judicial alemão, dificultando destarte a eficácia da medida. As demandantes ingressaram, então, na Corte de Apelação inglesa. Nesse momento, cinco ações alemãs já haviam sido julgadas e *Philip Alexander* havia recorrido de todas, tentando provar ser a cláusula compromissória válida. As demandadas, entretanto, não contestaram nem a ação na Corte Comercial inglesa nem na Corte de Apelação.

Na realidade, embora as *anti-suit injunctions* venham anexadas a penas de multa e de prisão, sua eficácia só é total quando a pessoa contra a qual a injunção foi proferida, possuir algum bem no Reino Unido ou, possuir residência neste país. Do contrário, a tentativa de forçar a parte a se submeter à arbitragem se torna frustrada¹⁸⁷.

Pode-se concluir, portanto que assim como as *anti-suit injunctions* proferidas pelo árbitro, essas medidas possuem uma eficácia “reduzida” quando são proferidas pelos tribunais estatais¹⁸⁸.

Qual seria a solução para se dar efetividade à arbitragem? A saída poderia ser encontrada da seguinte maneira: a parte favorável à arbitragem poderia requerer às jurisdições nacionais uma declaração de não-responsabilidade que poderia ser oposta a uma demanda de reconhecimento da decisão judicial proferida¹⁸⁹ contra a cláusula compromissória. Essa declaração também poderia “...servir de fundamento a uma demanda de indenização contra a parte que não respeitou a cláusula de arbitragem”¹⁹⁰.

Além disso, a ressalva que se faz à parte que conseguiu um julgamento em cortes estrangeiras será que provavelmente tal sentença, como violou uma convenção de arbitragem válida, não será executada e tampouco reconhecida fora do país onde foi proferida¹⁹¹. Neste aspecto, “a *anti-suit injunction* faz obstáculo

¹⁸⁷ ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 76.

¹⁸⁸ Tradução livre do original: “réduite”. (GAILLARD, E. *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 50).

¹⁸⁹ ROZAS, J. C. F., *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 78.

¹⁹⁰ Tradução livre do original: “...serve as a foundation for a request for damages against the party that has not respected the arbitration clause”. (Id.).

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 76.

ao reconhecimento e à execução do julgamento estrangeiro”¹⁹². No mesmo sentido, assinala GAILLARD:

Nada impede que as jurisdições que não puderam conhecer do mérito do litígio em razão da *anti-suit injunction* destinada a proteger a competência arbitral não reconheçam a sentença pelas mesmas razões que lhes teriam conduzido a reter sua competência inicial. Ao inverso, a aceitação cada vez mais geral do princípio da competência-competência seria suficiente para permitir aos árbitros perseguir sua missão quaisquer que sejam as pretensões das jurisdições deste ou daquele Estado a reter sua competência sobre o mesmo objeto....¹⁹³

Ainda que sua eficácia seja reduzida, em uma primeira análise as *anti-suit injunctions* proferidas pelo juiz estatal se mostram de grande valia, já que como foi analisado nos casos acima, sempre pode existir uma parte reticente à arbitragem, que procurará em seu país de origem uma forma de impedir que a arbitragem se torne uma realidade¹⁹⁴.

Tal afirmação, contudo, não é totalmente correta. Considerando que as *anti-suit injunctions* proferidas a favor da arbitragem nada mais são do que uma maneira de se conseguir a execução forçada da arbitragem, conforme verificado no caso *Toepfer v. Gargill France*, o art. II(3) da Convenção de Nova Iorque poderia substituir essas medidas¹⁹⁵, obrigando, da mesma forma, as partes a se submeter à instância arbitral¹⁹⁶.

Todavia, o maior problema dos operadores da arbitragem nos dias atuais – sejam eles partes, advogados ou árbitros – não vem sendo as *anti-suit injunctions* proferidas a favor da arbitragem. Ao contrário, estas são determinadas com o

¹⁹² Tradução livre do original: “L’*anti-suit injunction* fait donc obstacle à la reconnaissance et à la exécution du jugement étranger” (CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p.700).

¹⁹³ Tradução livre do original: “Rien n’empêche les juridictions qui n’ont pu connaître du fond du litige en raison de l’*anti-suit injunction* destinée à protéger la compétence arbitrale de ne pas reconnaître la sentence pour les raisons mêmes qui les auraient conduites à retenir leur compétence initiale. A l’inverse, l’acceptation de plus en plus générale du principe de compétence-compétence suffisait à permettre aux arbitres de poursuivre leur mission quelles que soient les prétentions des juridictions de tel ou tel Etat à retenir leur compétence sur le même objet”. (GAILLARD, E. *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 50).

¹⁹⁴ Como assinala AMBROSE: “In practice issues as to the existence of an arbitration agreement are very common because once a dispute has arisen there may be significant advantages for a party in using his own legal system to litigate and denying the obligation to arbitrate in a neutral foreign forum”. (*Arbitration and the Free...*, op. cit., p. 08).

¹⁹⁵ Art. II(3). “O tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas...”.

intuito de dar efetividade à arbitragem, reconhecendo a autonomia da vontade e o princípio da competência-competência. O maior problema ocorre quando tais medidas são utilizadas como instrumento de procrastinação e de má-fé de uma parte reticente ao procedimento arbitral. (Capítulo 2).

¹⁹⁶ Como assinala LEW, “Under Article II of the New York Convention, there is an obligation on all States that are party to that Convention to stay court proceedings in favor of arbitration”. (LEW, Julian D. M., op. cit., p. 31).

2. *Anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem

Conforme constatado no capítulo anterior, as *anti-suit injunctions* “...podem servir para melhorar o desenvolvimento da arbitragem, ao impedir a continuação de um procedimento judicial intentado de má-fé”¹⁹⁷. Não se pode esquecer, no entanto, da outra faceta das medidas, quando estas são utilizadas de maneira travestida, com o intuito de “paralisar”¹⁹⁸ uma arbitragem ou de impedir o funcionamento de uma arbitragem corretamente instaurada.

Logicamente, nada impede que uma cláusula compromissória seja intentada erroneamente ou sob fraude, dolo, coação, corrupção etc. Nesses casos, a *anti-suit injunction*, mesmo sendo em teoria *contra a arbitragem*, será válida e, portanto, poderá ser proferida, pois emana de um procedimento arbitral viciado¹⁹⁹.

Verificadas tais irregularidades, o Tribunal Arbitral é totalmente incompetente para julgar o litígio²⁰⁰, concedendo assim, às cortes, o poder inerente de proferir a medida em razão da proteção de um *equitable right*²⁰¹.

Embora haja a possibilidade de intervenção do juiz estatal quando a arbitragem é incorretamente instaurada, o objeto de estudo recai sobre o “abuso

¹⁹⁷ Tradução livre do original: “...can be used to protect arbitration, when they prevent a party acting in bad faith from initiating or pursuing court proceedings”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 80).

¹⁹⁸ Tradução livre do original: “paralyzing”. (Id.).

¹⁹⁹ HWANG, Michael; MUTTAH, Rajesh C. *The Role of Courts in the Course of Arbitral Proceedings: Singapore and other Asian Perspectives*. In.: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators. vol. 68, n° 3, agosto de 2002. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 237.

²⁰⁰ Como assinala CLAVEL, “La principale condition de fond, exigée pour qu’un juge prononce une *anti-suit injunction* en vue d’interdire à une partie de soumettre une demande au tribunal arbitral, tient à l’absence de compétence de ce tribunal, du point de vue du juge de l’injonction, pour connaître de la demande litigieuse” (*Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 702). E Continua, “Il faut tout d’abord, c’est l’évidence, que le juge de l’injonction constate l’absence de compétence du tribunal arbitral pour connaître de la demande qui lui est soumise, ce qui implique une interprétation de la portée de la convention d’arbitrage, par application de la loi qui régit cette convention. Mais il faut également que le juge de l’injonction s’assure que le fait de ne pas prononcer l’injonction causerait à l’une des parties une ‘sérieuse injustice’”. (Ibid., p. 705).

²⁰¹ “The court has an inherent jurisdiction to restrain arbitration proceedings by injunction. It is entitled to make an order staying arbitration proceedings where it is necessary in order to protect a legal or equitable right. (...) If granted, the injunction may be directed to the arbitrator or to the other party”. (RAJOO, Sundra. *Law, Practice and Procedure of Arbitration*. Dayton: Lexis Nexis, 2003, capítulo 18).

das *anti-suit injunctions*”²⁰². Esse abuso ocorre quando verificada a existência de uma cláusula compromissória válida, a parte reticente à arbitragem ingressa diante de suas jurisdições estatais, requerendo uma *anti-suit injunction* a fim de tornar a arbitragem inoperante. Infelizmente, essas manobras são freqüentes, o que permite que as medidas antiprocessos sejam “...o meio ideal de tentar fracassar o bom desenvolvimento da arbitragem”²⁰³.

Na verdade, a tentativa de tornar inoperante ou ineficaz a arbitragem surge, usualmente, de partes que possuem jurisdições estatais “...menos favoráveis à arbitragem internacional...”²⁰⁴, contribuindo, assim, para a já corrente “processualização da arbitragem comercial internacional moderna”²⁰⁵.

Como assinala ARROYO:

...la concepción del arbitraje comercial internacional como una realidad que trasciende las fronteras geográficas y jurídicas (...) se transforma en una verdad apenas aparente cuando choca con la percepción que tienen del arbitraje algunas autoridades estatales y no pocos jueces y tribunales²⁰⁶.

Ainda, segundo PAULSSON, o pedido de injunção é feito normalmente pela parte demandada na arbitragem que desconte, procura “...o tipo de assistência na qual não poderia ter de uma corte ou tribunal neutro”²⁰⁷. Ou seja, utiliza a *anti-suit injunction* como manobra dilatória contra a arbitragem.

À outra parte – vítima de tal manobra – resta somente a tentativa de se defender em uma jurisdição totalmente diferente da sua, em que a questão é vista sob outra perspectiva, sem falar das questões de “corrupção e xenofobia”²⁰⁸. Além

²⁰² “l’abus des *anti-suit injunctions*”. (DERAINS, Y., op. cit., p. 105).

²⁰³ Tradução livre do original: “...le moyen idéal de tenter de faire échec au bon déroulement de l’arbitrage”. (GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1107).

²⁰⁴ Tradução livre do original: “...less favorable to international arbitration...”. (Id., *The misuse of Anti-suit Injunctions*, p. 03).

²⁰⁵ Foi o que afirmou um Tribunal Arbitral com relação às injunções proferidas por corte estatal contra a arbitragem: “malheureusement mais indéniablement, on doit y voir une preuve de la ‘procéduralisation’ de l’arbitrage commercial international moderne”. (JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves.; ARNALDEZ, Jean-Jacques. ICC arbitration n° 4862. In.: *Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, 1986-1990*. Deventer: Kluwer Law International, 1994, p. 308-317).

²⁰⁶ ARROYO, D. P. F., op. cit., p. 102-103.

²⁰⁷ Tradução livre do original: “...the kind of assistance which it could not hope to get from a neutral court or tribunal”. (PAULSSON, Jan. *Interference by National Courts*. In.: *The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration*. Lawrence W. Newman e Richard D. Hill (editores). Huntington: Juris Publishing Inc., 2004, p. 123).

²⁰⁸ Tradução livre do original: “corruption and xenophobia”. (Ibid., p. 124).

disso, “...tudo fica de repente amontoado em favor do outro lado: idioma, procedimento, conveniência, habilidade em usar seus próprios advogados, afinidades culturais...e a lista continua”²⁰⁹.

Nesses casos as *anti-suit injunctions* ganham importância em nosso estudo notadamente no que tange à violação dos princípios basilares da arbitragem tais como a autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência (2.2.). As jurisdições estatais, ao proferirem uma medida antiprocessos contra uma arbitragem, se furtam desses princípios em relação ao seu próprio ordenamento jurídico.

Ainda, mesmo que existam casos em que essas medidas são proferidas quando as duas partes da arbitragem são entes privados, a maior ocorrência do abuso das *anti-suit injunctions* ocorre quando um Estado ou uma entidade Estatal é parte de uma arbitragem (2.1.).

2.1. O problema dos contratos de Estado

Diariamente, Estados ou empresas estatais celebram contratos com particulares como forma de atrair investimentos no setor de energia, transporte e infra-estrutura. Tal cenário é verificado principalmente nos países em vias de desenvolvimento, visto que realizam os projetos quase que exclusivamente com investimentos advindos de entidades internacionais como o Banco Mundial ou senão de empresas particulares investidoras.

Como assinala MAGALHÃES:

Ao atuar nas relações econômicas e comerciais, em busca de desenvolvimento econômico ou tecnológico, o Estado passou a agir fora de suas características tradicionais. Tornou-se agente propulsor da economia interna, fazendo-o individualmente ou em cooperação com outros Estados...

Assim, se, de um lado surgiu o *Estado-empresário e assistencial*, (...) de outro surgiram empresas multinacionais com operações em diversos países, com grande capacidade de arremeter capitais e dotadas de tecnologia avançada...

Atuando com desenvoltura nas áreas de suas atividades, (...) essas empresas participam de contratos com Estados...²¹⁰.

²⁰⁹ Tradução livre do original: “...everything is suddenly stacked in favour of the other side: language, procedure, practical convenience, ability to use one’s own lawyers, cultural affinities...and the list goes on”. (Id.).

²¹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado*. In.: RBA. nº 3, jul-set. de 2004, p. 25-26.

No corpo dos referidos contratos com Estados, normalmente adiciona-se uma cláusula compromissória, possibilitando, assim, a solução do litígio de forma independente e neutra, sem a intervenção do juiz do Estado contratante.

Para o país, a vantagem é a possibilidade de atração de investimentos. Já para o particular, tirar os proveitos econômicos de tal atividade e, no caso de conflito, estar protegido por uma cláusula compromissória que possibilita um julgamento válido, justo e imparcial.

No entanto, quando um Estado ou uma entidade nacional faz parte da arbitragem, nem sempre ela consegue se desenvolver de forma eficaz²¹¹.

Isso ocorre porque, embora existam muitos Estados nos quais a arbitragem já é uma forma de resolução de litígios usual e onde várias sentenças arbitrais já foram proferidas, reconhecidas e executadas, existe ainda uma “...grande e significativa parte do mundo, onde a arbitragem internacional é ainda uma fronteira não familiar; vista, (...) como um processo que transgride a soberania nacional”²¹².

Sendo assim, esses Estados utilizam-se do instituto das *anti-suit injunctions* com o intuito de suspender um procedimento arbitral já instaurado ou tornar inoperante uma cláusula compromissória válida. A negação da arbitragem nestes Estados se dá por duas razões:

a) Primeiramente, pois alegam a aplicação de seu direito interno – que muitas vezes proíbe a submissão do Estado à arbitragem – com o fim de contestar a validade da convenção de arbitragem; ou então subordinam “...a aceitação da arbitragem a autorizações que não estavam previstas...”²¹³.

²¹¹ Como assinala GREENWOOD, “...the problem (...) is as its most acute when a State or one of the agencies of a State uses a degree of control which it possesses over the court machinery in its own country to frustrate recourse to international arbitration”. (GREENWOOD, Christopher J. *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. A Public International Lawyer’s Perspective*. In.: In: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 148).

²¹² Tradução livre do original: “...large and significant part of the world, where the international arbitration is still an unfamiliar frontier; viewed, (...) as a process encroaching on national sovereignty. (MAJEED, Nudrat B. *Commentary on the Hubco Judgment*. In.: *Arb. Int’l*. vol. 16 (2000), nº 04, p. 431).

²¹³ Tradução livre do original: “...l’acceptation de l’arbitrage à des autorisations qui n’étaient pas intervenues...”. (GOLDMAN, Berthold. *L’Action Complémentaire des Juges et des Arbitres en vue d’Assurer l’Efficacité de l’Arbitrage Commercial International*. In: *Arbitrage International. 60 Ans Après. Regard sur l’Avenir*. Paris: Chambre de Commerce Internationale, 1983, p. 278).

Nos anos 60, por exemplo, a Líbia se recusou a participar de arbitragens alegando que as cláusulas de arbitragem eram contra a constituição libanesa. Vale ressaltar que a constituição foi promulgada após a celebração dos contratos, especialmente para tornar a arbitragem ineficaz²¹⁴.

Consoante afirma GAILLARD, é “...particularmente sedutor...”²¹⁵ para o Estado não somente contestar a validade da cláusula compromissória em seu país, mas também tentar solicitar o prevaecimento da jurisdição estatal em detrimento da arbitragem.

Essas alegações, todavia, são vazias, haja vista a aceitação já consagrada da possibilidade do Estado se submeter à arbitragem.

A polêmica da cláusula compromissória inserida em contratos nos quais o Estado é uma das partes está no “...entendimento de que, aceitando-a, o Estado renuncia à imunidade de jurisdição, sempre que a arbitragem se realize no território de outro país”²¹⁶.

Porém, tal afirmação não é mais correta. Quando um Estado contrata como ente privado, ou seja, em funções teoricamente reconhecidas a empresas particulares, ele age como particular e por esse motivo deve se submeter ao local da arbitragem e à lei aplicada ao mérito do litígio – institutos escolhidos, inclusive por este Estado²¹⁷.

Ademais, no que concerne às Convenções Internacionais, o artigo II(1) da Convenção de Genebra de 1961 sobre arbitragem comercial internacional determina que as pessoas jurídicas de direito público podem se submeter à

²¹⁴ São os casos *Liamco v. Líbia*; *Texaco/Calalsiatic v. Líbia e BP v. Líbia*, citados por MAGALHÃES, J. C. de., op. cit., p. 36. O autor assinala: “a Líbia, (...) chegou a modificar sua constituição para incluir dispositivo segundo o qual somente o judiciário local é que teria capacidade e competência para dirimir controvérsias em que o Estado é parte.” (Id.).

²¹⁵ Tradução livre do original: “...particulièrement tentant...”. (GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1107). Em outro artigo GAILLARD demonstra a mesma idéia ao afirmar que “La tentation est grande en effet pour un Etat ou une entreprise nationale de tenter de faire échec à l’application d’une convention d’arbitrage librement acceptée mais dont la validité est contestée de s’adresser aux juridictions de son propre Etat pour voir interdire à son cocontractant d’engager une procédure arbitrale à son encontre ou, si celle-ci a été formée, pour lui voir ordonner de s’en désister” (*Il est Interdit d’Interdire...*, p. 52).

²¹⁶ MAGALHÃES, J. C. de., op. cit., p. 35. O mesmo autor assinala que a imunidade de jurisdição, que se mostrava absoluta no passado, deixou “...de ser reconhecida incondicionalmente...” (Ibid., p. 25).

²¹⁷ É o caso dos contratos de compra e venda, de prestação de serviços em geral, empréstimos bancários, concessão de serviços públicos (art. 23 da lei nº 8.987/95 na qual disciplina que os contratos podem ser resolvidos de forma amigável, inserindo, assim, a arbitragem) Nestas modalidades de contrato, o Estado atua como ente privado.

arbitragem²¹⁸.

Portanto, conforme ensina GOLDMAN, em virtude tanto deste texto quanto da jurisprudência francesa, os árbitros vêm recusando tais alegações “...ao considerá-las como contrárias à ordem pública internacional”²¹⁹. E continua, ao afirmar que “...a atitude do Estado em se comprometer é considerada (...) como uma regra material da arbitragem comercial internacional revestindo um caráter de ordem pública internacional...”²²⁰.

b) Em segundo lugar, outro motivo para que alguns países se mostrem avessos à arbitragem diz respeito à fragilidade política verificada nesses Estados. Basta a mudança para um governo de oposição ao governo anterior, para que as diferenças políticas aflorem por meio de ataques à administração daquele governo, demonstrados, por exemplo, em rescisões e mudanças de contratos estabelecidos na gestão anterior. Nesses casos, a influência do executivo no judiciário é inevitável²²¹.

E por essa razão, quando do surgimento do litígio, vê-se claramente a influência, a ponto de parecer que a própria autoridade executiva está julgando em nome do juiz, tentado, assim, tornar a cláusula compromissória celebrada pelo governo anterior ineficaz.

218 Art. II.1. “Capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage. 1. Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente Convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de “personnes morales de droit public” ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage”. Já no que tange às leis nacionais, a Lei nº 31/86, sobre arbitragem voluntário de Portugal, por exemplo, estatui em seu art. 1(4) o seguinte: “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado”.

²¹⁹ Tradução livre do original: “...en la considérant comme contraire à l'ordre public international”. (GOLDMAN, B., op. cit., p. 249).

²²⁰ Tradução livre do original: “...comme une règle matérielle de l'arbitrage commercial international revêtant un caractère d'ordre public international, en ce sens que l'Etat qui a signé une convention d'arbitrage ne peut pas refuser de l'exécuter en invoquant sa législation interne”. (Id.).

²²¹ Como assinala MAJEED “(...) Arbitration, for all its promise of independence and efficacy, is still helpless in countries where the judiciary is inevitably influenced by the executive”. (MAJEED, N. B., op. cit., p. 431).

Um dos exemplos mais patentes desta influência e intervenção na arbitragem internacional é demonstrado no caso *Hubco (Hub Power Company Limited) v. WAPDA (Water and Power Development Authority of Pakistan)*²²². O contrato entre *Hubco*, empresa pública incorporada no Paquistão (com 25% de investimentos do governo britânico), e *WAPDA*, empresa nacional de exploração de água e energia elétrica do Paquistão, tinha como objeto o desenvolvimento, financiamento, construção e exploração de uma central de energia elétrica no Paquistão por *Hubco* no valor de 1,8 bilhões de dólares, financiada parcialmente pelo Banco Mundial. *Hubco* venderia a energia produzida para *WAPDA*. O Governo do Paquistão, na pessoa do Primeiro Ministro Nawaz Sharif era o garantidor das obrigações de *WAPDA*. No contrato existia uma cláusula compromissória CCI com sede em Londres. A disputa iniciou em relação a certas alterações feitas no contrato pelo governo subsequente, de Benazir Bhutto (alterações feitas em 1993 e 1994). Quando Nawaz Sharif retornou ao poder, *WAPDA* notificou *Hubco*, declarando que as alterações haviam sido feitas sem autorização e, logo, não eram obrigatórias. A questão se focava em saber se havia ocorrido corrupção ou fraude. Em julho de 1998, *Hubco* iniciou o procedimento arbitral CCI em Londres. Nenhuma das partes na arbitragem havia questionado a validade da cláusula compromissória. *Hubco* ingressou igualmente nas jurisdições paquistanesas, conseguindo uma ordem, obrigando as partes a se submeterem à arbitragem. Contudo, como *WAPDA* entendia que alguns contratos eram ilegais e haviam sido celebrados por fraude e corrupção, apelou para a Suprema Corte do Paquistão requerendo que *Hubco* suspendesse a arbitragem CCI²²³. Antes que a Corte Suprema proferisse sua decisão, em 12 de outubro de 1999, o governo de Sharif foi tomado por um golpe militar, que obrigou os juizes da Suprema Corte a jurarem lealdade ao novo governo. A Corte Suprema entendeu por maioria de

²²² A decisão da Suprema Corte paquistanesa está disponibilizada no *Arb. Int'l*, vol. 16, nº 4 (2000), p. 439-460. Para um comentário deste caso v. GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1108; Id., *Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 52; MAJEED, N. B., op. cit., p. 431-438. BARRINGTON, Louise. *Hubco v. Wapda: Pakistan Top Court Rejects Modern Arbitration*. In.: *The American Review of International Arbitration*. vol. 11 (2000), nº 03. Huntington: Juris Publishing, 2001, p. 385-396; LEW, Julian D. M., op. cit., p. 37-39.

²²³ Segundo MAJEED, "Since January 1999, there have been over 12 suits initiated in various Pakistani courts including three orders passed by the Supreme Court". (MAJEED, N. B., *Ibid.*, p. 432).

votos²²⁴ que, como a parte alegava a existência de corrupção, em razão da ordem pública, a matéria se tornava inarbitrável e, assim, a arbitragem deveria ser suspensa²²⁵.

Em contrapartida, os juízes dissidentes, ao citar vários casos já submetidos às cortes paquistanesas, entenderam que a cláusula compromissória era autônoma em relação ao contrato; conseqüentemente, a nulidade ou invalidade do contrato não prejudicaria a arbitragem²²⁶.

Hubco ainda tentou contestar essa medida na corte, mas foi negada, permanecendo a ordem de suspensão da arbitragem.

Nota-se que em países onde a arbitragem ainda é vista com desconfiança, por exemplo, o Paquistão, a alegação de violação à ordem pública é corrente como justificativa para a determinação de uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem. Entretanto, segundo afirmaram os juízes dissidentes, as alegações de fraude e corrupção não tornariam a matéria inarbitrável, nem tampouco feriria a ordem pública²²⁷.

Tais entendimentos infundados podem fazer com que este país pague um preço demasiadamente alto no que diz respeito à atração de investimentos estrangeiros. Nesse caminho está a opinião de BARRINGTON:

Investidores estrangeiros ficarão contrários em contar com cláusulas de arbitragem se tiverem medo que meras alegações de corrupção bastem para tornar a cláusula inoperante e coloque-as diante das cortes nacionais paquistanesas. Investidores que não possuem segurança no sistema legal da região anfitriã, hesitarão em aceitar o

²²⁴ Três votos a favor da *anti-suit injunction* e dois contra a determinação da medida. Vale ressaltar que o voto dos juízes dissidentes contava com 44 páginas. Já o voto da maioria contava somente com 5 páginas. (BARRINGTON, L., op. cit., p. 389).

²²⁵ A mistura entre política e direito se mostra clara: o contrato original foi celebrado no governo de Nawaz Sharif. Todavia, a execução foi feita no governo de Benazir Bhutto e o julgamento na Suprema Corte foi feito durante o regime militar. Ainda, como afirma MAJEED, “In Pakistan, there has been extensive, almost daily, reporting of the dispute between Hubco WAPDA in newspapers, journals and political forums for the last two years such that the dispute has acquired a controversial political status. The reason for that is not only the magnitude of power project and its effects on a developing country in something of an economic crisis, but more importantly, because of the roles played by the two leading political parties, in their alternating terms of government”. (MAJEED, N. B., op. cit., p. 433.).

²²⁶ *Hubco v. WAPDA, Arb. Int'l*, vol. 16, n° 4 (2000), p. 451-452.

²²⁷ Como entenderam os juízes dissidentes: “In short, it is totally unclear how a valid contract can – itself – become contrary to public policy because of an allegation that a later amendment was the product of an illegal act”. (*Hubco v. WAPDA, Arb. Int'l*, vol. 16, n° 4 (2000), p. 452).

convite. Aqueles que se arriscarem, requisitarão um prêmio substancial em seu proveito para compensar a captação do risco adicional²²⁸.

MAJEED, é ainda mais pessimista ao fazer votos de que “...tal omissão não tenha fechado a porta por completo da arbitragem internacional no Paquistão”²²⁹.

Outro caso recente envolvendo novamente o Paquistão, demonstra a fragilidade política e jurídica deste país.

Em 29 de setembro de 1994, *Société Générale de Surveillance AS (GS)*²³⁰ celebrou um contrato de inspeção de cargas com o governo do Paquistão. No referido contrato existia uma cláusula compromissória que previa uma arbitragem seguindo as regras do *Arbitration Act* do Paquistão de 1940. A sede da arbitragem deveria ser Islamabad, no Paquistão.

Vale ressaltar que, mesmo o Paquistão tendo ratificado a Convenção de Washington em 1965, uma arbitragem ICSID não foi prevista no contrato. No entanto, em 11 de julho de 1995, a Suíça e o Paquistão celebraram um tratado bilateral de proteção de investimentos que previa uma arbitragem ICSID em caso de litígio.

Após a demissão do Primeiro Ministro Benazir Bhutto²³¹ em 05 de novembro de 1996, por razões de corrupção, o novo governo rescindiu o contrato com *SGS* em 12 de dezembro de 1996. *SGS*, portanto, em 24 de junho de 1999, ingressou com pedidos contra o Governo do Paquistão na Corte de Primeira instância de Genebra, requerendo que a cláusula compromissória não fosse executável, ao entender que um procedimento justo não seria possível no

²²⁸ Tradução livre do original: “Foreign investors will be loath to count on arbitration clauses if they have fear that mere allegations of corruption are enough to render the clause inoperative and place them before the Pakistan national courts. Investors who do not have confidence in the legal system of their host county will hesitate to accept the invitation. Those who do chance the venture will demand a substantial premium on their profits to compensate for the perception of additional risk”. (BARRINGTON, L., op. cit., p. 396).

²²⁹ Tradução livre do original: “...this very omission has not closed the door completely on international arbitration in Pakistan”. (MAJEED, N. B., op. cit., p. 438).

²³⁰ *Société Générale de Surveillance v. Governo do Paquistão*. Sobre este caso v. GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1108; Id., *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 52-53; LAU, Martin. *Note on Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan through Secretary, Ministry of Finance*. In: *Arb. Int’l.* vol. 19 (2003), nº 2, p. 179-212; KERAMEUS, Konstantinos D. *Anti-Suit Injunctions in ICSID Arbitration*. In: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 133-137. O inteiro teor da decisão pode ser encontrado no *Arb. Int’l.* vol. 19, nº 2 (2003), p. 182-212; *Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XXVIII (2003), p. 1312-1341; <http://www.worldbank.org/icsid>.

²³¹ O mesmo Primeiro Ministro, inclusive que fez as alterações nos contratos do caso *Hubco*.

Paquistão. Neste ponto, pode-se verificar de antemão a desconfiança que *SGS* possuía em se submeter a uma arbitragem com sede no Paquistão, haja vista a instabilidade política e jurídica que poderia afetar, conseqüentemente, o processo arbitral.

A Corte de Genebra, contudo, negou provimento aos pedidos, pois entendeu que uma arbitragem justa era possível no Paquistão. Em 23 de junho e 23 de novembro de 2000, a Corte de Apelação de Genebra e a Suprema Corte Suíça, respectivamente, confirmaram a decisão.

Em 07 de setembro de 2000, enquanto os pedidos na Suíça ainda estavam pendentes, o Governo do Paquistão ingressou com pedidos de execução da cláusula compromissória nas cortes deste país, que foram reconhecidos em 07 de abril de 2000. *SGS* recorreu desta decisão em 07 de abril de 2001.

Em 12 de outubro de 2001, *SGS* ingressou com o pedido de arbitragem na secretaria do ICSID.

A partir deste momento, existiam dois procedimentos – a execução da cláusula compromissória paquistanesa e a arbitragem ICSID.

Em 04 de janeiro de 2002, *SGS* requereu às cortes paquistanesas que suspendessem seus procedimentos em virtude da arbitragem ICSID. Por sua vez, em 07 de janeiro de 2002, a corte paquistanesa negou o pedido e ainda determinou que as partes nomeassem os árbitros na arbitragem no Paquistão. *SGS* recorreu das decisões.

No entanto, a arbitragem ICSID era válida, porque o Paquistão e a Suíça são signatários da Convenção de Washington de 1965, como contratantes em um Tratado Bilateral de Investimento (BIT) em 1995, cujo teor previa uma cláusula de arbitragem ICSID. Este tratado bilateral abrangia investimentos entre Suíça e Paquistão contados a partir de 01 de setembro de 1954. Ora, se o contrato havia sido celebrado em 1994, era abrangido pelo BIT, o que tornaria vazia a alegação de não aplicação de uma arbitragem ICSID²³².

Não obstante tal constatação, em 03 de julho de 2002, a pedido do Governo do Paquistão, a Suprema Corte do Paquistão proferiu uma medida determinando a suspensão do procedimento arbitral ICSID, sob pena de *contempt of court*. Seu entendimento era de que, embora o Paquistão houvesse ratificado o tratado

²³² LAU, M., op. cit., p. 181.

bilateral e a Convenção de Washington de 1965, estes não obrigavam o Estado do Paquistão, haja vista não terem sido incorporadas no ordenamento jurídico paquistanês. Os juízes entenderam que:

...no Paquistão, as provisões do Tratado não estão incorporadas por meio da legislação nas leis do país, o qual não teve o efeito de alterar leis existentes, como tal, direitos relativos aos chamados direitos do Tratado não podem ser executados por meio das cortes como nesta situação...²³³.

Ademais, a corte entendeu que o contrato celebrado entre as partes não era um contrato de investimento e, por conseguinte, não poderia ser submetido ao ICSID.

Conclui-se, conseqüentemente, que em países do sistema da *common law*, tais como o Paquistão, as *anti-suit injunctions* estão sendo utilizadas de maneira a impedir a eficácia de uma cláusula compromissória.

A mesma situação vem ocorrendo em países de tradição da *civil law*. Ainda que nestes países as medidas antiprocessos não sejam chamadas especificamente de *anti-suit injunctions*, elas possuem as mesmas características e efeitos, quais sejam, a de tornar inoperante um processo arbitral.

É o que vem acontecendo no Brasil, por exemplo. Conquanto este país possua uma lei de arbitragem moderna, na qual a autonomia da cláusula compromissória é reconhecida assim como o princípio da competência-competência; a instabilidade política²³⁴ e a falta de conhecimento sobre arbitragem ainda trazem diversos prejuízos no que diz respeito à segurança jurídica das relações contratuais, assim como à força obrigatória da convenção de arbitragem²³⁵. No caso de contratos de Estado, a desconfiança se torna ainda mais patente. São dois casos brasileiros em que, diante de uma cláusula compromissória válida celebrada entre um particular e um ente estatal, foram

²³³ Tradução livre do original: "...in Pakistan, the provisions of the Treaty were not incorporated through legislation into the laws of the country, therefore, the same did not have the effect of altering the existing laws, as such, rights arising therefrom called treaty rights cannot be enforced through courts as in such a situation...". (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXVIII (2003), p. 1321).

²³⁴ Que se demonstra igualmente nas mudanças de poder, quando uma pessoa da oposição do governo anterior assume o governo e com isto tenta tornar inoperante todos os contratos celebrados por seu antecessor.

²³⁵ A este respeito v. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999, nº 627.

proferidas medidas antiprocesso com a finalidade de suspender o procedimento arbitral, sob pena de multa. A justificativa para tais injunções é a mesma: inarbitrabilidade da matéria em função da participação do Estado no contrato e supremacia do interesse público sobre o particular.

O caso *COPEL*²³⁶ é o mais célebre no que se refere às *anti-suit injunctions* proferidas pelo juiz brasileiro.

A Companhia Paranaense de Energia Elétrica (*COPEL*) celebrou uma carta de intenções com a Petrobrás Distribuidora S.A. (BR), a BHP Power INC. (BHP), a EPEC Gas Brazil Corporation (“*EL Paso Brasil*”) e a British Gas do Brasil Ltda. (BG) para a execução de um projeto de geração de energia elétrica baseado em fonte térmica, para construção de uma usina termoelétrica a gás em Araucária/Pr. Em 1998, esse consórcio de empresas foi transformado na empresa *UEG Araucária Ltda.* Posteriormente, foi firmado entre *COPEL* e *UEG* um contrato de compra e venda de Potência Assegurada, no qual a primeira estaria comprometida em comprar da segunda determinada quantidade de energia. No contrato existia uma cláusula de arbitragem CCI, com sede em Paris.

Não tendo a *COPEL* cumprido com suas obrigações contratuais, *UEG* ingressou com um pedido de arbitragem junto à Corte de Arbitragem da CCI requerendo o pagamento de quase 70 milhões de reais, mais correção monetária e juros²³⁷.

Ocorre que nesse mesmo período, a *COPEL* ingressou na Justiça brasileira com pedido de antecipação de tutela, para que o procedimento arbitral fosse suspenso e a cláusula compromissória declarada nula. Alegou que os requisitos para a instauração da arbitragem não haviam sido respeitados. Afirmou também que a *COPEL*, como sociedade de economia mista não poderia se submeter a uma arbitragem (arbitrabilidade subjetiva). Além disso, alegou que neste caso havia envolvimento de interesse público o qual era indisponível, portanto insuscetível de arbitragem (arbitrabilidade objetiva).

²³⁶ Sobre o caso *COPEL v. GAILLARD*, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1108-1109; Id., *Il est Interdit d’Interdire...*, p. 54; NUNES, Thiago Marinho. *A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. In.: RBA. nº 5, jan/fev/mar de 2005, p. 36-46; MURIEL, Marcelo A. *A Arbitragem Frente ao Judiciário*. In.: RBA. nº 1, jan./fev./mar de 2004, p. 27-39.

²³⁷ Caso CCI nº 12689, ainda inédito.

Em 03 de junho de 2003, a tutela antecipada foi concedida à *COPEL* determinando a suspensão do procedimento arbitral e fixando multa diária no valor de 0,5% do valor da causa caso *UEG* continuasse com o procedimento arbitral. O juiz entendeu que estavam presentes os requisitos do *fumus boni iuris*, já que estava patente a violação do interesse público e, assim a impossibilidade da arbitragem e do *periculum in mora*, haja vista a *COPEL* ter tido que se apresentar na arbitragem diante da CCI, acarretando despesas altas e desnecessárias.

UEG ainda ingressou com um Agravo de Instrumento diante do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, contudo tal recurso foi improvido, seguindo o mesmo entendimento do juiz de primeiro grau²³⁸.

Por esses motivos, o procedimento arbitral ficou suspenso até a decisão final²³⁹. Na sentença definitiva, proferida em 15 de março de 2004, foi declarada nula a cláusula compromissória, sob os mesmos argumentos já mencionados²⁴⁰.

Insatisfeita, *UEG* ingressou com apelação, requerendo efeito suspensivo. Todavia, tal efeito não foi concedido, o que ensejou um pedido de ação cautelar inominada perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná por parte de *UEG*. Em 15 de junho de 2004, foi concedida à *UEG* liminar para que pudesse continuar a praticar os atos na instância arbitral. O Des. Ruy Fernando de Oliveira entendeu que:

...resta claro que a requerida concordou expressamente com a resolução da pendência por meio de arbitragem, pois inclusive participa do juízo arbitral. Como já manifestei em voto proferido no Agravo de Instrumento nº 149555-0, desta Câmara, entendo que as questões relativas à convenção de arbitragem e ao contrato estão sujeitas, com exclusividade, ao árbitro ou tribunal de arbitragem, incumbindo ao árbitro decidir sobre sua própria competência e não ao juiz togado²⁴¹.

²³⁸ TJPR. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0149555-0. Relator Des. Ruy Fernando de Oliveira. 28 de junho de 2003.

²³⁹ NUNES, T. M., op. cit., p. 42.

²⁴⁰ 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, Estado do Paraná. Ação Declaratória nº 24.334. Juíza JOSELY DITTRICH RIBAS. 15 de março de 2004. O inteiro teor da decisão foi publicado na *RBA*, nº 3, jul./ago./set. 2004, p. 170-180.

²⁴¹ TJPR. Medida Cautelar nº 0160213-7. O inteiro teor da referida medida está publicado na *RBA*, nº 3, jul./ago./set./ 2004, p. 180-182.

Inconformada, a *COPEL* ingressou com mandado de segurança que foi acolhido em 05 de julho de 2004, e que portanto, suspendeu novamente a decisão acima citada²⁴².

Outro caso referente a um contrato de Estado em que o juiz brasileiro foi chamado para determinar a suspensão da arbitragem, foi o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, advindo de um litígio entre as partes *AES Uruguaiana Empreendimentos e Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE*²⁴³.

AES celebrou contrato de fornecimento de energia elétrica visando ao abastecimento futuro com a *CEEE*, sociedade de economia mista controlada pelo governo do Rio Grande do Sul. O contrato possuía uma cláusula CCI com previsão de sede em Porto Alegre.

Quando do surgimento do litígio, em decorrência de um incêndio, a arbitragem foi requerida diante da Corte da CCI. Porém, não querendo se submeter, *CEEE* ingressou com um pedido de liminar diante do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre que determinou a suspensão da instância arbitral, sob pena de multa diária de cinquenta mil reais.

A jurisdição estatal entendeu que a arbitragem não tinha o objetivo de afastar a tutela jurisdicional. Afirmou ainda que *CEEE* não podia ser parte em uma arbitragem, haja vista ser sociedade de economia mista.

Inconformada com a decisão, *AES* ingressou com Agravo de Instrumento diante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No entanto, o Tribunal, em 13 de novembro de 2002, negou, por unanimidade, provimento ao agravo²⁴⁴.

Infelizmente, tanto os julgamentos do Brasil como os do Paquistão demonstram que a eficácia da arbitragem “...ainda depende muito da atitude das cortes das partes envolvidas”²⁴⁵.

²⁴² TJPR. Mandado de Segurança nº 0161371-8. Desembargador Presidente do Tribunal OTO LUIZ SPONHOLZ. O inteiro teor da decisão foi publicado na *RBA*, nº 3, jul./ago./set. 2004, p. 182-187. 05 de julho de 2004. Até hoje este Mandado de Segurança encontra-se em andamento.

²⁴³ Sobre este caso v. MURIEL, M. A., op. cit., p. 33.

²⁴⁴ TJRS. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70003866258. Relator Desa. Teresinha de Oliveira Silva. 13 de novembro de 2002.

²⁴⁵ Tradução livre do original: “...still very much depends on the attitude of the courts of the parties involved”. (BARRINGTON, L., op. cit., p. 385).

Ao árbitro, resta apenas “...*assumir e exercer a plenitude de sua competência*, sem se deixar, necessariamente, paralisar pelo fato de que a contestação desta competência emana de uma *pessoa jurídica de direito público*”²⁴⁶. Entretanto, tal atitude nem sempre é tranqüila e sem conseqüências²⁴⁷.

A situação deveria ser diferente. Os Estados, hoje, são um dos “...principais atores do palco econômico...”²⁴⁸, conseqüentemente, tanto eles quanto suas cortes judiciais deveriam contribuir juntos para o alcance de uma eficácia no que tange à arbitragem internacional. Do contrário, como já afirmado, os investimentos estrangeiros – principalmente nos países em desenvolvimento – vão se tornar indubitavelmente mais escassos.

A questão, aqui, se torna importante sob o seguinte aspecto: a violação dos princípios da autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência.

2.2. A violação dos princípios da arbitragem

A violação dos princípios da arbitragem quando da determinação de uma *anti-suit injunction* não diz respeito exclusivamente a arbitragens nas quais os Estados estão envolvidos. Particulares, quando são contrários à arbitragem, também tendem a requerer às suas jurisdições estatais a prolação de *anti-suit injunctions* contra a arbitragem. No entanto, conforme será verificado, a maior parte desses pedidos advém de entidades estatais.

Quando uma corte estatal profere uma *anti-suit injunction* contra uma arbitragem, esta o faz em negação aos seus principais pilares, quais sejam, o princípio da autonomia da cláusula compromissória e da competência-competência.

No que concerne ao princípio da autonomia da cláusula compromissória, o Estado – consoante verificado no caso *Hubco* – faz a tentativa de considerar o contrato nulo, com o intuito de tornar a arbitragem inoperante, simplesmente

²⁴⁶ Tradução livre do original: “...l’arbitre doit *assumer et exercer la plénitude de sa compétence*, sans se laisser nécessairement arrêter par le fait que la contestation de cette compétence émane d’une *personne morale de droit public*”. (GOLDMAN, B., op. cit., p. 275).

²⁴⁷ Sobre os efeitos das *anti-suit injunctions* contra a arbitragem v. *infra* nº 2.4.

²⁴⁸ Tradução livre do original: “...principaux acteurs de la scène économique...”. (GOLDMAN, B., op. cit., p. 278).

ignorando por completo o princípio segundo o qual, a cláusula compromissória é autônoma ao contrato (2.2.1.).

Já no que se refere ao princípio da competência-competência, não é relevante saber se o Estado pode ou não se submeter à arbitragem. Relevante sim, é a aplicação deste princípio. Vale dizer, não cabe ao juiz estatal analisar a arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Esta constatação deve advir do árbitro, juiz da causa, que tem competência para determinar se a matéria é arbitrável ou não (2.2.2.).

2.2.1. Violação do princípio da autonomia da convenção de arbitragem

Quando um juiz estatal profere uma *anti-suit injunction* contra uma arbitragem, entendendo que o contrato que deu origem ao litígio é nulo, este juiz fere o princípio da autonomia da convenção de arbitragem ou, como é chamado nos países anglo-saxões, o princípio da *separability*.

Segundo este princípio, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato e qualquer alegação de nulidade ou inaplicabilidade do contrato não afeta a cláusula arbitral. É o que assinala GOLDMAN, ao afirmar que “...a nulidade alegada do contrato principal não põe em dúvida a validade da convenção de arbitragem relativa a este contrato”²⁴⁹.

Assim, se o árbitro entender que o contrato no qual está inserida uma cláusula compromissória é nulo, isto não afetará sua competência para julgar a matéria²⁵⁰.

Tal princípio é amplamente reconhecido pela Lei Modelo da UNCITRAL, que serve, no mundo inteiro como parâmetro para várias legislações internas relativas à arbitragem.

O art. 16 da Lei Modelo determina que:

...uma cláusula compromissória que faz parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A constatação de nulidade

²⁴⁹ Tradução livre do original: “...la nullité alléguée du contrat principal ne met pas en cause la validité de la convention d’arbitrage relative à ce contrat”. (Ibid., p. 275).

²⁵⁰ BROCHES, Aron. *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 45.

do contrato pelo tribunal arbitral não acarreta, de pleno direito, na nulidade da cláusula compromissória²⁵¹.

O direito inglês emprega o termo *separability* para afirmar esse princípio. Todavia, neste ordenamento jurídico, as partes podem determinar, em comum acordo, o contrário²⁵².

Muitos outros países reconhecem esse princípio. É o caso, por exemplo, do Brasil (art. 8º)²⁵³, da Suíça (art. 178.3)²⁵⁴, da Bélgica (Art. 1697)²⁵⁵, da Espanha (art. 22)²⁵⁶, de Portugal (art. 21.2)²⁵⁷ e da Alemanha (art. 1040 ZPO)²⁵⁸.

Já no que diz respeito às instituições de arbitragem, o Regulamento de Arbitragem da CCI, em seu artigo Art. 6(4) também consagra tal princípio:

Art. 6.4. Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do árbitro caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O Tribunal Arbitral continuará sendo competente mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações.

Reconhecida a validade desse princípio, não há que se falar na possibilidade de *anti-suit injunctions* proferidas sob a alegação de nulidade do contrato

²⁵¹ Tradução livre do original: “...une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire”. O art. 1040 do ZPO alemão tem a mesma redação da Lei Modelo.

²⁵² Art. 7. “Separability of arbitration agreement. Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.

²⁵³ Art. 8º. “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

²⁵⁴ Art. 178 da lei Federal sobre Direito Internacional Privado. “(...) 3. La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né”.

²⁵⁵ Art. 1697 do Código Judiciário. “(...) La constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient”.

²⁵⁶ Art. 22 da Nova Lei de Arbitragem de 2003. “...el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”.

²⁵⁷ Art. 21(2). “A nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção”.

²⁵⁸ Art. 1040 da ZPO. “(1) ...une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat”.

principal. O árbitro, quando verificar a tentativa de manobra dilatória, deverá continuar a arbitragem.

Em decorrência desse princípio, conclui-se que o árbitro e somente ele, ficará apto para avaliar se esta cláusula é ou não válida. Diante disso, pode-se dizer que o princípio da competência-competência é uma consequência do princípio da autonomia da cláusula compromissória.

Como afirma NUNES:

Ora, parece lógico afirmar que, se a convenção de arbitragem é autônoma em relação ao contrato principal em que ela está inserida, a apreciação de sua validade e abrangência passará automaticamente aos cuidados dos árbitros, o que, em outras palavras, quer dizer que os árbitros decidirão sobre a sua própria competência...²⁵⁹.

Embora a autonomia da cláusula compromissória seja muito importante, no que tange às *anti-suit injunctions*, é o princípio da competência-competência que se encontra mais ameaçado quando da prolação dessas medidas.

2.2.2. Violação do princípio da competência-competência

O princípio da competência-competência decorre da aplicação do princípio segundo o qual, todo juiz é juiz de sua própria competência. O árbitro, como juiz privado escolhido pelas partes, também é competente para julgar sobre sua investidura. Ao juiz Estatal, quando da existência de uma cláusula compromissória, caberá, em tese, somente a análise da sua validade quando de um eventual recurso de anulação, execução ou reconhecimento da sentença arbitral²⁶⁰.

Esse princípio tem dois efeitos: um positivo (2.2.2.1) e outro negativo (2.2.2.2).

2.2.2.1. Efeito positivo

O efeito positivo da competência-competência se traduz no próprio princípio, no qual o árbitro terá competência para analisar sua própria

²⁵⁹ NUNES, T. M., op. cit., p. 29.

²⁶⁰ POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 407.

competência. Ou, o direito do árbitro proferir uma sentença arbitral quando da existência de uma cláusula compromissória válida²⁶¹.

Como assinala POUURET e BESSON,

...a justificativa mais sólida do princípio aqui estudado repousa sobre a vontade presumida das partes de reconhecer a este ou estes que serão designados como árbitros, o poder de julgar sobre todos os aspectos do litígio, compreendendo sobre sua competência, tendo a jurisdição estatal o poder de controlá-los, mas não de substituí-los²⁶².

Outra justificativa seria não permitir que a parte contrária à arbitragem utilizasse de manobras procrastinatórias, tais como as *anti-suit injunctions* com o objetivo de “...suspender a arbitragem até que as jurisdições estatais tenham se pronunciado sobre este ponto”²⁶³.

A arbitragem perderia toda sua razão de ser se o árbitro perdesse tal competência, ficando à mercê das decisões judiciais para iniciar ou continuar a arbitragem.

Assim, os árbitros podem verificar se a convenção de arbitragem é válida ou, contrariamente, se ela é nula ou inexistente. Nessa segunda hipótese, o árbitro remeterá a causa à jurisdição competente.

Esse princípio, hoje amplamente aceito tanto pelas legislações nacionais²⁶⁴ quanto pelas convenções internacionais, não foi facilmente reconhecido no início. Na verdade, foi a prática da jurisprudência que o consagrou, ao colocá-lo ao lado do princípio da autonomia da convenção de arbitragem²⁶⁵.

Por exemplo, com relação ao direito francês, somente após a reforma judiciária que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em 1981, é que o princípio da competência-competência foi realmente reconhecido neste país.

²⁶¹ GAILLARD, Emmanuel. *L'Effet Négatif de la Compétence-Compétence*. In.: Etudes de Procédure et d'Arbitrage en l'Honneur de Jean-François Poudret. Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp, Phidias Ferrari (editores). Lausanne: Imprimeries Réunies Lausanne S.A., 1999, p. 387.

²⁶² Tradução livre do original: “...la justification la plus solide du principe ici étudié repose sur la volonté présumée des parties de reconnaître à celui ou ceux qui seront désignés comme arbitres le pouvoir de statuer sur tous les aspects du litige, y compris sur leur compétence, la juridiction étatique ayant le pouvoir de les contrôler, mais non de se substituer à eux”. (POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 408).

²⁶³ Tradução livre do original: “...suspendre l'arbitrage jusqu'à ce que les juridictions étatiques se soient prononcées sur ce point”. (GAILLARD, E. *L'Effet Négatif...*, op. cit., p. 388).

²⁶⁴ É amplamente aceito nas leis de Portugal (art. 21,1), Espanha, (art. 23), Grécia, (art. 1.1). Na Itália tal princípio é aceito indiretamente. (POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 410, nota 17).

Anteriormente à reforma, se existisse qualquer contestação em relação à competência do árbitro, o juiz estatal faria a avaliação²⁶⁶.

Portanto, somente com a entrada em vigor do NCPC, foi concedido ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria competência (art. 1466)²⁶⁷.

Essa constatação não impede, contudo, que uma parte faça a tentativa, diante do juiz francês, de suspender uma arbitragem. É o que ocorreu no caso *LV Finance Group Limited v. Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*²⁶⁸.

Em 08 de junho de 2004, *LV Finance* ingressou com um pedido de injunção contra a Corte de Arbitragem da CCI no Tribunal de Grande Instância de Paris, requerendo que o Tribunal Arbitral ficasse suspenso até a decisão sobre a recusa de seu presidente. A questão se referia a problemas na constituição do Tribunal Arbitral com sede na Suíça.

A Corte da CCI, por sua vez, contestou a demanda alegando que (i) não possuía personalidade jurídica e, logo, não poderia ser parte em nenhum processo; (ii) o Tribunal de Grande Instância era incompetente para reconhecer da matéria, haja vista a Corte da CCI possuir um procedimento específico para recusa de árbitro; (iii) não havia sido constatado o caráter de urgência da causa; (iv) não cabia ao juiz estatal suspender um procedimento arbitral, impedindo assim a continuação do poder jurisdicional dos árbitros.

Em 24 de junho de 2004, o Tribunal de Grande Instância de Paris, ao consagrar o princípio da competência-competência, decidiu que não possuía nenhum poder em determinar a suspensão do Tribunal Arbitral, em decorrência de sua total incompetência para julgar a matéria²⁶⁹.

²⁶⁵ GAILLARD, E. *L'Effet Négatif...*, op. cit., p. 388.

²⁶⁶ Como assinala LOQUIN, em relação a decisões da Corte de Cassação francesa nos anos 1842 e 1953, "...la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence se heurte à un nombre impressionnant d'obstacles. N'ayant point la plénitude de juridiction, l'arbitre ne reçoit pas de la loi et de l'autorité publique un caractère judiciaire et permanent. Aussi ne peut-il statuer sur sa propre investiture lorsque celle-ci est contestée et qu'il existe un doute sérieux sur sa validité". (op. cit., p. 310, especialmente notas 72 e 73).

²⁶⁷ Art. 1466. "Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture".

²⁶⁸ Tribunal de Grande Instance de Paris. Ordonnance de Référé n° RG: 04/56674, proferida em 24 de junho de 2004 por Bernard Valette, Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, p. 01-04.

²⁶⁹ "...le président du Tribunal de Grande Instance, quelque soit le fondement invoqué par LV FINANCE GROUP LIMITED n'a en aucune façon le pouvoir d'enjoindre à un Tribunal arbitral international de surseoir à statuer dans l'attente d'un événement tel que la demande de récusation du président qui ressort de la seule compétence de cette juridiction; Qu'il y a lieu en

Efetivamente, a tendência tem sido no sentido de consagrar expressamente tal princípio²⁷⁰. A Lei Modelo da UNCITRAL, por exemplo, preceitua que:

Art. 16. O tribunal arbitral pode julgar sobre sua própria competência, compreendendo sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. (...) ²⁷¹.

O art. 1697 do Código Judiciário belga, determina que “(...) o tribunal arbitral possui o poder de se pronunciar sobre sua competência e, a este fim, de examinar a validade da convenção de arbitragem”²⁷². O Direito brasileiro também reconhece tal princípio no parágrafo único do art. 8º da Lei sobre arbitragem²⁷³.

A Convenção de Washington de 1965 também afirma que “o Tribunal é juiz de sua própria competência”²⁷⁴. Já a Convenção de Genebra de 1961, sobre arbitragem comercial internacional também caminha no mesmo sentido (art. V.3.)²⁷⁵.

O juiz, em princípio, só analisará a validade da convenção de arbitragem e a competência do árbitro quando de um eventual pedido de anulação da sentença arbitral ou quando da contestação de sua execução²⁷⁶.

Todavia esta regra possui exceções. No Reino Unido, o alcance do efeito positivo da competência-competência é relativo, pois é assegurado às partes o poder de afastá-lo, enviando ao juiz a competência para analisá-lo²⁷⁷.

conséquence de nous déclarer incompétet sur la demande ainsi formée par LV FINANCE GROUP LIMITED”. (Ibid., p. 03).

²⁷⁰ BROCHES, A., op. cit., p. 75.

²⁷¹ Art. 16. “Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence 1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage”.

²⁷² Art. 1697. “(...) Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d'examiner la validité de la convention d'arbitrage”.

²⁷³ Art. 8º. Parágrafo único. “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

²⁷⁴ Art. 41.1 da Convenção de Washington. “Le Tribunal est juge de sa compétence”.

²⁷⁵ Art V. “Déclinatoire de compétence arbitrale: (...); 3. Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie”.

²⁷⁶ Como assinala GAILLARD, o princípio da competência-competência: “...impose aux parties de soumettre, au moins dans un premier temps, les moyens tirés de l'invalidité ou de la portée de la convention d'arbitrage aux arbitres eux-mêmes”. (*Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 61).

²⁷⁷ POUURET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 407.

É a regra estabelecida pelo art. 30(1) do *Arbitration Act* de 1996, que determina que *salvo acordo contrário entre as partes*, o tribunal arbitral deve julgar sobre sua própria competência²⁷⁸.

ROZAS afirma, ainda, que o sistema inglês permite que as partes recorram ao juiz estatal “...antes ou durante o procedimento arbitral para lhe demandar em julgar sobre a validade e a exequibilidade da cláusula, sem que entre em jogo sua competência...”²⁷⁹.

Não obstante a diferença entre as legislações, a regra geral é a aceitação total e expressa do princípio da competência-competência. O problema se demonstra, no entanto, no que se refere às *anti-suit injunctions*.

Quando a arbitragem ainda não for instaurada, poderá o juiz Estatal analisar a validade da cláusula e impedir, por meio de uma injunção, que as partes ingressem com o pedido de arbitragem? O entendimento é de que o juiz não poderá se manifestar, devendo, portanto, se declarar incompetente para julgar a matéria, a não ser que a cláusula de arbitragem seja manifestamente nula²⁸⁰.

Na situação contrária, se a arbitragem já estiver instaurada, poderá o juiz analisar a cláusula compromissória? Aqui, novamente a negação ao juiz estatal se demonstra. Como afirma LOQUIN, “O aspecto jurisdicional da arbitragem e a assimilação do árbitro a um juiz impõem que como todo juiz, o árbitro seja ‘o primeiro apreciador de seu poder jurisdicional’”²⁸¹, proibindo assim manobras dilatórias e dando segurança à instituição da arbitragem.

Ou seja, ao proferir uma *anti-suit injunction*, o juiz estatal fere o efeito positivo da competência-competência, ou seja, o poder do árbitro julgar exclusivamente a matéria.

²⁷⁸ *Arbitration Act* 1996, art. 30. “Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction. (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement”.

²⁷⁹ Tradução livre do original: “...before or during the arbitral proceedings in order to request that they rule on the validity and enforceability of the arbitration agreement, irrespective of their jurisdiction...” (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 75). Neste sentido v. do mesmo autor, *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 101 e POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 432 et. seq.

²⁸⁰ LOQUIN, E., op. cit., p. 311.

²⁸¹ Tradução livre do original: “L’aspect juridictionnel de l’arbitrage et l’assimilation de l’arbitre à un juge impose que comme tout juge, l’arbitre soit ‘le premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel’”. (Ibid., p. 312).

Esta prioridade do árbitro em relação ao juiz e a proibição deste em julgar sobre a competência daquele é, inclusive, o chamado efeito negativo do princípio da competência-competência²⁸².

Neste ponto, as *anti-suit injunctions* contra a arbitragem afrontam o efeito positivo da competência-competência, e são totalmente contraditórias com o efeito negativo²⁸³.

2.2.2.2. Efeito negativo

Conforme já analisado, o efeito positivo da competência-competência – “...efeito que está contido à convenção de arbitragem...”²⁸⁴ – refere-se ao poder do árbitro julgar sobre sua própria competência. Já o efeito negativo, diz respeito ao direito que os árbitros possuem de serem os primeiros a julgar sobre sua competência, “...sob controle posterior das jurisdições estatais”²⁸⁵.

GAILLARD conceitua o efeito negativo como sendo aquele que:

...proíbe às jurisdições estatais procuradas por uma parte do litígio, apesar da existência, ao menos *prima facie*, de uma convenção de arbitragem, de julgar sobre as contestações relativas à existência ou a validade desta antes que os árbitros, eles mesmos, tenham tido a ocasião de se pronunciar sobre tais questões²⁸⁶.

LEE e VALENÇA FILHO entendem que o efeito negativo é:

...o prolongamento do efeito negativo da convenção de arbitragem capaz de proibir o juiz estatal de decidir questões ligadas à existência ou aos limites do poder jurisdicional do árbitro ou, ainda, regular composição do tribunal arbitral. Enquanto o efeito negativo da convenção de arbitragem impede o juiz estatal de apreciar o mérito da questão objeto da convenção de arbitragem, o efeito negativo

²⁸² POUURET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 409.

²⁸³ CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 702 et. seq.

²⁸⁴ Tradução livre do original: “...effet qui est également attaché à la convention d’arbitrage...” (LINSMEAU, J., op. cit., p. 327).

²⁸⁵ Tradução livre do original: “...sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques”. (Ibid., p. 328).

²⁸⁶ Tradução livre do original: “...en interdisant aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l’existence, au moins *prima facie*, d’une convention d’arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l’existence ou la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n’aient eu l’occasion de se prononcer sur ces questions”. (GAILLARD, E. *L’Effet Négatif...*, op. cit., p. 390).

da competência-competência impede que se pronuncie sobre a regularidade dos poderes do árbitro²⁸⁷.

Conseqüentemente, a decisão do árbitro a respeito de sua competência “...só poderá ser controlada em recurso ou quando do reconhecimento da sentença”²⁸⁸. Se for intentada, entretanto, uma ação nas jurisdições ordinárias relativa ao mérito do litígio, esta não poderá, mesmo que indiretamente, ser julgada por este juiz estatal ordinário²⁸⁹.

No que se refere à Convenção de Nova Iorque de 1958 e à Lei Modelo da UNCITRAL, o entendimento é de que elas não são tão favoráveis ao efeito negativo, visto conferirem uma competência paralela ao juiz estatal.

De acordo com o art. II(3) da Convenção de Nova Iorque, em princípio, quando uma jurisdição estatal “...é instaurada em violação a uma convenção de arbitragem...²⁹⁰”, ela deve remeter a matéria à instância arbitral.

Contudo, o juiz estatal poderá julgar o litígio quando “...constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutibilidade ou insuscetibilidade de aplicação”²⁹¹.

Em razão dessa regra, a Convenção de Nova Iorque dá margem para que o juiz estatal profira *anti-suit injunctions* contra a arbitragem. Consoante assinala DÉRAINS, “efetivamente, para proferir uma *anti-suit injunction* antes ou durante a arbitragem, as jurisdições que se entregam a essas práticas invocam a nulidade ou a ineficácia da cláusula compromissória”²⁹².

²⁸⁷ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio. *MBV Commercial and Export Management Establishment C. Resil Indústria e Comércio Ltda.* In.: RBA. nº 3, jul-set. de 2004, p. 119.

²⁸⁸ Tradução livre do original: “...ne pourra être contrôlée que sur recours ou lors de la reconnaissance de la sentence...”. (POUDRET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 439).

²⁸⁹ Id.

²⁹⁰ Tradução livre do original: “...est saisie en violation d’une convention d’arbitrage...” (CLAVEL, S. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 670). Inclusive, segundo a mesma autora, “Certains systèmes juridiques admettent également que, lorsqu’une partie s’oppose à la saisine du tribunal arbitral, le litige puisse être soumis à un arbitrage unique, désigné par l’autre partie”. (Ibid., p. 671).

²⁹¹ Art. II(3). “O tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutibilidade ou insuscetibilidade de aplicação”.

²⁹² Tradução livre do original: “En effet, pour prononcer une *anti-suit injunction* avant ou pendant l’arbitrage, les juridictions qui se livrent à de telles pratiques invoquent la nullité ou l’inefficacité de la clause d’arbitrage”. (DERAINS, Y., op. cit., p. 112).

Tal disposição facilita igualmente a alegação da parte que pretende tornar a arbitragem inoperante e, assim, conseguir uma *anti-suit injunction*²⁹³.

Já o artigo 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL, prevê uma regra semelhante. Ou seja, diante de uma convenção de arbitragem, o juiz estatal deverá remeter as partes à arbitragem, salvo se entender que a convenção é “caduca, inoperante ou insuscetível de ser executada”²⁹⁴. Verifica-se, que os juízes, então, podem julgar sobre a validade da convenção de arbitragem²⁹⁵, não conferindo “...porém, nenhuma prioridade ao árbitro em caso de litispendência com um procedimento idêntico diante do juiz estatal”²⁹⁶.

LINSMEAU segue o mesmo entendimento ao afirmar que:

Tanto a Convenção de Nova Iorque de 1958 (art. II, § 3º) quanto a lei modelo da UNCITRAL (art. 8) permitem às jurisdições estatais de não respeitar o efeito negativo da convenção de arbitragem e de julgar sobre o mérito quando elas constatam que a convenção de arbitragem é “*caduca, inoperante ou não suscetível de ser executada [ou aplicada]*”²⁹⁷.

Já em relação à Convenção de Genebra de 1961, o art. VI(3) traz uma regra mais clara, completa e favorável à arbitragem²⁹⁸, consagrando por completo o efeito negativo da competência-competência. Isso ocorre porque o juiz, se verificar que um procedimento arbitral foi instaurado antes do judicial, deverá suspender a ação até a determinação da sentença arbitral²⁹⁹.

²⁹³ Id.

²⁹⁴ Tradução livre do original: Art. 8. “Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal. 1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée”.

²⁹⁵ DASSULE, Michel. *Le Contrôle de la Compétence Arbitrale par le Juge Anglais avant la Sentence*. In.: Rev.Arb. 2003, n° 1, p. 68; GAILLARD, E. *L'Effet Négatif...*, op. cit., p. 394-395. A respeito dos casos nos quais o art. 8.1 da Lei modelo da UNCITRAL é questionado v. ALVAREZ, H. C.; KAPLAN, N.; RIVKIN, D. W., op. cit., p. 55-137.

²⁹⁶ Tradução livre do original: “...toutefois aucune priorité à l'arbitre en cas de litispendence avec une procédure identique devant le juge étatique”. (POUDRET, J.-F.; BESSON, S., p. 412).

²⁹⁷ Tradução livre do original: “Tant la Convention de new York de 1958 (art. II, § 3) que la loi type de la CNUDCI (art. 8) permettent aux juridictions étatiques de ne pas respecter l'effet négatif de la convention d'arbitrage et de statuer sur le fond lorsqu'elles constatent que la convention d'arbitrage est ‘*caduque, inopérante, ou non susceptible d'être exécutée [ou appliquée]*’”. (LINSMEAU, J., op. cit., p. 326).

²⁹⁸ DERAIS, Y., loc. cit.

²⁹⁹ Art. VI. “(...) 3. Lorsque avant tout recours a un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage,

Efetivamente, ao se analisar a Convenção de Nova Iorque, a Convenção de Genebra e a Lei Modelo da UNCITRAL, existe a possibilidade das partes ingressarem na jurisdição estatal, mesmo quando existe uma cláusula compromissória. No entanto, tal ingresso não deveria significar a determinação de uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem. Ao contrário, o tribunal estatal poderia julgar sobre sua competência, mas a arbitragem continuaria. Ou seja, a demanda judicial não acarretaria na suspensão do Tribunal Arbitral³⁰⁰.

Esta é a regra, inclusive de algumas leis nacionais relativas à arbitragem³⁰¹. A França é o país onde o efeito negativo da competência-competência tem seu alcance mais eficaz. O art. 1458 do NCPC determina categoricamente que quando da existência de uma arbitragem, em virtude de uma convenção de arbitragem, o tribunal estatal chamado a julgar sobre o litígio deve se declarar incompetente, conquanto a arbitragem não ter sido instaurada (salvo convenção de arbitragem manifestamente nula)³⁰².

Na verdade, o NCPC francês não inovou com o art. 1458. Mesmo antes de sua promulgação, a França já reconhecia tal princípio. A Corte de Apelação de Paris, em 09 de março de 1972 entendeu que “como qualquer jurisdição, os árbitros são juízes de sua competência e que lhes cabe julgar sobre a existência ou a validade da cláusula compromissória”³⁰³.

O efeito negativo da competência-competência, todavia, varia de país para país.

Na Bélgica, por exemplo, o juiz, diante de uma convenção de arbitragem, deve se declarar incompetente, a não ser que entenda que a convenção não seja

surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale”.

³⁰⁰ É o que entendeu o Tribunal Arbitral em uma sentença CCI (JARVIN, S.; DERAIS, Y.; ARNALDEZ, Jean-Jacques. ICC arbitration n° 4862, op. cit., p. 317). Sobre este caso v. *infra* n° 2.4.2.1.

³⁰¹ É o caso das legislações do Reino Unido, art. 32(4) do *Arbitration Act*; da Suécia, art. 2° da lei de 1999 e da Alemanha (art. 1032(3) do ZPO).

³⁰² Art. 1458. “Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence”. Neste sentido v. GAILLARD, E. *L'Effet Négatif...*, op. cit., p. 392.

³⁰³ Tradução livre do original: “comme toute juridiction, les arbitres sont juges de leur compétence et qu'il leur appartient de statuer sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire”. (*Rev. Trim. Dr. Com.* 1972, p. 344, citado por GAILLARD, E., Id.).

válida³⁰⁴. Conclui-se, portanto, que o juiz tem o poder de fazer uma análise *prima facie* da convenção de arbitragem.

Na Suíça, embora o art. 186 da Lei Federal de Direito Internacional Privado estabeleça que “o tribunal arbitral julga sobre sua própria competência”³⁰⁵, o art. 7º, que diz respeito ao efeito negativo, determina algumas exceções a esta regra³⁰⁶, dando uma eficácia relativa a este princípio.

Em Portugal, o art. 21(4) da lei de Arbitragem Voluntária³⁰⁷ determina que “a decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa...”. Em uma primeira análise, verifica-se a ampla aceitação do efeito negativo da competência-competência no que se refere ao direito português.

Contudo, o art. 12(5) da mesma lei, que trata da nomeação de árbitros e determinação do objeto do litígio pelo tribunal judicial, estatui que “se a convenção de arbitragem for manifestamente nula, deve o tribunal declarar não haver lugar à designação de árbitros ou à determinação do objeto do litígio”, demonstrando, destarte, uma contradição na lei portuguesa. Isto é, ao mesmo tempo que consagra o efeito negativo, impõe limitações a esse mesmo efeito quando a arbitragem é instaurada por um tribunal judicial.

Já na Suécia, a limitação é ainda maior, ao determinar que embora os árbitros possam julgar sobre sua própria competência, isso não impede que a pedido de uma das partes, um tribunal estatal julgue sobre este ponto. A instância arbitral, contudo, não fica suspensa enquanto se julga a ação judicial, impedindo assim a determinação de *anti-suit injunctions* contra uma arbitragem, mesmo que a validade da cláusula ou a competência do árbitro seja contestada³⁰⁸.

³⁰⁴ Art. 1679. “Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin; l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense”.

³⁰⁵ Tradução livre do original: Art. 186. “Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence”.

³⁰⁶ Art. 7º. Convention d'arbitrage. “Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que: a. le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve; b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que c. le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage”.

³⁰⁷ Lei nº 31 de 29 de agosto de 1986.

³⁰⁸ O art. 2º da Lei sueca sobre arbitragem de 1999 determina que: “Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence pour trancher le litige. Cela ne fait pas obstacle à ce que, à la

No Reino Unido, o efeito negativo da competência-competência é parcial, ao se verificar que o juiz pode julgar sobre a competência do Tribunal Arbitral quando as condições “rigorosas”³⁰⁹ do art. 32³¹⁰ estiverem preenchidas.

Em contrapartida, ainda que exista uma demanda judicial contestando a validade da convenção de arbitragem, assim como no direito sueco, o art. 32(4) do *Arbitration Act* determina que a instância arbitral poderá continuar, não obstante a ação judicial, salvo acordo contrário entre as partes. Dessa forma, consegue-se impedir que o art. 32 do *Arbitration Act* seja utilizado de forma a atrasar o procedimento arbitral³¹¹.

Porém, quando existe uma exceção de arbitragem, o efeito negativo não tem validade. Segundo DASSULE, a interpretação jurisprudencial do art. 9º do *Arbitration Act*³¹² conclui que o juiz pode julgar sobre a competência do tribunal arbitral, sem levar a questão à arbitragem. Neste ponto, “...o direito inglês é fiel à

demande d'une partie, un tribunal étatique rend une décision sur ce point. Les arbitres peuvent poursuivre la procédure d'arbitrage en attendant la décision du tribunal”.

³⁰⁹ DASSULE, M., op. cit., p. 89. Sobre o Reino Unido v. também GAILLARD, E. *L'Effet Négatif...*, op. cit., p. 395-396.

³¹⁰ Art. 32. “Determination of preliminary point of jurisdiction. (1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. A party may lose the right to object (see section 73). (2) An application under this section shall not be considered unless: (a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or; (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied; (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, (ii) that the application was made without delay, and (iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court. (3) An application under this section, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court. (4) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending. (5) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met. (6) The decision of the court on the question of jurisdiction shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal. But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question involves a point of law which is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal”.

³¹¹ DASSULE, M., op. cit., p. 72.

³¹² Art. 9. “Stay of legal proceedings. (1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter. (2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures. (3) An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim. (4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed. (5) If the court refuses to stay the legal proceedings,

lei Modelo da UNCITRAL e contrasta com o direito francês que aplica o efeito negativo tanto ao juiz chamado a título principal quanto ao juiz chamado a julgar sobre o mérito do litígio”³¹³.

O art. 72 determina, ainda que quando uma parte for chamada a um procedimento arbitral, não entender fazer parte dele, poderá contestar a validade da convenção de arbitragem nos tribunais estatais, requerendo, inclusive, uma injunção³¹⁴. Isso apresenta um risco. Como assinala POUURET e BESSON:

Considerando as facilidades que lhes são dadas, pode-se temer que as partes que contestam a arbitragem optam frequentemente por esta via, arruinando, assim, o princípio da competência-competência, que constitui uma inovação em direito inglês³¹⁵.

Por esse motivo, os mesmo autores entendem que a Inglaterra está “...entre os Estados que não consagram o efeito negativo da competência-competência”³¹⁶.

Com relação à Alemanha, o legislador deste país praticamente adotou no novo texto de 1998 a Lei Modelo da UNCITRAL. Todavia, no artigo referente à competência do Tribunal Arbitral, ao invés de seguir a regra do art. 8(1) da Lei Modelo, a lei alemã inseriu mais um parágrafo, dando a possibilidade de uma ação judicial para a verificação da validade da cláusula compromissória. O artigo art. 1032 do ZPO determina que:

Art. 1032 – Convenção de arbitragem e ações diante de um tribunal.

any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings”.

³¹³ Tradução livre do original: “...le droit anglais est fidèle à la loi-type CNUDCI et contraste avec le droit français qui applique de l’effet négatif tant au juge saisi à titre principale qu’au juge saisi au fond du litige”. (DASSULE, M., op. cit., p. 89).

³¹⁴ Art. 72. “Saving for rights of person who takes no part in proceedings. (1) A person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question: (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, or (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement, by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief. (2) He also has the same right as a party to the arbitral proceedings to challenge an award: (a) by an application under section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction in relation to him, or (b) by an application under section 68 on the ground of serious irregularity (within the meaning of that section) affecting him; and section 70(2) (duty to exhaust arbitral procedures) does not apply in his case”.

³¹⁵ Tradução livre do original: “Compte tenu des facilités qui leur sont ainsi accordées, on peut craindre que les parties contestant l’arbitrage optent fréquemment pour cette voie, ruinant ainsi le principe de la compétence-competence, qui constitue une innovation en droit anglais”. (POURET, J.-F.; BESSON, S., op. cit., p. 435).

³¹⁶ Tradução livre do original: “...parmi les Etats qui ne consacrent pas l’effet négatif de la compétence-competence”. (Ibid., p. 451).

(1) (...)

(2) Antes da constituição do tribunal arbitral, o tribunal pode ser chamado a uma ação a fim de constatar a admissibilidade ou inadmissibilidade do regulamento do litígio por via de arbitragem³¹⁷;

Embora haja a possibilidade desta ação diante dos tribunais, no caso da arbitragem já estar instaurada, poderá não ficar suspensa em virtude da ação judicial – art. 1032(3)³¹⁸. É a mesma regra adotada pelas legislações sueca e inglesa.

A regra do art. 1032 refere-se à análise da validade da arbitragem antes de ser iniciada. Quando ela for instaurada, o art. 1040 deve ser aplicado, conferindo ao árbitro o direito de julgar sobre sua própria competência³¹⁹.

Já a jurisprudência italiana, utiliza o instituto da litispendência para aplicar o efeito negativo da competência-competência. Ou seja, se uma das partes já ingressou com o processo arbitral, o juiz estatal não pode mais se manifestar sobre sua validade³²⁰.

Verifica-se, portanto, que o efeito negativo da competência-competência é amplamente aceito na maioria dos países do globo que possuem uma lei de arbitragem moderna e onde a prática arbitral é bem desenvolvida. Nos países em que existe alguma limitação a este efeito, como é o caso da Inglaterra, Suécia e Alemanha, mesmo que o juiz estatal possua o poder de analisar a validade da cláusula compromissória, as legislações impedem, ao menos indiretamente, que sejam proferidas medidas antiprocesso, haja vista a continuação da arbitragem, mesmo quando da existência de uma ação judicial.

O reconhecimento do efeito negativo impede que *anti-suit injunctions* sejam proferidas contra a arbitragem, com o intuito de procrastinar e até mesmo impedir totalmente a continuação do processo arbitral. Por exemplo, se uma parte descontente com uma arbitragem ingressar na França requerendo a suspensão da

³¹⁷ Tradução livre: Art. 1032. “Convention d'arbitrage et actions devant un tribunal. (1) (...). (2) Avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage”.

³¹⁸ Art. 1032 “(...) (3) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée à l'alinéa 1 ou 2, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue”.

³¹⁹ Art. 1040 da ZPO. “Compétence du tribunal pour statuer sur sa propre compétence. (1) Le tribunal peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat”.

³²⁰ LEE, J. B.; VALENÇA FILHO, C., op. cit., p. 120.

arbitragem por razões de incompetência do árbitro, os tribunais franceses provavelmente se declararão incompetentes para julgar a matéria, em decorrência do art. 1458 do NCPC. Na verdade, não é somente em razão da aplicação da letra da lei que o juiz francês julgará em favor da arbitragem, mas também pelo motivo da forte tradição e confiança que os juízes franceses têm em relação a esse instituto.

O mesmo não ocorre em países onde a arbitragem não é tão desenvolvida e ainda é vista, muitas vezes, como uma afronta ao poder do juiz, conforme foi verificado nos casos submetidos às cortes do Paquistão. Nesses casos, o juiz estatal ignorou totalmente o efeito negativo da competência-competência e determinou a suspensão da arbitragem.

2.2.3. O direito brasileiro

Já com relação ao Brasil, o artigo 8º, parágrafo único da lei 9.307/96 determina que os árbitros têm o direito de decidir sobre sua própria competência, não limitando em nenhum momento o exercício desta prerrogativa, a não ser quando a decisão já for proferida. Como afirma LEE e VALENÇA FILHO, o Brasil “não permite, sequer, um exame *prima facie*. Essa é a intensidade do efeito negativo da competência-competência no direito brasileiro”³²¹.

Apesar de parecer que este princípio existe somente no papel, considerando as *anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem nos casos *COPEL* e *AES*³²², o judiciário brasileiro vem, sim, demonstrando certa maturidade no que diz respeito à arbitragem.

Em outros casos, o juiz brasileiro prestigiou a arbitragem, reconhecendo o efeito negativo da competência-competência e negando pedidos de *anti-suit injunction* contra a arbitragem.

É o que confirmou o acórdão no caso *MBV Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio Ltda*³²³. Nesse

³²¹ Ibid., p. 123.

³²² Que demonstraram total desinformação com relação aos institutos da arbitragem.

³²³ Este famoso caso suscitou a arguição de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira. Felizmente, em 12 de dezembro de 2001, tal incidente foi afastado, reconhecendo a constitucionalidade da lei. Sobre este caso v. LEE, J. B.; VALENÇA FILHO, C., op. cit., p. 113-124.

juízo, o Supremo Tribunal Federal deu mais força ao texto da lei ao estabelecer que “o efeito negativo da competência-competência impede que seja a jurisdição do árbitro questionada, perante o Judiciário antes de proferida a sentença”.

No caso *Celso Varga v. Câmara de Comércio Brasil-Canadá*³²⁴, mesmo a questão do efeito negativo da competência-competência não ter sido argüida expressamente, o efeito foi conseguido na prática. Além disso, tal julgamento é relevante, pois nele foi proferida uma *anti-suit injunction* determinando a suspensão do processo arbitral. Felizmente, a decisão final foi proferida a favor da arbitragem.

Nesse caso, o requerente ingressou com ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais compromissórias, com pedido de antecipação de tutela, para que fosse determinada a suspensão do procedimento arbitral. A injunção foi determinada e o réu, descontente com a antecipação de tutela, ingressou com Agravo de Instrumento diante do Tribunal de Justiça de São Paulo. Contudo, o agravo foi negado, por acórdão de 09 de maio de 2001 sob o entendimento de que “...na dúvida e à vista de fundamentos razoáveis, a tendência é decidir pela prevalência do monopólio estatal da prestação jurisdicional”³²⁵.

Aqui se verifica a negação total do efeito negativo da competência-competência. Ao contrário, reconhece o efeito positivo da competência do juiz estatal.

Ao final, a ação foi julgada improcedente. Insatisfeito com a decisão em primeiro grau, o autor ingressou com Apelação Cível. Já na apelação, os julgadores entenderam pela aceitação da arbitragem, e assim, o reconhecimento do efeito negativo ao negarem o julgamento da matéria, haja vista a existência de uma cláusula compromissória.

³²⁴ TJSP. AC nº 296.036-4/4. A respeito deste acórdão v. KROETZ, Tarcísio Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro; BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. *Notas sobre a Equivalência Funcional entre o Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória Cheia*. In.: RBA. nº 3, jul-set. de 2004, p. 125-133.

³²⁵ Des. Sousa Lima, AI nº 197.978-4/0.

O tribunal entendeu que “A arbitragem, portanto, já foi instituída, e a tentativa do autor de paralisar a solução da controvérsia revela inadmissível descumprimento de cláusulas contratuais por ele livremente aceitas...”³²⁶.

Outra decisão acertada no que se refere às *anti-suit injunctions* contra a arbitragem e o reconhecimento do efeito negativo da competência-competência no Brasil é o caso *CAOA v. Renault*³²⁷.

No caso em tela, Carlos Alberto Oliveira Andrade era o representante no Brasil da montadora francesa Renault até a instauração da Renault S/A brasileira. Quando desta modificação, as partes celebraram um protocolo em 27 de janeiro de 1996, a fim de preservar as relações jurídicas entre as partes e indenizar *CAOA*, se necessário. Para tanto, assinaram um instrumento particular de perícia contábil no qual a cláusula 3.6 previa que em caso de desacordo, o litígio seria resolvido consoante as regras da CCI ou de outra instituição que as partes escolhessem.

Escolhidos os peritos (Coopers & Lybrand e Arthur Andersen), estes se desentenderam. As partes, por sua vez, não entraram em acordo em relação à nova empresa de auditoria, o que fez Renault S/A ingressar com um pedido de arbitragem na Corte internacional de arbitragem da CCI.

Nova Iorque foi escolhida como sede do Tribunal Arbitral, o qual proferiu uma sentença parcial se declarando competente para julgar a matéria.

Descontente com a decisão, *CAOA* ingressou com pedido de anulação da sentença arbitral parcial na justiça brasileira, requerendo inclusive a determinação de uma *anti-suit injunctions* com a finalidade de suspender o processo arbitral³²⁸.

O juiz de primeira instância indeferiu o pedido de antecipação de tutela da requerente, a qual interpôs agravo de instrumento junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que também indeferiu o pedido sob os seguintes argumentos:

...a delibação que se permite à sentença estrangeira, (...), de acordo com os arts. 34 e 35 da Lei 9.307/96, é de competência absoluta do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

³²⁶ Des. Sousa Lima, AC nº 296.036-4/4 do TJSP. Vale ressaltar ainda, que em razão das tentativas dilatórias de tornar a arbitragem ineficaz, Celso Varga foi condenado ao pagamento de uma pesada multa.

³²⁷ TJSP, AI nº 124.217.4/0, de 16 de setembro de 1999. Para um comentário deste caso v. LEE, João Bosco. *O caso CAO A v. Renault*. In.: RBA. nº 3, jul-set. de 2004, p. 134-143; WALD, Arnold; SCHELLENBERG, P. *L'Efficacité de la Clause Compromissaire au Brésil*. In.: Rev.Arb. 2000, nº 3, p. 429.

³²⁸ TJSP, AI nº 285.411-4/0, de 12 de junho de 2003, p. 03.

(...)

É claro que por força da arbitragem no exterior, convencionada pelas partes, não se pode perante o Poder Judiciário brasileiro, discutir em juízo a respeito das demandas relacionadas com os negócios havidos entre as partes a ela sujeitas.

(...)

Em rigor, no que diz respeito ao compromisso arbitral, a matéria pertinente a sua existência, já foi objeto de discussão (...) E, conforme instrumento, reconheceu-se, posteriormente, a competência do Tribunal Arbitral constituído nos termos do Regulamento de Arbitragem da Corte de Arbitragem da CCI, atribuindo-lhe competência para conhecer e decidir no litígio³²⁹.

No que concerne à autonomia da convenção de arbitragem, o entendimento vem sendo o mesmo, ou seja, o reconhecimento deste princípio e a negação de *anti-suit injunctions* que pretendem feri-lo.

O direito brasileiro, inspirado na Lei Modelo, também reconhece a autonomia da convenção de arbitragem. O art. 8º determina que:

a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória³³⁰.

Não obstante tal regra, a parte reticente à arbitragem, inclusive no Brasil, faz a tentativa de afastá-la, requerendo a suspensão do procedimento arbitral em razão da pretensa nulidade do contrato³³¹. Todavia, como foi demonstrado no caso *Energética Rio Pedrinho S/A v. COPEL Distribuição S/A*, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao perceber o cunho procrastinatório por parte de *COPEL* em relação aos pedidos de suspensão do procedimento arbitral, reconheceu o princípio da autonomia da Convenção de Arbitragem e afastou a *anti-suit injunction*.

O referido caso diz respeito a uma arbitragem em trâmite na Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas na qual *Energética Rio Pedrinho* tenta receber de *COPEL* quantias referentes ao fornecimento de energia elétrica (contrato de compra e venda de energia elétrica). Nessa corte, discute-se, ainda a validade do contrato.

³²⁹ Ibid., p. 03-08.

³³⁰ Sobre o reconhecimento do princípio da autonomia da cláusula compromissória no Brasil v. LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 72.

³³¹ Como ocorreu no caso *Hubco*, *supra* nº 2.1.

Descontente com a arbitragem, *COPEL* ingressou com uma Ação Popular na 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, requerendo a suspensão da arbitragem por entender que a matéria era indisponível e o contrato era nulo, não sendo assim suscetível de ser arbitrável.

A injunção foi proferida, porém, em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Paraná, em 13 de abril de 2005, proferiu uma liminar negando tal injunção.

Primeiro, entendeu que conforme o art. 8º da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato e, assim sendo, a pretensa nulidade do contrato não afeta a cláusula compromissória.

Além disso, entendeu que uma sociedade de economia mista como a *COPEL*, dotada de personalidade jurídica de direito privado, pode se submeter a uma arbitragem quando esta se refere a interesses econômicos, segundo o caso em tela³³².

Inconformada com a decisão, *COPEL* ingressou, então com um Agravo Inominado contra a decisão do Tribunal. Nesse momento, o juiz relator demonstrou toda sua indignação com as tentativas de *COPEL* em acabar com a instância arbitral³³³:

As razões invocadas pela Agravante, com o devido respeito, não abalaram minha confiança e convencimento sobre o tema ora em comento. Observe-se que a *COPEL*, ao invocar a necessidade de paralisação do processo de arbitragem, ao argumento de que naquela seara não poderia ser discutida a validade do contrato, incorre em grave erro, consistente na tentativa, esta sim, por via oblíqua, de não pagar a energia que adquiriu. Tenta, de forma infantil, misturar diversos argumentos sem conseguir um efêmero liame em suas assertivas³³⁴.

E continua:

Por isso, afirmo que as alegações da *COPEL* não são maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise, impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei 9.307/96. Seria

³³² TJPR. Agravo de Instrumento nº 174.879-9. Origem: 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Relator Juiz Fernando César Zeni. 13 de abril de 2005.

³³³ TJPR. Acórdão nº 25477. 1ª Câmara Cível. Origem: Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02 Relator Juiz Fernando César Zeni. 10 de maio de 2005.

³³⁴ Acórdão nº 25477, p. 06.

muito conveniente eleger um árbitro, pagar por isso (com dinheiro público, frise-se) e depois, de maneira simplória, por meio de ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é indisponível (compra e venda?!?!?) e, portanto, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível³³⁵.

Portanto, nota-se que embora o judiciário brasileiro – especificamente o paranaense e gaúcho – tenha cometido deslizes no que se refere ao reconhecimento dos princípios basilares da arbitragem, a situação geral é positiva.

O recente julgamento do Tribunal de Justiça do Paraná, assim como as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo e do STF vêm reconhecendo a autonomia da cláusula compromissória e o poder dos árbitros julgarem sobre sua própria investidura. E, ao reconhecer os referidos princípios, conseqüentemente, acabam com a possibilidade das jurisdições estatais intervirem na arbitragem por meio de *anti-suit injunctions*.

Afinal, o Brasil é um país detentor de uma lei de arbitragem moderna, que reconhece os princípios da autonomia da vontade, do contraditório, da boa-fé e da ampla defesa e, por isso, merece estar ao lado dos Estados que vêem a arbitragem com tranqüilidade.

No entanto, os erros cometidos nos casos *COPEL* e *AES* devem ser banidos totalmente dos entendimentos das cortes e evitados, para que a arbitragem no Brasil ingresse realmente no século XXI. Afinal, o reconhecimento dos princípios da arbitragem, notadamente o efeito negativo da competência-competência, “...constitui hoje, sem dúvida, um dos indicadores essenciais da confiança real que as diferentes ordens jurídicas dão à arbitragem”³³⁶.

Outro problema que pode ocorrer no que diz respeito às *anti-suit injunctions* se refere à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, notadamente à aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958 (2.3.).

³³⁵ Ibid., p. 10.

³³⁶ Tradução livre do original: “...constitue sans doute aujourd’hui l’un des indicateurs essentiels de la confiance réelle que les différents ordres juridiques font à l’arbitrage”. (GAILLARD, E. *L’Effet Négatif...*, op. cit., p. 402).

2.3. O problema das *anti-suit injunctions* no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958

A Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras³³⁷ tem como objetivo principal, a livre circulação de sentenças arbitrais entre os países do globo, acabando, assim, com a antiga figura do duplo *exequatur*, que tornava necessária a homologação da sentença arbitral primeiramente no país onde ela foi proferida para então ser reconhecida em outros países.

Eis que nos dias atuais, vem ocorrendo um fenômeno novo, não previsto pelos legisladores da referida convenção. Uma parte de uma arbitragem ingressa na jurisdição de um Estado, requerendo o reconhecimento e a execução da sentença arbitral. Em contrapartida, a parte que não quer ver a sentença executada, e que já está requerendo ou já conseguiu a anulação desta sentença arbitral em seu país de origem, requer às cortes de seu Estado para que estas profiram uma *anti-suit injunctions* proibindo a continuação da execução.

Efetivamente, existe uma maneira da *anti-suit injunction* ser afastada. Basta a aplicação da Convenção de Nova Iorque, afastando-se assim a prolação de infinitas injunções pelas cortes interessadas em reconhecer ou não a sentença³³⁸. Entretanto, para se entender como isto é possível, necessário se faz uma rápida análise da possibilidade de se reconhecer uma sentença arbitral anulada em seu país de origem.

O caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. República Árabe do Egito*³³⁹, assim como muitos outros³⁴⁰, demonstra tal possibilidade. Este julgamento, em particular, diz respeito a uma arbitragem UNCITRAL com sede na cidade do Cairo. A sentença arbitral condenou a República do Egito a pagar uma indenização de mais de 16 milhões de dólares à *Chromalloy*, empresa norte-americana.

Em 1995, o Governo do Egito ingressou com um pedido de anulação da sentença arbitral diante da Corte de Apelação do Cairo, que anulou a referida

³³⁷ Ratificada por 135 países.

³³⁸ São as *anti-anti-suit injunctions*. Sobre elas v. *infra* nº 2.4.1.

³³⁹ Sobre o caso *Chromalloy v. VALENÇA FILHO*, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. In.: Biblioteca de Direito Internacional. vol. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 174-177.

³⁴⁰ *Norsolor v. Palbak Ticaret, OTV v. Hilmarton e Radeska v. Kajo*. (Ibid., p. 169 et seq.).

sentença. Contudo, *Chromalloy* ingressou com um pedido de homologação da sentença nas cortes francesas e norte-americanas.

Na França, a Corte de Apelação de Paris decidiu, em aplicação do art. VII(1) da Convenção de Nova Iorque³⁴¹, que como o direito francês era mais favorável ao reconhecimento da sentença, deveria se sobrepor ao art. V(1) e³⁴² da mesma Convenção que determina o não reconhecimento da sentença arbitral quando ela foi anulada em seu país de origem.

Já nos EUA, a Corte Distrital de Colúmbia reconheceu a sentença ao entender que o art. V(1) da Convenção de Nova Iorque é uma regra discricionária, destarte o juiz *poderá* e não *deverá* não reconhecer a sentença arbitral nas hipóteses enumeradas pela Convenção³⁴³.

Hoje, já é constatada, então, a possibilidade de se reconhecer uma sentença arbitral anulada em seu país de origem, pelos motivos de uma sentença arbitral ser desnacionalizada, ou seja, não possuir nenhuma ligação com o local onde foi proferida. Como afirma VALENÇA FILHO, “Fruto da atividade jurisdicional privada, a sentença arbitral não se encontra vinculada ao ordenamento jurídico de um determinado Estado”³⁴⁴.

Nesse contexto de possibilidade de reconhecimento de uma sentença arbitral anulada no país de origem, é que se analisarão os casos *The Western Company*³⁴⁵

³⁴¹ Art. VII. “1 – As disposições da presente Convenção não prejudicam a validade dos acordos multilaterais ou bilaterais celebrados pelos Estados Contratantes em matéria de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais, nem prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das Partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada”.

³⁴² Art. V. “1 – O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: (...); e) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida”.

³⁴³ O texto em inglês concede este poder discricionário ao juiz ao determinar que “Art. V,1. Recognition and enforcement of the award *may be refused*, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...) (Grifo Nosso).

³⁴⁴ VALENÇA FILHO, C. de M., op. cit., p. 168.

³⁴⁵ *The Western Company of North America (US) v. Oil and Natural Gas Commission (ONGC)*, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XIII (1988), p. 05-23; PATHAK, R. S. *When and Where do National Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration?* In.: *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Congress series n° 8. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 182-183.

e *Pertamina*³⁴⁶. Coincidentemente ou não, em ambos os casos, empresas Estatais estavam envolvidas na arbitragem e se colocaram contra a execução, ao requererem às suas cortes, a determinação de *anti-suit injunctions* contra a execução da sentença arbitral.

O primeiro, diz respeito ao reconhecimento de uma sentença arbitral proferida em Londres referente a um litígio entre a companhia norte-americana do estado de Delaware (*The Western Company of North America – Western*) e a *Oil and Natural Gas Commission (ONGC)*, sociedade estatal indiana. As partes celebraram em 27 de abril de 1982, um contrato de prestação de serviços de perfuração de óleo e gás pela empresa norte-americana. No referido contrato existia uma cláusula compromissória que previa, em caso de litígio, uma arbitragem em Londres, de acordo com o *Arbitration Act* da Índia de 1940³⁴⁷. Em tese, o serviço de perfuração deveria durar 24 meses (até 17 de julho de 1984), todavia, o prazo não foi cumprido. Nesse período, o preço das horas perfuradas caiu no mercado internacional. As partes, dessa forma, negociaram um novo preço para os 24 meses acordados. A perfuração terminou em 2 de dezembro de 1984.

Western iniciou uma arbitragem requerendo o pagamento das horas de perfuração entre o período de 17 de julho e 2 de dezembro de 1984. Na arbitragem, o Tribunal Arbitral negou o pedido de *ONGC* de aplicação do *special case* do art. 13(b) do *Arbitration Act* indiano de 1940³⁴⁸. Em 28 de novembro de 1985, foi proferida a sentença arbitral condenado *ONGC* ao pagamento das horas restantes.

Em 20 de janeiro de 1986, *ONGC* ingressou na Corte de Bombaim com um pedido de anulação da sentença arbitral, em vista da não aplicação do *special case*.

³⁴⁶ A respeito do caso *KBC v. Pertamina v. GAILLARD*, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1108; Id., *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 54-55; Id., *KBC v. Pertamina: Landmark Decision on Anti-suit injunctions*. In.: NYLJ. Thursday, October 2, 2003, p. 3; 8; Id., *The Misuse of Anti-Suit Injunctions*. In.: NYLJ. Thursday, August 1, 2002, p. 3; 7. DERAIS, Y., op. cit., p. 105-113; *Mealey’s Int’l. Arb. Rep.*, p. 01-37; LEW, Julian D. M., op. cit., p. 36-37.

³⁴⁷ Em 1996, o *Arbitration Act* de 1940 foi revogado pelo novo *Arbitration Act*.

³⁴⁸ Sect. 13(b): “The arbitrators or umpire shall, unless a different intention is expressed in the agreement, have power to: (a) (...); (b) state a special case for the opinion of the Court on any question of law invoked, or state the award, wholly or in part, in the form of a special case of such for the opinion of the Court”. O *Arbitration Act* da Índia é aplicado para arbitragens domésticas, já o *Arbitration Act* de 1960 regulamenta a Convenção de Nova Iorque na Índia.

No mesmo período, *Western* ingressou com pedido de reconhecimento da sentença arbitral na Corte Distrital de Nova Iorque, EUA³⁴⁹.

Em resposta a este pedido, em 20 de janeiro de 1986, *ONGC* obteve uma *anti-suit injunction* da Corte de Bombaim proibindo que *Western* reconhecesse a sentença em qualquer país antes que a anulação em Bombaim fosse decidida.

Porém, depois de ouvir as partes, a Corte de Bombaim revogou a decisão em 3 de abril de 1986, ao entender que *Western* estava livre para reconhecer a sentença nos EUA e por esse motivo, não seria apropriado proferir uma injunção proibindo-a de reconhecer a sentença. Ademais, entendeu que o processo nos EUA estava em conformidade com os princípios da Convenção de Nova Iorque de 1958 e que não era nem opressivo, nem vexatório³⁵⁰.

No entanto, tal decisão foi reformada pela Suprema Corte da Índia em 16 de janeiro de 1987, restabelecendo a injunção anterior³⁵¹. A Suprema Corte entendeu que a arbitragem colocada diante das partes era uma arbitragem nacional, haja vista a aplicação do *Arbitration Act* de 1940, previsto pela cláusula compromissória. Por esse motivo, a Convenção de Nova Iorque não poderia ser aplicada ao caso³⁵².

Ademais, como, segundo o *Arbitration Act*, a sentença doméstica deve passar primeiramente por um controle estatal para depois ser executável³⁵³, a

³⁴⁹ A Índia ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958 em 13 de julho de 1960 e os Estados Unidos ratificaram em 30 de setembro de 1970. Fonte: www.uncitral.org

³⁵⁰ *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XIII (1988), p. 478.

³⁵¹ Este não foi o primeiro caso em que uma *anti-suit injunction* foi proferida pela Corte Suprema da Índia. No caso *V/O Tractoroexport, Moscow v. M/s. Tarapore & Company and Anr*, tal injunção já havia sido proferida. (Supreme Court, January 1971, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. I (1976), p. 188).

³⁵² “The provisions of the said Act [Convenção de Nova Iorque] would be attracted only if a foreign award is sought to be enforced in an Indian court. We are not concerned with such a situation. The award which is the subject matter of controversy in the present case is admittedly a domestic award for the purposes of the Indian courts, governed by the provisions of the Indian Arbitration Act 1940. When the *Western Company* seeks to enforce the award in question in the US court they do so on the premise that it is a foreign award in the US court. (...) We are therefore not at all concerned with the provisions of the said Act”. (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XIII (1988), p. 477).

³⁵³ Os arts. 14 e 17 do *Arbitration Act* de 1940 determinam que:

Art. 14. “(1) (...). (2) The arbitrators or Umpire shall, at the request of any party of the arbitration agreement or any person claiming under such party or if so directed by the Court and upon payment of the fees and charges due in respect of the arbitration and award and of the costs and charges of filing the award, cause the award or a signed copy of it, together with any depositions and documents which may have been taken and proved before them, to be filed in Court, and the Court shall thereupon give notice to the parties of the filing of the award”.

Art. 17. “Where the Court sees no cause to remit the award or any of the matters referred to arbitration for reconsideration or to set aside the award, the Court shall, after the time for making

Corte Suprema entendeu que ela possuía competência exclusiva para se pronunciar sobre a validade e execução da sentença e que o processo norte-americano não poderia continuar, pois ainda não havia passado pelo crivo indiano³⁵⁴.

Ainda em relação à Convenção de Nova Iorque, a Corte Suprema indiana entendeu que mesmo a Convenção sendo aplicável à causa, o processo norte-americano estaria contra ela, haja vista o estatuído no artigo V(1) e da Convenção, o qual afirma que a sentença será recusada quando não se tornou obrigatória para as partes³⁵⁵. O Tribunal indiano entendeu que como a sentença ainda não tinha sido reconhecida no seu país de origem, ela não poderia ser reconhecida no exterior³⁵⁶.

Finalmente, a Corte Suprema proferiu a injunção sob a condição que *ONGC* pagasse os dias devidos de perfuração.

Ora, assim como no caso *Chromalloy*, o fato de a sentença ter sido anulada em uma jurisdição, não impede que seja executada em outra. É o que na verdade, os tribunais norte-americanos fizeram, ao aplicar a Convenção de Nova Iorque e ignorar a injunção indiana.

Contudo, não foi esta a atitude de um tribunal dos EUA no caso *Pertamina*. Neste julgamento, somente após uma interminável batalha de *anti-suit injunctions* de ambas as partes, a Corte de Apelação do 5º Distrito deu fim ao problema, com a simples aplicação da Convenção de Nova Iorque. Porém, após tal constatação, muito tempo e dinheiro já haviam sido gastos.

Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gás Bumi Negara (Pertamina) – sociedade do governo da Indonésia no ramo de óleo, gás e energia e *Karaha*

an application to set aside the award has expired, or such application having been made, after refusing it, proceed to pronounce judgment according to the award, and upon the judgment so pronounced a decree shall follow and no appeal shall lie from such decree except on the ground that is in excess of, or not otherwise in accordance with, the award”.

³⁵⁴ “Under the Indian Law, having regard to the scheme of the Arbitration Act 1940, an arbitral award as such is not enforceable or executable. It is only after the award is filed in the Indian court and is made a rule of the court by virtue of a judgment and decree in terms of the award that life in the sense of enforceability is infused in the lifeless award”. (*Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XIII (1988), p. 479).

³⁵⁵ Art. V. “1 – O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: (...); e) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida”.

³⁵⁶ *Yearbook Comm. Arb’n*, vol. XIII (1988), p. 485-487.

Bodas Company (KBC) – empresa privada das Ilhas Caimã que constrói e opera geração de energia elétrica, celebraram em novembro de 1994, dois contratos para desenvolver o projeto *Karaha-Bodas Geothermal Project*. O referido projeto tinha como objetivo a construção de uma central geotérmica, em Java, na Indonésia.

Em 1997, com a crise financeira na Ásia, a economia indonésia sofreu sérios problemas, o que acarretou uma breve suspensão dos contratos. Em janeiro de 1998, com o objetivo de estabilizar a economia, o presidente da Indonésia assinou um decreto, suspendendo o projeto por período ilimitado. Diante disto, *KBC* encerrou o contrato por motivos de força maior.

Ambos os contratos possuíam cláusulas compromissórias que determinavam que em caso de disputa, esta seria resolvida por arbitragem, com sede na Suíça, sob as regras da UNCITRAL.

Em abril de 1998, *KBC* ingressou com pedido de arbitragem na Suíça, alegando inadimplemento de ambos os contratos por parte de *Pertamina*.

Pertamina, por sua vez, contestou o pedido em vários aspectos, inclusive com relação à composição do Tribunal Arbitral, pedido que não foi aceito. Em dezembro de 2000, foi proferida a sentença arbitral condenando *Pertamina* a pagar uma indenização por inadimplemento contratual no valor de 260 milhões de dólares.

Em fevereiro de 2001, *Pertamina* ingressou com pedido de anulação da sentença arbitral diante da Suprema Corte suíça, que foi rejeitado em abril de 2001.

Na mesma época, *KBC* requereu nos EUA o *exequatur* da referida decisão. Na contestação, *Pertamina* alegou, referindo-se à Convenção de Nova Iorque³⁵⁷, que “...a constituição do Tribunal Arbitral [e] o processo de arbitragem não estavam em conformidade com a convenção das Partes...”³⁵⁸ (i); que *Pertamina*

³⁵⁷ A Indonésia ratificou a Convenção de Nova Iorque em 07 de outubro de 1981. As Ilhas Caiman são uma colônia britânica (O Reino Unido ratificou a convenção em 24 de setembro de 1975).

³⁵⁸ Art. V(1) d da Convenção de Nova Iorque. “1. O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: (...) d) De que a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das Partes ou, na falta de tal convenção, de que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem;”.

havia sido impedida de contestar a causa³⁵⁹ (ii); que a sentença arbitral feria a ordem pública dos Estados Unidos³⁶⁰ (iii).

Em janeiro de 2002, o *exequatur* foi aceito na 1ª instância nos EUA e registrado em Nova Iorque, Delaware e na Califórnia. *KBC* também requereu homologação em Hong Kong³⁶¹, no Canadá e em Cingapura.

Em março de 2002, *Pertamina*, então, ingressou na Indonésia com pedido de anulação da sentença arbitral e requereu que fosse proferida uma *anti-suit injunction* impedindo que *KBC* continuasse a execução da sentença nos Estados Unidos, sob pena de multa. Vale ressaltar que embora a sentença arbitral tenha sido proferida na Suíça, a Indonésia se considerava competente, pois a cláusula compromissória era regida pelo direito indonésio³⁶².

KBC, por sua vez, requereu ao juiz de primeira instância nos Estados Unidos que proferisse igualmente uma medida, ordenando *Pertamina* a retirar seu pedido na Indonésia. A parte indonésia novamente conseguiu uma medida impedindo *KBC* de continuar a execução nos Estados Unidos, sob pena de *astreinte*³⁶³. O juiz norte-americano reafirmou sua medida, determinando um *contempt of court*, condenando *Pertamina* a indenizar *KBC* no caso de esta ter que pagar qualquer multa na Indonésia.

Pertamina ingressou, assim, com um recurso contra a decisão do juiz norte-americano na Corte de Apelação do 5º Distrito, alegando incompetência do magistrado e abuso do poder discricionário.

³⁵⁹ Ar. V(1) *b* da Convenção de Nova Iorque. “1. O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: (...) b) De que a Parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação”.

³⁶⁰ Art. V(2) *b* da Convenção de Nova Iorque de 1958. “2. Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar: (...) b) Que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país”.

³⁶¹ A sentença foi reconhecida em Hong Kong em 20 de dezembro de 2002 e 27 de março de 2003. (*Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXVIII (2003), p. 752-789).

³⁶² Segundo o regime da Convenção de Nova Iorque, existem Estados que possuem uma competência primária em relação a uma sentença e outros que possuem uma competência secundária. Os que possuem a competência primária são aqueles da sede da arbitragem e também aqueles cuja lei foi aplicada à sentença arbitral (art. V(1) *e* da Convenção). Já os que possuem uma competência secundária são todos os outros estados membros da convenção que podem reconhecer as sentenças arbitrais.

³⁶³ Multa de quinhentos mil dólares por dia de descumprimento da medida.

Enquanto se desenvolvia o recurso na Corte de Apelação norte-americana, a Corte de Jacarta entendeu possuir jurisdição em relação à Convenção de Nova Iorque e anulou a sentença arbitral, por descumprimento desta Convenção e da lei de arbitragem da Indonésia.

Nos EUA, a Corte de Apelação do 5º Distrito entendeu que era competente para proferir *anti-suit injunctions*, a não ser que houvesse alguma disposição expressa ao contrário. Todavia, acabou por anular tanto a *anti-suit injunction* quando a *contempt of court* sob vários argumentos:

a) *KBC* não teria nenhum prejuízo com as multas determinadas na Indonésia, já que não possuía nenhum bem neste país tornando, portanto, a multa inexecutável³⁶⁴;

b) A anulação da sentença na Indonésia em nada afetava a competência das cortes norte-americanas em executar a sentença nos Estados Unidos. Na verdade, “...a principal tarefa de uma corte dos EUA em relação à Convenção [de Nova Iorque]³⁶⁵” era reconhecer a sentença arbitral, como aconteceu no caso *Chromalloy*³⁶⁶. Ou seja, existindo ou não as injunções contra *Pertamina*, a sentença seria reconhecida;

c) O princípio do *comity* deveria ser aplicado neste caso, evitando a interferência em processos judiciais de outros países³⁶⁷.

Em resumo, especificamente no que diz respeito ao caso *Pertamina*, a solução da Corte de Apelação norte-americana é acertada. Primeiramente, porque conseguiu acabar com a determinação de várias injunções desnecessárias; e em segundo lugar, por afirmar que por ser possível reconhecer uma sentença arbitral estrangeira anulada em seu país de origem, não havia nenhuma razão para *KBC*

³⁶⁴ *KBC v. PERTAMINA*, *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, p. 22; DERAIS, Y., op. cit., p. 108.

³⁶⁵ Tradução livre do original: “...the principal task of a U.S. court under the Convention”. (*KBC v. PERTAMINA*, *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, op. cit., p. 21).

³⁶⁶ “Dans le système de la Convention [de New York], une juridiction conserve la faculté de déclarer exécutoire une sentence arbitrale même lorsqu’une procédure en annulation est intentée dans l’Etat dans lequel la sentence est rendue. De plus, les juridictions américaines et les juridictions d’autres Etats ont déclaré exécutoires des sentences ou permis leur exécution en dépit de leur annulation par les juridictions d’Etats ayant une compétence ‘primaire’ à cet effet”. (p. 367 do acórdão, citado por GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1112-1113).

³⁶⁷ Como afirma DERAIS, “...le principe de courtoisie internationale s’opposait en l’espèce au prononcé d’une ‘anti-suit injunction’ qui viole la souveraineté de l’État indonésien en interdisant à ses juridictions de déterminer leur propre compétence et d’adopter les mesures que’elles croient appropriées”. (op. cit., p. 108). Todavia, sabe-se que, quando a injunção é

insistir em dar continuidade às *anti-suit injunctions*, visto que estas não fariam nenhuma diferença no final³⁶⁸. Inclusive, a sentença arbitral já havia sido reconhecida em outros países. Ora, bastava executá-la.

A decisão da Corte de Apelação fez com que a *anti-suit injunction* contra a execução de uma sentença arbitral perdesse toda a sua razão de ser. Felizmente para a arbitragem.

É por esse motivo, inclusive que GAILLARD entende que o reconhecimento das sentenças arbitrais anuladas no país de origem pode ser uma “...contrapartida necessária para a autolimitação em matéria de *anti-suit injunctions*”³⁶⁹.

No entanto, DERAIS entende que apesar de, no caso *Pertamina* a solução encontrada pela corte tenha dado certo, em outros casos, a saída pode não ser tão simples. Por exemplo, se *KBC* possuísse algum bem na Indonésia, sua situação teria sido “...menos confortável...”³⁷⁰.

Este autor vai ainda mais longe, ao entender que não basta a aplicação da Convenção de Nova Iorque e a indiferença em relação à corte que proferiu a injunção para dar fim ao “...irritante problema das *anti-suit injunctions* em matéria de arbitragem internacional...”³⁷¹.

O problema, na verdade não são as *anti-suit injunctions* em si, mas a interpretação do artigo V(1) e da Convenção de Nova Iorque de 1958. A solução seria a adaptação do texto da Convenção.

Para ele, quando de uma eventual revisão da convenção, esta alínea deveria ser suprimida: “Sua supressão seria evidentemente desejável, de um ponto de vista geral, pois é vergonhoso que a anulação de uma sentença no lugar da arbitragem, por qualquer motivo que seja, se imponha a todos os Estados signatários da Convenção...”³⁷²

proferida em favor da arbitragem, muitas vezes este princípio de ‘cortesia’ é afastado. Neste sentido v. *supra*, p. 09.

³⁶⁸ GAILLARD, E. *Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 61.

³⁶⁹ Tradução livre do original: “...contrepartie necessaire de l’auto-limitation en matière d’*anti-suit injunctions*”. (Id., *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1111).

³⁷⁰ Tradução livre do original: “...moins confortable...”. (DERAIS, Y., op. cit., p. 109).

³⁷¹ Tradução livre do original: “...l’irritant problème des “*anti-suit-injunctions*” en matière d’arbitrage international...”. (Id.).

³⁷² Tradução livre do original: “Sa suppression serait évidemment souhaitable, d’un point de vue général, car il est fâcheux que l’annulation d’une sentence au lieu de l’arbitrage, pour quelque motif que ce soit, s’impose à tous les Etats signataires de la Convention...”. (Ibid., p. 110-111).

O texto poderia, então, ser modificado a fim de proibir que *anti-suit injunctions* fossem proferidas com o objetivo de barrar procedimentos de *exequatur* em outros países. A solução dada por DERAINS é a seguinte:

...bastaria acrescentar uma disposição a seu artigo V, sob forma de um parágrafo 3, indicando que a introdução de uma demanda de *exequatur* em um Estado signatário ou, eventualmente, sua rejeição, não proíbe a esta parte de procurar o *exequatur* da sentença em um outro Estado nem à autoridade competente de um outro Estado de proferi-la³⁷³.

E finaliza, afirmando que a arbitragem mudou muito “...desde 1958 e novas bactérias vieram debilitá-la. Deve-se, logo, reforçar os remédios existentes”³⁷⁴. Talvez seja essa realmente a solução para o problema das *anti-suit injunctions*, ao menos no que diz respeito à execução da sentença arbitral. O problema é que a maioria dessas injunções, como já analisado, é proferida quando a arbitragem ainda está em curso, o que debilita ainda mais o instituto.

2.4. Efeitos

Diante de uma *anti-suit injunction* proferida contra a arbitragem, qual seria a atitude tomada pelos árbitros? Isto é, “o que um árbitro internacional faz quando a corte diz PARE?”³⁷⁵. E os juízes, o que devem fazer quando se deparam com tais situações?

A atitude comum dos árbitros vem sendo no sentido de continuar a arbitragem, mostrando-se indiferentes às determinações de suspensão do processo arbitral. Tal comportamento, entretanto, acarretam em resultados distintos, dependendo se a *anti-suit injunction* é proferida pelo juiz da sede da arbitragem ou por um juiz terceiro (2.4.2).

No que tange aos juízes estatais, quando estes se deparam com manobras dilatórias tais como injunções contra a arbitragem proferidas por uma corte

³⁷³ Tradução livre do original: “...il suffirait d’ajouter une disposition à son article V, sous forme d’un paragraphe 3, indiquant que l’introduction d’une demande d’exequatur dans un Etat signataire ou, éventuellement, son rejet, n’interdit pas à cette partie de rechercher l’exequatur de la sentence dans un autre Etat ni à l’autorité compétente d’un autre Etat de le prononcer”. (Ibid., p. 111).

³⁷⁴ Tradução livre do original: “...depuis 1958 et de nouvelles bactéries sont venues l’affaiblir. Il faut donc renforcer les remèdes existants”. (Ibid., p. 113).

estrangeira, a questão é a seguinte: devem eles “...reagir por meio de medidas da mesma natureza...³⁷⁶”? Ou devem reconhecer primeiro a autonomia da arbitragem em detrimento da decisão da corte estrangeira para, após a sentença arbitral, deixar que cada jurisdição se pronuncie sobre a sentença arbitral³⁷⁷?

Ainda que, a segunda alternativa pareça mais correta, uma vez que simplesmente reconhece os princípios da arbitragem sem criar uma batalha entre jurisdições, as cortes estatais, quando defrontadas com situações de *anti-suit injunctions* contra a arbitragem, vêm adotando a primeira hipótese, qual seja, a determinação de medidas da mesma natureza como forma de dar efetividade ao processo arbitral – as *anti-anti-suit injunctions* (2.4.1).

2.4.1. As *anti-anti-suit injunctions*³⁷⁸

A *anti-anti-suit injunction* é um fenômeno novo, utilizado com o objetivo de suspender uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem. Ou seja, verificada uma medida antiprocessos contra a arbitragem proferida por um Estado determinado, outro Estado – que também entende ser competente para dirimir questões relativas ao litígio – profere uma *anti-anti-suit injunction*, proibindo a proibição.

³⁷⁵ Tradução livre do original: “What does an international arbitrator do when a court says STOP?” (PAULSSON, J., op. cit., p. 113).

³⁷⁶ Tradução livre do original: “...de réagir par des mesures de même nature...”. (GAILLARD, E. *Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 51).

³⁷⁷ Id.

³⁷⁸ As *anti-anti-suit injunctions* não são somente proferidas quando uma arbitragem está em jogo. No caso *Sabah Shipyard (Pakistan) Ltd v. Islamic Republic of Pakistan and other* ([2002] 2 *Lloyd's Rep.*, p. 571-583), a Corte de Apelação inglesa proferiu uma *anti-anti-suit injunction* com fins de suspender uma injunção determinada pelas jurisdições paquistanesas. Estas haviam proferido uma ordem proibindo o *Sabah* de recorrer às jurisdições inglesas. Todavia, no contrato de garantia celebrado entre as partes, existia uma cláusula atributiva de jurisdição, prevendo que em caso de litígio, as cortes inglesas seriam competentes. Diante disto, verificando a violação contratual, a Corte de Apelação inglesa determinou que os procedimentos no Paquistão deveriam ser suspensos. No que diz respeito ao direito norte-americano, o caso *Motorola Credit Corporation (MCC) e Nokia Corporation (EUA) v. Kemal Uzan, et. Al. (Turquia)* (07 de janeiro de 2003, United States District Court for the Southern District of New York. www.nysd.uscourts.gov/rulings/02cv666_073103.pdf), demonstra igualmente a possibilidade de *anti-anti-suit injunctions* mesmo quando uma arbitragem não está em jogo. Neste caso, a parte turca conseguiu uma injunção contra *Motorola* determinando a suspensão dos processos diante da Corte norte-americana e cancelando a injunção proferida por esta. Por sua vez, as demandantes conseguiram outra ordem na Corte Distrital que proferiu uma *anti-anti-suit injunction* determinando que a demandada tomasse as medidas necessárias para dissolver a *anti-suit injunction* turca e não impetrassem mais quaisquer medidas similares. Em 31 de julho de 2003, finalmente a família *Uzan* foi condenada ao pagamento de mais de 4 bilhões de dólares às demandantes, sendo igualmente obrigada a dar todos os passos necessários para dissolver as injunções e ações acessórias nas jurisdições turcas.

Tal solução também vem sendo tomada por árbitros, quando verificam a determinação de *anti-suit injunctions* contra o procedimento arbitral que se desenvolve.

No que se refere ao juiz estatal, esta atitude ocorre notadamente nos países onde as *anti-suit injunctions* já são uma prática (países de *common law*). Nestes ordenamentos jurídicos, quando uma jurisdição estrangeira proíbe que as partes continuem com a arbitragem, suas cortes proferem uma medida com a mesma força e coercitividade³⁷⁹, cada Estado tentando atrair para si a sua “...concepção justa de arbitragem internacional”³⁸⁰.

Ainda, como afirma ARROYO:

Si mediante las primeras en una jurisdicción se prohíbe a las partes (y, por lo tanto, a los árbitros) llevar adelante un procedimiento arbitral, las segundas se concretan en la prohibición, adoptada en otra jurisdicción, a las mismas partes de invocar la primera prohibición para impedir el desarrollo del arbitraje³⁸¹.

É o que ocorreu no caso *Pertamina*³⁸². Diante da injunção por parte das cortes indonésias que proibia a continuação da execução da sentença arbitral nos EUA, o tribunal distrital norte-americano proferiu uma *anti-anti-suit injunction* determinando que *Pertamina* renunciasse à injunção na Indonésia. A corte da Indonésia, por sua vez proferiu uma *anti-anti-anti-suit injunction* determinando a suspensão do processo diante das cortes norte-americanas e em resposta, estas proferiram uma *anti-anti-anti-anti-suit injunction* contra *Pertamina*.

O fenômeno das *anti-anti-suit injunctions* não ocorre, todavia, somente nos países de *common law*. No Brasil, tal medida também foi proferida no caso *COPEL*.

³⁷⁹ GAILLARD, E. *Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 55-56.

³⁸⁰ Tradução livre do original: “...conception juste de l’arbitrage international”. (Id., *L’Interférence des Juridictions du Siège dans le Déroulement de l’Arbitrage*. In.: Mélanges Offerts à Claude Reymond. “Liber Amicorum” Claude Reymond. Auteur de l’arbitrage. Paris: Litec, 2004, p. 85).

³⁸¹ ARROYO, D. P. F., op. cit., p. 109. O mesmo autor continua: “Básicamente, lo que se busca con la invocación de estas medidas es aprovechar la tendencia de los tribunales a considerar que las concepciones vigentes en su Estado respecto al arbitraje comercial internacional y, en particular, acerca de la validez o nulidad del convenio arbitral, deben imponerse incluso en los países que no participan de aquéllas o que discrepan abiertamente de las mismas” (Id.).

³⁸² Sobre as anti-anti-suit injunctions proferidas no caso *Pertamina v. GAILLARD, E. Il est Interdit d'Interdire...*, op. cit., p. 55 et seq. e DERAINS, Y., op. cit., p. 105-113; BAUM, Axel H. *Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. To Permit Arbitration Proceedings*. In.: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 19-24; SCHNEIDER, Michael E., op. cit., p. 44 et seq.

O interessante nesse caso, foi que a determinação da *anti-anti-suit injunction* adveio do mesmo tribunal que proferiu a *anti-suit injunction* proibindo a continuação da arbitragem. Na verdade, essa medida poderia ser chamada simplesmente de *reforma* da primeira decisão. Contudo, como possuía um caráter coercitivo, pode-se chamá-la de *anti-anti-suit injunction*. O desembargador do Tribunal de Justiça do estado do Paraná determinou que:

...concedo a medida liminar, com fundamento no art. 804 do CPC, sem ouvir a parte contrária, ante a possibilidade de se tornar ela ineficaz com a designação de audiência no outro juízo, ficando determinada a suspensão da ordem de abstenção da prática de atos que importem na continuidade do processamento da arbitragem, sob pena de multa diária, (...) até o julgamento da apelação interposta³⁸³.

Embora a *anti-anti-suit injunction* pareça ter sido bem aplicada no caso brasileiro, pois conseguiu – ao menos por algum momento³⁸⁴ – suspender a ordem contra a arbitragem, no caso *Pertamina*, no entanto, demonstrou-se “...o absurdo desta situação”³⁸⁵.

A interminável prolação de *anti-suit injunctions* pelas cortes de ambas as partes neste caso, não trouxe nenhum resultado satisfatório ao litígio. Ao contrário, só aumentou a animosidade entre as partes, sem falar no tempo e dinheiro perdidos.

Felizmente, a Corte de Apelação do 5º Distrito deu fim a este abuso. Mais uma vez³⁸⁶, quando a injunção diz respeito à tentativa de impedir o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral estrangeira, a melhor maneira é adotar uma atitude de indiferença em relação à outra corte e simplesmente aplicar a Convenção de Nova Iorque.

Embora a utilização das *anti-anti-suit injunctions* seja criticável sobre o ponto de vista da perpetuação do contencioso³⁸⁷, BAUM entende que enquanto as

³⁸³ Sem grifos no original. TJPR. Medida Cautelar nº 0160213-7. Relator Desembargador RUY FERNANDO DE OLIVEIRA. O inteiro teor da decisão foi publicado na RBA, nº 3, jul./ago./set. 2004, p. 180-182.

³⁸⁴ Já que esta ordem foi revertida em sede de mandado de segurança. (*supra* nº 2.1.).

³⁸⁵ Tradução livre do original: “... l’absurdité de cette situation”. (GAILLARD, E. *Anti-Suit Injunctions et Reconnaissance...*, op. cit., p. 1110).

³⁸⁶ V. *supra* nº 2.3.

³⁸⁷ Como assinala SCHNEIDER a respeito do caso *Pertamina*, “...such orders may meet objections of the same nature as those raised by the Court of Appeals against the injunctions issued by the Texas District Court: they are unnecessary, generally ineffective, and they go against the principles of international comity and judicial restraint”. (SCHNEIDER, Michael E., op. cit., p. 59).

anti-suit injunctions não forem proibidas de maneira universal, as *anti-anti-suit injunctions* existirão como forma de apoiar um processo arbitral. Tais medidas seriam as “armas” encontradas para revidar uma medida antiprocessos³⁸⁸.

Já, no que diz respeito aos árbitros, estes também podem recomendar certas atitudes das partes³⁸⁹, o que poderia ensejar o pedido de suspensão de uma *anti-suit injunction* proferida contra a arbitragem, isto é, uma *anti-anti-suit injunction*.

É o que ocorreu na arbitragem ICSID referente ao caso *SGS v. Paquistão*³⁹⁰. Diante da *anti-suit injunction* paquistanesa, o Tribunal Arbitral ICSID, em 16 de outubro de 2002³⁹¹ a pedido de *SGS*, proferiu uma *anti-anti-suit injunction* contra a decisão da Suprema Corte.

O Tribunal Arbitral entendeu, em aplicação do princípio da competência-competência que:

...embora o julgamento da Corte Suprema de 03 de julho de 2002 seja final em relação à lei do Paquistão, em relação ao direito internacional ele não obriga de nenhuma maneira este tribunal. Nós já advertimos (...) [Art. 41 da Convenção ICSID] que este tribunal determina se possui jurisdição para considerar os pedidos [das partes]...³⁹².

Dessa forma, o Tribunal Arbitral proferiu uma *anti-anti-suit injunction* recomendando que o Governo do Paquistão suspendesse os processos em seu país e que não ingressasse com nenhum outro pedido nestas mesmas cortes³⁹³.

Ademais, o Tribunal Arbitral recomendou que a arbitragem paquistanesa ficasse igualmente suspensa até que aquele decidisse sobre sua própria competência³⁹⁴.

³⁸⁸ BAUM, Axel H., op. cit., p. 20-21.

³⁸⁹ V. *supra* nº 1.1.

³⁹⁰ V. *supra* nº 2.1.

³⁹¹ *Procedural Order* nº 02, disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-order.pdf>.

³⁹² Tradução livre do original: “...although the Supreme Court Judgment of 3 July, 2002 is final as a matter of the law of Pakistan, as matter of international law, it does not in any way bind this tribunal. We have already adverted (...) that this Tribunal determine whether it has the jurisdiction to consider the claims...”. (*Procedural Order* nº 02, p. 06).

³⁹³ “First, the Tribunal recommends that the Government of Pakistan not take any step to initiate a complaint for contempt. It recommends further that (...) the Government of Pakistan take all necessary steps to inform the Courts of the current standing of this proceeding and of the fact that this Tribunal must discharge its duty to determine whether it has the jurisdiction to consider the international proceedings are initiated by any party, such proceedings not be acted upon”. (Ibid., p. 11).

³⁹⁴ Id.

Em 06 de agosto de 2003, o Tribunal Arbitral, julgando sobre sua própria competência, entendeu ser competente para julgar os pedidos de *SGS* em relação ao contrato bilateral de investimentos, mas que não tinha competência para julgar os pedidos em relação ao contrato de inspeção, retirando assim a recomendação de suspensão da arbitragem paquistanesa³⁹⁵.

Conquanto pareça que nenhum efeito ocorreu no que diz respeito ao desenvolvimento da arbitragem, um dos árbitros deste litígio, que possuía interesses no Paquistão, teve que se afastar³⁹⁶.

A atitude mais comum, porém, dos árbitros frente a uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem é a indiferença em relação a tais injunções.

2.4.2. A indiferença do árbitro em relação às *anti-suit injunctions*

Via de regra, as *anti-suit injunctions* contra a arbitragem são proferidas quando o juiz estatal entende que a cláusula compromissória não é válida e, conseqüentemente, a sentença arbitral decorrente desta cláusula não poderá ser executada neste país. Isso porque, a concepção do que é uma cláusula de arbitragem válida e eficaz varia de um ordenamento jurídico para o outro. Se o juiz estatal verificar que a sentença arbitral não será proferida em seu território, a *anti-suit injunction* poderia ser justificada³⁹⁷.

Ocorre que, não obstante a determinação da suspensão da arbitragem, o árbitro normalmente continuará com a arbitragem. Vale dizer, as *anti-suit injunctions* podem até ser justificáveis sob o ponto de vista estatal, mas seus efeitos nem sempre são verificados.

Na verdade, a atitude do árbitro depende muito do território onde foi proferida a injunção contra a arbitragem, seja ela o local da sede da arbitragem (2.4.2.2.) ou fora dela (2.4.2.1.).

³⁹⁵ Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, disponível no site <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>.

³⁹⁶ GAILLARD, E. *L'Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 84.

³⁹⁷ ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 83.

2.4.2.1. Quando proferida por um juiz estrangeiro à sede da arbitragem

Quando existe uma arbitragem internacional em jogo, a regra é a existência de partes advindas de países diferentes, isto é, de ordenamentos jurídicos distintos. Sendo assim, as partes têm acesso às jurisdições de seus Estados e estas, por sua vez podem encontrar uma razão para “...intervir na arbitragem”³⁹⁸. Isso ocorre principalmente quando uma empresa estatal está envolvida na arbitragem. De alguma forma, esta parte tenta tirar proveito de sua jurisdição de origem para impedir que o procedimento arbitral se desenvolva corretamente.

Quando a jurisdição que intervém na arbitragem é estrangeira àquela da sede da arbitragem, os efeitos das *anti-suit injunctions* são limitados. No máximo, a decisão do Tribunal Arbitral não será reconhecida neste país, o que não acarreta em nenhum obstáculo, haja vista a possibilidade de tal sentença ser reconhecida e executada em outro Estado³⁹⁹.

Além disso, entre a jurisdição estatal e arbitral “...não existe ‘relações estruturais, hierárquicas nem de competências’. Assim, as decisões de cortes nacionais de parar o procedimento não obrigam automaticamente tribunais arbitrais”⁴⁰⁰.

Pode-se afirmar, inclusive, que tal atitude do árbitro não é recente. Ao contrário, já faz parte da prática arbitral, notadamente na CCI, ao continuar a arbitragem, mesmo que *forças exteriores* proibam sua continuação. É o que demonstra, efetivamente, o caso CCI nº 1512⁴⁰¹.

Em 30 de setembro de 1964, uma indústria cimenteira paquistanesa e o sr. M. celebraram um contrato com uma companhia de cimento indiana, sendo que as partes paquistanesas se comprometiam em pagar um débito devido à empresa indiana. Junto com o contrato, foi celebrada uma garantia bancária entre a parte indiana e um banco paquistanês, garantidor das obrigações da parte paquistanesa.

³⁹⁸ Tradução livre do original: “...to intervene in the arbitration”. (GAILLARD, E. *The misuse of Anti-suit Injunctions*, op. cit., p. 03).

³⁹⁹ Id., *L’Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 84. No mesmo sentido SCHNEIDER, Michael E., op. cit., p. 59-60.

⁴⁰⁰ Tradução livre do original: “...no ‘structural, hierarchical or jurisdictional relationships’ exist. As a result, the decisions of state courts to suspend the proceedings are not automatically binding on arbitral tribunals”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 84).

⁴⁰¹ JARVIN, S. & DERAIS, Y. Caso CCI nº 1512, Sentença Parcial de 18 de dezembro de 1967 e de 14 de janeiro de 1970. In.: *Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, 1974-1985*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 32-41.

O contrato de garantia possuía uma cláusula compromissória CCI de árbitro único.

Entre 1965 e 1966 ocorreu um conflito religioso entre a Índia e o Paquistão pelo território da Caxemira. Durante este conflito, ambos os países adotaram medidas que restringiam as práticas comerciais entre seus nacionais. O cessar-fogo só acabou em 22 de setembro de 1966.

Durante os anos de 1965, 1966 e 1967, tanto a empresa Paquistanesa quanto o banco garantidor não cumpriram com suas obrigações contratuais. Diante disso, a parte indiana ingressou com um pedido de arbitragem na Corte da CCI em 1966. Pierre Lalive foi nomeado como árbitro e a sede da arbitragem foi Genebra.

Em uma sentença parcial, proferida em 18 de dezembro de 1967, em resposta às arguições de incompetência do juízo arbitral por parte do banco paquistanês, o árbitro se considerou competente para julgar o litígio.

Quando da assinatura do Termo de Referência em fevereiro de 1968, o banco paquistanês contestou novamente a competência do juízo arbitral. Tais contestações foram decididas em outra sentença parcial datada de 14 de janeiro de 1970.

O banco paquistanês alegava que o árbitro era incompetente pelas seguintes razões: (i) a existência de uma pendência judicial nas cortes paquistanesas, iniciada em fevereiro de 1967, pela empresa paquistanesa e o sr. M. contra o banco paquistanês; (ii) a existência de outra pendência, iniciada em 27 de maio de 1968 pelo requerido contra o requerente do procedimento arbitral e a empresa cimenteira do Paquistão, nas cortes paquistanesas; (iii) uma *anti-suit injunction* foi proferida a pedido do requerido na arbitragem, em 09 de agosto de 1968, proibindo o requerente de continuar a arbitragem.

O árbitro, por sua vez não suspendeu a arbitragem. Primeiramente, por entender que o princípio da competência-competência já era consagrado nas legislações e convenções internacionais e, portanto, ele tinha competência para decidir esta questão; em segundo lugar, por entender que o ingresso do demandado nas jurisdições nacionais ter demonstrado ser "...outra manobra tática para ganhar tempo e atrasar ou paralisar o processo arbitral"⁴⁰²; e, em terceiro lugar, por entender que o princípio da litispendência não se aplicava no caso em

questão, haja vista não haver identidade de partes já que o demandado era demandante nas jurisdições estatais. Haveria a ocorrência da litispendência, se ambas as partes estivessem do mesmo lado da relação processual nas duas disputas.

Em conclusão, o árbitro constatou que a demandada havia descumprido os princípios da arbitragem, como segue:

...Eu não tenho outra alternativa a não ser concluir, com pesar, que o demandado transgrediu sua obrigação em arbitrar e violou as Regras da CCI ao ingressar na West Pakistan High Court. (...) Eu arriscaria, então, em expressar a esperança de que esta arbitragem possa agora levar seu curso normal, com a total cooperação de ambas as partes⁴⁰³.

As partes paquistanesas, na verdade, parecem sistematicamente tentar atrapalhar a instância arbitral por meio do ingresso em suas cortes nacionais. Em outro caso envolvendo partes com esta nacionalidade, os árbitros tiveram que lidar novamente com o problema da *anti-suit injunction*.

Neste caso, ocorrido nos anos 90⁴⁰⁴, os árbitros novamente continuaram a arbitragem mesmo sabendo da existência de uma injunção contra ela. Uma empresa francesa foi contratada para fazer trabalhos de construção no Paquistão. No contrato celebrado entre as partes, existia uma cláusula de arbitragem CCI de três membros, submetendo-se à lei paquistanesa e com sede em Cingapura. Quando do surgimento do litígio, a parte paquistanesa contestou a demanda, alegando que alguns pedidos da parte francesa não podiam ser recebidos. Todavia, tais alegações não foram aceitas. Descontente, a demandada ingressou nas instâncias de seu país (Paquistão), alegando que os árbitros haviam incorrido em *misconduct* e requereu a prolação de uma medida que proibisse os árbitros de continuar a arbitragem.

O juiz aceitou a demanda, sob o argumento de que como a lei paquistanesa era a aplicável ao contrato, este poderia proferir a *anti-suit injunction*. Após esta

⁴⁰² Tradução livre do original: "...another tactical move to gain time and slow down or paralyse the arbitration proceedings" (Ibid., p. 38).

⁴⁰³ Tradução livre do original: "...I have no alternative but to conclude, with regret, that the defendant has contravened its undertaking to arbitrate and violated the ICC Rules in instituting in the West Pakistan High Court. (...) I would therefore venture to express the hope that this arbitration may now go on its normal course with the full cooperation of both parties". (Ibid, p. 40).

⁴⁰⁴ Citado por DERAINS, Y., op. cit., p. 106-107.

medida, a parte francesa ingressou em Cingapura (juiz de apoio) igualmente com um pedido de *anti-suit injunction*, porém, para que os árbitros continuassem a arbitragem. Este requerimento também foi acolhido.

Segundo DERAINS, os árbitros possuíam um grande problema em suas mãos:

De um lado, eles se expunham ao risco de sanções penais em Cingapura se eles suspendessem suas atividades arbitrais; de outro lado, eles incorreriam em sanções de mesma natureza caso se opusessem à medida contrária do juiz paquistanês⁴⁰⁵.

Em função da injunção paquistanesa, o árbitro desta nacionalidade se viu obrigado a deixar a arbitragem. A CCI, em seu turno, autorizou que os outros dois árbitros proferissem sozinhos a sentença final, de acordo com o artigo 12(5) de seu Regulamento⁴⁰⁶. “Felizmente, esses procedimentos judiciais parasitas só iniciaram em um estado avançado do procedimento arbitral...”⁴⁰⁷. Do contrário, os efeitos poderiam ser bem mais devastadores.

O caso a seguir (CCI nº 4862, de 1986⁴⁰⁸), além de demonstrar a atitude dos árbitros, constata o entendimento da Corte de Arbitragem da CCI a respeito das *anti-suit injunctions*.

O referido litígio diz respeito a um contrato celebrado entre uma joint venture de três empresas européias e uma entidade pública da República do Iêmen para a construção de uma rodovia neste país. O contrato possuía uma cláusula de arbitragem CCI.

Quando do surgimento da controvérsia, os construtores ingressaram com um pedido de arbitragem junto à Corte de Arbitragem da CCI, em 21 de dezembro de 1983.

⁴⁰⁵ Tradução livre do original: “D’un côté, ils s’exposaient au risque de sanctions pénales à Singapour s’ils y suspendaient leurs activités arbitrales; de l’autre, ils encouraient des sanctions de même nature s’ils bravaient l’injonction contraire du juge pakistanais”. (Ibid., p. 106).

⁴⁰⁶ O regulamento da CCI, que deveria ser adotado em 1998, foi antecipado para ser aplicado ao presente caso. O art. 12(5) determina que: “Após o encerramento da instrução, ao invés de substituir um árbitro que tenha falecido ou que tenha sido destituído pela Corte, nos termos dos artigos 12(1) e 12(2), esta poderá decidir, quando considerar apropriado, que os árbitros restantes prossigam com a arbitragem. Ao tomar tal decisão, a Corte deverá levar em conta as observações dos árbitros remanescentes e das partes, bem como qualquer outro elemento que considerar pertinente nas circunstâncias”. (Ibid., p. 107).

⁴⁰⁷ “Fort heureusement, ces procédures parasitaires n’étaient intervenues qu’à un stade avancé de la procédure arbitrale...”. (Id.).

⁴⁰⁸ JARVIN, S.; DERAINS, Y; ARNALDEZ, J.-J. ICC arbitration nº 4862, op. cit., p. 308-317.

A requerida, em contrapartida, alegou que a arbitragem, em função das regras do Iêmen, estava prescrita. Ademais, informou que havia ingressado nas jurisdições estatais a fim de conseguir uma declaração sobre a prescrição.

A Corte de Arbitragem da CCI, por sua vez, reconheceu a existência da cláusula compromissória, nomeou os árbitros e constituiu a arbitragem.

Ocorre que, quando da assinatura do *Acte de Mission*, a demandada, alegando uma injunção do Tribunal de Comércio de Sana'á, recusou-se a participar do referido ato, pois não poderia violar a injunção.

Embora a demandada tenha se recusado, o *Acte* foi assinado e aprovado em março de 1986, pela Corte de Arbitragem da CCI.

Em sentença, o Tribunal Arbitral considerou-se competente para julgar o litígio e entendeu que não havia nenhum motivo para suspender o procedimento arbitral, visto que a injunção no Iêmen não afetava em nada a continuação da arbitragem.

O Tribunal Arbitral negou a validade da injunção com base no art. II(3) da Convenção de Nova Iorque. Entenderam que, apesar de as partes poderem ingressar em uma jurisdição estatal quando existir algum problema com relação à convenção de arbitragem, a Convenção “...não vai mais longe, e não prevê a possibilidade de injunção, enquanto o tribunal judiciário examina a exceção de caducidade da convenção de arbitragem”⁴⁰⁹.

A passagem mais interessante dessa sentença diz respeito, no entanto, à constatação por parte do Tribunal Arbitral de que a Corte de Arbitragem da CCI não costuma reconhecer *anti-suit injunctions* contra suas arbitragens. O Tribunal Arbitral assinalou que:

A Corte de Arbitragem da CCI recusa, em princípio, aceitar que injunções sejam determinadas contra ela ou contra a organização CCI. Cada vez que isto aconteceu, a Corte de Arbitragem sistematicamente atraiu a atenção da jurisdição estrangeira sobre o funcionamento da arbitragem CCI, explicando o papel da Corte que é de natureza administrativa e o dos árbitros, de natureza jurisdicional⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Tradução livre do original: “...ne va pas plus loin, et ne prévoit pas la possibilité d’injunction pour le temps pendant lequel le tribunal judiciaire examine l’exception de caducité de la convention d’arbitrage”. (Ibid., p. 317).

⁴¹⁰ Tradução livre do original: “La Cour d’Arbitrage de la CCI refuse en principe d’accepter que des injonctions soient ordonnées contre elle ou contre l’organisation CCI. Chaque fois que cela est arrivé, la Cour d’Arbitrage a systématiquement attiré l’attention de la juridiction étrangère sur le fonctionnement de l’arbitrage CCI en expliquant le rôle de la Cour qui est de nature administrative et celui des arbitres, de nature juridictionnelle”. (Id.).

No caso *Lac d'Amiante du Canadá Ltée et Québec Inc. v. Lac D'amiante du Québec Ltée*⁴¹¹, submetido a uma arbitragem CCI com sede em Nova Iorque, o Tribunal Arbitral – contrariando a atitude geral – suspendeu parcialmente a arbitragem em razão de uma *anti-suit injunction* proferida por uma corte canadense.

Os fatos que resultaram no litígio decorrem de diversas operações comerciais muito complexas celebradas entre empresas canadenses.

LAQ e *Camchib* celebraram uma joint venture para a exploração de amianto em *Black Lake*, Quebec. As joint ventures entraram em parceria com outras empresas de amianto e para isto foi criada uma nova subsidiária para *LAQ*, *LAC*. Os direitos de mineração de *LAQ* foram transferidos, então para *LAC*.

Acordou-se, por conseguinte, que todas as dívidas que *Camchib* devia para *LAQ* na joint venture seriam pagas com os rendimentos da nova parceria.

LAC decidiu sair do ramo de mineração de amianto e foi vendida em 1989 para várias empresas. No contrato de compra e venda, existia uma cláusula de arbitragem CCI.

Antes da venda, contudo, *LAC* transferiu para *LAQ*, dentre outros direitos, todas as quantias devidas por *Camchib* na joint venture e concordou em ser o agente de *LAQ* no que diz respeito aos débitos com *Camchib*.

Em 1991, *Québec*, uma companhia controlada pelo mesmo dono de *LAC* adquiriu o direito de *Camchib* na joint venture e na parceria. Assim, *Québec* assumiu responsabilidade pelos débitos de *Camchib* com relação à *LAQ*. *LAC* assinou, destarte, um consentimento e uma comunicação em relação à substituição de *Camchib* por *Québec*.

Em 1992, *LAQ* avisou *Québec* e *Camchib* que eles deviam quantias em dinheiro decorridas da joint venture. Além disso, terminou com o agenciamento de *LAC* e ingressou com pedidos na Corte de Montreal, assim como em outras cortes em relação à parceria.

⁴¹¹ BOISSÉSON, Matthieu de. *Anti-Suit Injunctions Issued by national Courts. At the Seat of the Arbitration or Elsewhere*. In.: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 69; SHACKLETON, Stewart T.; SIMMONS & SIMMONS INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP. July, 9, 1999, Court supérieure du Québec and November 29, 1999, Court d'appel du Québec. In.: IALR. vol. 3, issue I, January 2000, p. N6-N9.

Por sua vez, em 05 de dezembro de 1996, *LAC* ingressou com o pedido de arbitragem CCI em Nova Iorque contra *LAQ*, em relação ao contrato de compra e venda de *LAC*.

Em 1996, igualmente, *LAQ* ingressou com outro pedido contra *LAC* e *Québec* nas cortes de Montreal a respeito da joint venture.

Em fevereiro de 1997, *LAQ* ingressou com uma reconvenção no Tribunal Arbitral, exatamente com os mesmos pedidos requeridos nas cortes de Montreal. *LAQ* alegou que havia esquecido da cláusula compromissória.

LAQ, então, ingressou novamente nos tribunais de Montreal requerendo que tais ações fossem suspensas, visto a reconvenção na arbitragem.

A Corte de Montreal rejeitou o pedido, ao entender que *Québec* não era parte na cláusula compromissória e que a corte de Montreal havia sido a primeira a receber o pedido.

Na instância arbitral, *LAC* contestava a reconvenção de *LAQ*. Entretanto, o Tribunal Arbitral entendeu que ela estava dentro do objeto da cláusula compromissória e se declarou competente para julgá-la.

Diante do reconhecimento da reconvenção no Tribunal Arbitral, *LAC* ingressou com um pedido de *anti-suit injunction* nos tribunais de Montreal contra a reconvenção na arbitragem.

A corte de Montreal determinou que *LAQ* deveria suspender o pedido de reconvenção no Tribunal Arbitral. A referida corte entendeu que as partes haviam desistido da cláusula compromissória e que a ação nas cortes canadenses não poderia ser suspensa, haja vista já estar na fase de instrução. Ademais, entendeu que *Québec* não poderia ser ouvida no Tribunal Arbitral, uma vez que não fazia parte da cláusula compromissória.

O Tribunal Arbitral, por sua vez, aceitou parcialmente a *anti-suit injunction*, continuando a arbitragem somente em relação às partes que não constavam da injunção.

A Corte de Apelação de Quebec confirmou a *anti-suit injunction* ao afirmar que *LAQ* havia errado em buscar a reconvenção no Tribunal Arbitral, tendo em vista já ter ingressado com pedidos nos tribunais estatais. Entendeu, ademais, que ao ingressar com a reconvenção, *LAQ* estava contribuindo para que uma sentença arbitral não fosse reconhecida no Canadá, em aplicação do art. 3155(4) do Código Civil de Quebec sobre reconhecimento e execução de julgamentos estrangeiros.

Como assinala SHACKLETON, “A Confiança da Corte de Apelação nas regras de direito internacional privado de Quebec em apoiar a intenção de não executar uma sentença CCI, em detrimento do critério da Convenção de Nova Iorque, parece enganada”⁴¹².

Ainda, a justificativa para a determinação da injunção por parte da corte canadense é a de que a legislação canadense, ao contrário da Lei Modelo da UNCITRAL e da Convenção de Nova Iorque, confere ao juiz um poder discricionário no que diz respeito ao envio das partes à arbitragem⁴¹³.

Ora, tal comportamento da jurisdição estatal em aplicar a regra mais danosa à arbitragem, ao afastar a convenção de Nova Iorque, também não parece correto.

Ou seja, o árbitro diante de uma *anti-suit injunction* proferida por um tribunal estatal estrangeiro àquele da arbitragem, deve continuar a arbitragem e proferir sua sentença. Primeiro, porque em relação ao princípio da autonomia da vontade, ele possui um dever com relação às partes, qual seja, o julgamento do litígio; segundo, porque, como juiz da causa, ele é dotado de competência para decidir se é competente ou não para julgar a causa e; em terceiro, porque a decisão do tribunal estatal estrangeiro à sede da arbitragem que suspende a arbitragem não interfere, em tese, no processo arbitral.

Aliás, como afirma FOUCHARD:

No sistema de Nova Iorque, o campo de aplicação territorial das leis de arbitragem conduzem, desde hoje, a rejeitar duramente as ASI [*anti-suit injunctions*] proferidas fora da sede da arbitragem.

Nenhum outro juiz pode ter o papel de juiz de apoio (...) ou anular a sentença (salvo este do país onde a lei processual foi escolhida, segundo a Convenção de Nova Iorque).

Ele só pode autorizar ou recusar a execução forçada sobre o território nacional⁴¹⁴.

A situação, porém, não é tão simples quando a *anti-suit injunction* é proferida pelo juiz da sede da arbitragem.

⁴¹² Tradução livre do original: “The Court of Appeal’s reliance on Quebec rules of private international law concerning foreign judgments, rather than New York Convention criteria, to support an intention not to enforce an ICC award appears misguided”. (Ibid., p. N9).

⁴¹³ Id.

⁴¹⁴ Tradução livre do original: “Le système de New York, le champ d’application territorial des lois sur l’arbitrage conduisent, dès aujourd’hui, à rejeter fermement les ASI prononcées ailleurs qu’au siège de l’arbitrage. Tout autre juge ne peut jouer le rôle de juge d’appui (...) ou annuler la sentence (sauf celui du pays dont la loi de procédure a été choisie, selon la Convention de New

2.4.2.2. Quando proferida pelo juiz da sede da arbitragem

Quando a injunção é proferida por um juiz da sede da arbitragem, a situação, em princípio, torna-se mais difícil para o árbitro, já que todos os atos da arbitragem são desenvolvidos neste país e, portanto, o judiciário deste Estado poderá intervir, principalmente no que diz respeito à determinação de medidas coercitivas tais como as *anti-suit injunctions*⁴¹⁵.

Ironicamente, o juiz da sede, que tem o condão de apoiar as partes e os árbitros nos assuntos da arbitragem, seja conduzindo uma testemunha ou executando uma medida provisória, faz o papel de vilão quando profere uma medida *anti-suit*.

Efetivamente, quando a corte que profere a injunção é aquela da sede da arbitragem, “...pode ser sem sentido, imprudente ou, de fato, ilegal para os árbitros em prosseguir”⁴¹⁶.

Na França, por exemplo, o juiz *des référés*, é a autoridade judiciária competente para dirimir conflitos decorrentes da arbitragem.

Conforme o art. 808 do NCPC, o presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris pode, a pedido de uma das partes, utilizar-se do procedimento de *référé* para ordenar medidas de caráter urgente⁴¹⁷, o que lhe dá o poder, se entender necessário, de proferir uma *ordonnance de référé* suspendendo a arbitragem.

É o que aconteceu em um caso citado por LALIVE⁴¹⁸.

No caso em tela, em 18 e 20 de novembro de 1984, foram celebrados contratos entre a República da Guiné e as sociedades *Omnium de Travaux e*

York). Il ne peut qu'en autoriser ou en refuser l'exécution forcée sur le territoire national”. (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 02-03).

⁴¹⁵ É o que está ocorrendo no caso *ERIDAY e EBY (Argentina) v. República do Paraguai*. Na referida disputa, existe uma arbitragem CCI com sede na Argentina. EBY, por sua vez, conseguiu das jurisdições argentinas uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem. A questão está em saber se os árbitros respeitarão ou não a determinação do tribunal estatal. (Decisão proferida em Setembro 27, 2004, Case no. 26.444/04, Entidad binacional Yacretá c/ Eriday y otros s/ proceso de conocimiento, não publicado, citado por BOISSÉSON, Matthieu de. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 65-66).

⁴¹⁶ Tradução livre do original: “...it may be pointless, imprudent, or indeed unlawful for the arbitrators to proceed”. (PAULSSON, J., op. cit., p. 114).

⁴¹⁷ Art. 808. “Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend”.

CARFA Trade Group. Nestes contratos, existia uma cláusula compromissória determinando que em caso de litígio, as partes se submeteriam a uma arbitragem da “Câmara Arbitral de Paris”. Quando do surgimento da controvérsia, a República da Guiné conseguiu, em 09 de junho de 1986, uma autorização para notificar a Câmara Arbitral de Paris sobre a anulação da cláusula compromissória por “...erro da pessoa do centro de arbitragem...⁴¹⁹”.

Em 26 de junho de 1986, no entanto, o Tribunal Arbitral foi constituído.

Descontente, a República da Guiné ingressou com uma demanda de suspensão do procedimento arbitral no Tribunal de Grande Instância de Paris.

Já o Tribunal Arbitral, declarou que o juiz *des référés* era incompetente para resolver esta matéria, haja vista o poder do árbitro decidir sobre sua própria competência. Ainda, lembrou que o Regulamento de Câmara de Arbitragem previa o procedimento intentado no Tribunal de Grande Instância.

As requeridas no processo judicial contestaram a suspensão sobre os mesmos argumentos dados pela Câmara de arbitragem.

O Tribunal de Grande Instância, por sua vez, decretou a suspensão do procedimento arbitral, ao entender que (i) a requerente havia notificado a Câmara de arbitragem sobre a nulidade da cláusula; (ii) como a arbitragem se desenvolvia na França, o Tribunal de Grande Instância era competente para proferir qualquer medida e (iii):

...a suspensão provisória do curso de uma arbitragem pode ser ordenada pelo juiz *des référés* quando, como no caso, as circunstâncias submetidas a seu exame demonstram que existe nesse estado um risco sério de que não possam ser dadas a cada uma das partes as garantias essenciais, destinadas a assegurar um ‘processo equânime’...⁴²⁰.

Diante da injunção, o procedimento arbitral ficou suspenso.

Todavia, as partes e os árbitros têm encontrado maneiras de driblar a atitude contrária à arbitragem das cortes da sede da arbitragem. Uma dessas *manobras*

⁴¹⁸ LALIVE, Pierre. *Jurisprudence Étrangère*. In.: Bull. ASA. n° 2, juin 1987, p. 159-162.

⁴¹⁹ Tradução livre do original: “...pour erreur sur la personne du centre d’arbitrage...”. (Ibid., p. 159-162).

⁴²⁰ Tradução livre do original: “...la suspension provisoire du cours d’un arbitrage peut être ordonnée par le juge des référés lorsque, comme en l’espèce, les circonstances soumises à son examen font apparaître qu’il existe en l’état un risque sérieux que ne puissent pas être données à chacune des parties les garanties essentielles, destinées à assurer un ‘procès équitable’...”. (Citado por LALIVE, Pierre, Ibid., p. 162).

pode ser a mudança do local de reunião dos árbitros sem, porém, afastar a sede da arbitragem⁴²¹.

É o que ocorreu no julgamento *Himpura California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*⁴²², um caso decorrido do caso *Pertamina*. A arbitragem se desenvolvia em Jacarta, entre a empresa de Bermuda e o Governo da Indonésia. Entretanto, *Pertamina*, a companhia nacional de petróleo, ingressou nas cortes locais pedindo a suspensão da arbitragem, sob a alegação de que o direito de terceiros seria atingido pela arbitragem. O pedido foi acolhido, contudo, o Tribunal Arbitral não suspendeu a arbitragem e determinou que os procedimentos continuariam em Haia, sem, no entanto, modificar a sede da arbitragem. Descontente, o governo indonésio requereu uma injunção na Corte Distrital de Haia. Este pedido foi recusado sob o entendimento de que o Tribunal Arbitral, como era regido pelo regulamento da UNCITRAL, tinha o poder de decidir o lugar mais apropriado para o desenvolvimento da arbitragem⁴²³.

A audiência foi feita, todavia, sem a presença do árbitro indonésio, pois este foi interceptado no aeroporto de Amsterdã por agentes do Governo da Indonésia, que o proibiram de se juntar aos outros árbitros⁴²⁴.

Em outro julgamento (caso CCI nº 10623⁴²⁵), o Tribunal Arbitral, alegou a não submissão à corte nacional por não se considerar um órgão desta.

⁴²¹ GAILLARD, E. *L'Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 85-86.

⁴²² *Impura California Energy Ltd (Bermuda) v. PT (Persero) Preusan Listruik Negara (Indonesia)*, *Yearbook Comm. Arb'n*; vol. XXV (2000), p. 13-111; p. 469-474. PAULSSON, J., op. cit., p. 120-123; LEW, Julian D. M., op. cit., p. 34-36.

⁴²³ Art. 16(3) do Regulamento da UNCITRAL: “3. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié aux fins d'inspection de marchandises ou d'autres biens et d'examen de pièces. Les parties en seront informées suffisamment longtemps à l'avance pour avoir la possibilité d'assister à la descente sur les lieux”.

⁴²⁴ PAULSSON, J., op. cit., p. 123. Realmente, a presença de uma pessoa envolvida na arbitragem e igualmente nacional do país da injunção pode ser um grande problema. Como assinala BAUM, “I have survived one such proceeding in the past year and it is not an easy matter, particularly if you have a local national, in our case a prominent Indian lawyer, involved. It is one thing, if (...) I, say, ignore such injunction and go ahead, with all of us sitting in London. But it is quite another if you have an Indian co-arbitrator, who is being enjoined in his own country. In our case, it took us and the Parties a long time to resolve the issue and it was clearly an interruption to the procedure”. (BAUM, Axel H., op. cit., p. 19). Ademais, GREENWOOD acertadamente destaca que “It is fine if you live in London or Paris to disregard the injunction of the the High Court of Ruritania; it is a different matter if you are Ruritanian”. (GREENWOOD, Christopher J. *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. A Public International Lawyer's Perspective*. In.: In: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 148).

⁴²⁵ O inteiro teor da decisão CCI pode ser encontrado em ICC Arbitration nº 10623/AER/ACS. In.: Bull. ASA., nº 01, 2003, p. 59-111; *IAI Seminar. Paris – November 21, 2003*. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, annex 4, p.

Este caso, diz respeito a uma arbitragem CCI com sede em Addis Ababa (Etiópia) entre uma empresa privada italiana, Salini Costruttori S.p.A. e a República da Etiópia. Esta recusou a nomeação dos árbitros, que foi negada pela CCI. Inconformada com a decisão da CCI, a República da Etiópia ingressou em sua Suprema Corte, que por sua vez, em 03 de maio de 2001, proferiu uma *anti-suit injunction* suspendendo a arbitragem CCI.

Na arbitragem, existia igualmente uma disputa em relação à aplicação da arbitragem CCI, visto que, no contrato celebrado entre as partes, havia previsão de aplicação do regulamento de arbitragem desta instituição, assim como do Código Civil da Etiópia. A CCI entendeu que tais especificações contratuais não eram incompatíveis e que o Código Civil poderia ser aplicado em conjunto com o regulamento de arbitragem. Não bastando a injunção já proferida pela Suprema Corte, a Etiópia requereu outra injunção à Corte de Primeira instância, agora em função da disputa em relação ao cabimento da arbitragem CCI. A *anti-suit injunction* foi proferida em 14 de maio de 2001.

Em 07 de dezembro de 2001, o Tribunal Arbitral julgou ambas as injunções.

Com relação à injunção proferida pela Corte de Primeira instância, o Tribunal Arbitral entendeu que possuía competência para julgar a matéria, haja vista as partes terem assinado um contrato prevendo uma cláusula CCI. Como afirmou o Tribunal:

Um tribunal arbitral internacional não é um órgão do Estado onde tem sua sede, da mesma maneira que a corte da sede seria. (...)O tribunal possui um dever em relação às partes em assegurar que seu acordo de arbitragem não será frustrado⁴²⁶.

E continuou:

...embora a Etiópia ainda não tenha ratificado ou aceitado a Convenção de Nova Iorque, esta reconhece a validade da cláusula compromissória sob as provisões do Código Civil da Etiópia, o qual é um notável exemplo de um estatuto moderno sobre arbitragem internacional⁴²⁷.

227-306. Para um comentário desse caso v. GAILLARD, E. *L'Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 91; BOISSÉSON, Matthieu de. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 66-69.

⁴²⁶ Tradução livre do original: "An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seats in the same way that a court of the seat would be. (...) ...The tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated". (ICC Arbitration n° 10623/AER/ACS. In.: Bull. ASA., n° 01, 2003, p. 83).

⁴²⁷ Tradução livre do original: "...although Ethiopia has not yet ratified or acceded to the New York Convention, it does recognize the validity of arbitration agreements under the

Já, com relação à nomeação do Tribunal Arbitral (objeto da injunção da Suprema Corte), o tribunal CCI entendeu que as partes, ao fazerem parte de uma arbitragem CCI, submetem-se ao seu regulamento, cujo artigo 11(3) determina que a recusa de um árbitro será resolvida pela própria CCI⁴²⁸.

Ainda, entendeu igualmente que as partes são obrigadas a respeitar o artigo 6(2) do Regulamento da CCI, que prevê que o Tribunal Arbitral tem o poder de julgar sobre sua própria competência⁴²⁹.

O Tribunal Arbitral compreendeu também, citando diversos julgamentos já submetidos à Corte de arbitragem da CCI, que um Estado, quando parte da arbitragem, não pode contestá-la, alegando a aplicação de sua lei nacional⁴³⁰.

Por fim, o Tribunal Arbitral concluiu que não iria suspender a arbitragem em detrimento dos julgamentos da Corte nacional da Etiópia, como segue:

O Tribunal Arbitral reconhece um grande respeito às cortes da Etiópia... Todavia, neste caso, nós entendemos “que seria inadequado, à luz de nosso dever primordial com as partes, em cumprir as injunções proferidas por tais cortes, que já atrasaram significativamente tais procedimentos, considerando que elas têm o efeito de frustrar o acordo” das partes em submeter disputas à arbitragem internacional⁴³¹.

Já no caso CCI nº 7934, que diz respeito a um pedido de arbitragem de uma empresa italiana contra uma empresa nacional de Bangladesh, com sede em Dacca, capital do Estado, o Tribunal Arbitral, em resposta a uma *anti-suit injunction*, decidiu continuar com a arbitragem, pois entendeu que a competência

provisions of the Civil Code of Ethiopia, which is a notable example of a modern statute of international arbitration”. (Ibid., p. 84).

⁴²⁸ Ibid., p. 92. Art. 11(3) do Regulamento da CCI. “Compete à Corte pronunciar-se sobre a admissibilidade e também, se for o caso, sobre os fundamentos da impugnação, depois de a Secretaria ter dado a oportunidade, ao árbitro impugnado, à outra ou às outras partes e a quaisquer outros membros do Tribunal Arbitral de se manifestarem, por escrito, em prazo adequado. Estas manifestações devem ser comunicadas às partes e aos árbitros”.

⁴²⁹ Id. Art. 6(2). “...qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal”.

⁴³⁰ Casos CCI nº 1939, de 1971; caso nº 3896 de 1982, entre outros (Ibid., p. 92-99).

⁴³¹ Tradução livre do original: “The Arbitral Tribunal accords great respect to the Ethiopian courts... Nevertheless, in this case, we are of the view ‘that it would be improper, in light of our primary duty to the parties, to observe the injunctions issued by those courts, which have already significantly delayed these proceedings, given that they have the effect of frustrating the parties’ agreement to submit disputes to international arbitration”. (Ibid., p. 99).

para recusa de um árbitro era da Corte de arbitragem da CCI e não das cortes nacionais⁴³².

Após a análise destes casos, pode-se concluir que embora o juiz da sede da arbitragem tenha uma competência diferenciada em relação às outras jurisdições estatais, o árbitro não deve se desencorajar. Ao contrário, deve proferir a sentença arbitral. Primeiramente, porque seus poderes advêm da vontade das partes que celebraram uma convenção de arbitragem e esta vontade se sobrepõe à vontade do Estado de barrar o desenvolvimento desta. O árbitro tem um dever perante as partes o qual deve ser cumprido.

Além disso, é conhecido em arbitragem internacional que o árbitro não tem foro. Segundo afirma LEE:

O direito aplicável ao procedimento arbitral era outrora, intimamente ligado à sede do tribunal arbitral. A escolha de um país como sendo o lugar da arbitragem acarretava automaticamente a aplicação da legislação local ao procedimento arbitral. Esta concepção era largamente admitida no direito comparado e consagrada por uma Resolução do Instituto internacional adotado em Siena, em 1952.

Em seguida, assim que o direito da arbitragem evoluiu, aceitando a autonomia das partes para regular o procedimento, a sede da arbitragem ficou em segundo plano em relação às regras aplicáveis ao procedimento arbitral. (...) Esta subsidiariedade do direito da sede da arbitragem é finalmente descartada pelas legislações modernas e pelos regulamentos de arbitragem⁴³³.

Ou seja, o árbitro não é obrigado em aplicar a lei ou as regras de procedimento da sede do tribunal, o que, analogicamente, o deixaria livre também para não ter que respeitar *anti-suit injunctions* contra a arbitragem. Conforme afirma GAILLARD, “...seu foro é o mundo, não um Estado determinado...”⁴³⁴.

Considerando que a arbitragem é um sistema autônomo, ela não deve se subordinar às determinações nacionais. E ainda, “...a corte nacional, como uma instrumentalidade de um litigante, não é chamada para inibir as ações dos árbitros”⁴³⁵.

⁴³² Sentença inédita citada por GAILLARD, E. *L'interference des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 91.

⁴³³ LEE, J. B. *Arbitragem Comercial Internacional...*, op. cit., p. 148-149.

⁴³⁴ Tradução livre do original: “...leur for est le monde, non un Etat déterminé, fût-il celui du siège”. (GAILLARD, E. *L'Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 88).

⁴³⁵ Tradução livre do original: “...the national court, as an instrumentality of a litigant, is not entitled to inhibit the actions of the arbitrators”. (PAULSSON, J., op. cit., p. 120).

Ademais, considerando que a maioria das arbitragens que sofre com *anti-suit injunctions* são arbitragens em que uma das partes é um ente estatal, seria um pouco “chocante” se um Estado-parte de uma arbitragem pudesse “...se abrigar atrás das decisões de seus próprios órgãos para tornar inoperante uma convenção de arbitragem livremente consentida em matéria internacional”⁴³⁶.

Por esse motivo, o Tribunal Arbitral deve continuar com o desenvolvimento da arbitragem e proferir uma sentença⁴³⁷, a qual provavelmente, será anulada na sede da arbitragem, todavia, isto não acarreta ineficácia da sentença, haja vista a possibilidade de reconhecimento em Estados terceiros, de sentenças arbitrais anuladas em seu país de origem⁴³⁸.

Ou seja, com relação à Convenção de Nova Iorque de 1958, se o tribunal da sede da arbitragem determinar uma *anti-suit injunction* e o árbitro não respeitá-la, continuando a arbitragem e proferindo uma sentença, esta atitude contribuirá para que a sentença arbitral seja anulada neste país. Contudo, esta sentença arbitral poderá ser reconhecida em outros Estados. É o que ensina FOUCHARD, “Em direito positivo, ele [juiz da sede] pode anular a sentença, e esta anulação é em princípio, eficaz no país ligado pela Convenção de Nova Iorque, salvo aplicação de outras convenções ou de um direito interno mais favorável”⁴³⁹.

Em última análise, quando é requerida a execução de uma sentença arbitral estrangeira, o que é relevante, em direito interno, é a regularidade desta sentença. Logo, as decisões do juiz da sede “...não se impõem ao estrangeiro, onde o juiz do exequatur examina, segundo seus únicos critérios de regularidade, a sentença estrangeira”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Tradução livre do original: “...s’abriter derrière les décisions de ses propres organes pour rendre inopérante une convention d’arbitrage librement consentie en matière internationale”. (GAILLARD, E. *L’Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 91).

⁴³⁷ SCHNEIDER, Michael E., op. cit., p. 60.

⁴³⁸ “Il serait donc paradoxal, eu égard au grand mouvement de faveur à l’arbitrage qui s’est développé dans le monde au cours des dernières décennies, de donner aux décisions d’annulation – ou aux décisions hostiles à l’arbitrage une portée internationale à l’idée que le siège constitue le rattachement ultime en matière d’arbitrage, sans accorder la même valeur aux décisions de rejet de tel recours prises par les mêmes juridictions”. (GAILLARD, E. *L’Interférence des Juridictions du Siège...*, p. 94).

⁴³⁹ Tradução livre do original: “En droit positif, il peut annuler la sentence, et cette annulation est en principe efficace dans les pays liés par la Convention de New York sauf application d’autres conventions ou d’un droit commun plus favorables”. (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 03).

⁴⁴⁰ Tradução livre do original: “...ne s’impose pas à l’étranger, où le juge de l’exequatur examine selon ses seuls critères de régularité la sentence étrangère”. (Id.).

É a sentença arbitral que será “examinada e executada (...), e não os julgamentos estatais da sede que concernem a uma convenção ou a uma sentença arbitral”⁴⁴¹.

Conclui-se, então que mesmo que o juiz da sede profira *anti-suit injunctions* contra a arbitragem, não importando se no momento do desenvolvimento da arbitragem ou contra a sentença, elas, provavelmente não terão nenhum efeito prático.

⁴⁴¹ Tradução livre do original: “...examinée et exécutée (...), et non selon les jugements étatiques du siège concernant une convention ou une sentence arbitrale”. (Id.).

3. Conclusão

Como analisado ao longo deste trabalho, as medidas antiprocesso ou *anti-suit injunctions* são remédios advindos do direito da *common law*, notadamente do direito inglês, “...que se espalharam em outros sistemas legais”⁴⁴². Elas têm como objetivo impedir que uma parte ingresse ou continue ações em jurisdições estatais em violação a uma cláusula contratual. Seu descumprimento pode acarretar em pesadas multas ou até em penas de prisão. Entretanto, para sua aplicação pelo juiz estatal, deve-se comprovar que a ação estrangeira é vexatória ou opressiva, ou então que seja contra os bons fins da justiça. Do contrário, verificar-se-á um atentado ao respeito às leis e ao judiciário de um Estado soberano.

No âmbito da arbitragem, as *anti-suit injunctions* podem ser proferidas contra ou a favor daquela.

Elas são proferidas a favor da arbitragem quando – verificado o ingresso de uma das partes em uma jurisdição estatal estrangeira – o Tribunal Arbitral ou mesmo um Tribunal estatal competente, profere uma *anti-suit injunction* para que a ação judicial seja suspensa até a prolação da sentença arbitral.

Ainda que o árbitro não tenha *imperium*, possui o poder de recomendar a uma parte para que tome as atitudes necessárias para suspender um processo judicial que atente contra a arbitragem. Caso a parte não cumpra a medida, o árbitro poderá decretar a reparação do dano ou então pedir auxílio ao juiz estatal da sede da arbitragem para se executar a determinação. No entanto, nem sempre isto é possível, já que normalmente as partes ignoram a decisão, continuando a ação judicial. Isso porque, via de regra, não possuem bens no local da sede da arbitragem, tornando a medida inexecutável. Nestes casos, cabe ao Tribunal Arbitral continuar a arbitragem e proferir uma sentença, com cuja execução é que se poderá chegar à efetividade da arbitragem.

⁴⁴² Tradução livre do original: “...that has spread to other legal systems”. (SCHWEBEL, Stephen M. *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration – An Overview*. In: IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 08).

O juiz estatal poderá igualmente proferir uma *anti-suit injunction* a favor da arbitragem sempre que verificar a existência de uma violação contratual. Ou seja, as partes celebram um contrato contendo uma cláusula compromissória, porém, uma delas, quando do surgimento do litígio, ingressa em uma jurisdição estatal estrangeira em desrespeito a esta cláusula arbitral.

Nesses casos, o princípio do respeito às leis e determinações de um Estado soberano fica diminuído em detrimento do princípio da *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade, dando ensejo a tal injunção. É esta a solução encontrada pelo direito inglês e que também vem sendo adotada por outros ordenamentos jurídicos da *common law*.

Todavia, a prolação da medida nem sempre é a regra. Não obstante a cláusula compromissória, se a parte que requereu o remédio o fez com atraso ou se já se submeteu voluntariamente à jurisdição estatal estrangeira, a medida poderá não ser proferida.

No que tange ainda ao direito inglês, quando uma parte ingressa em uma jurisdição estrangeira em violação a uma cláusula compromissória, as cortes deste país vêm tendo que decidir se a Convenção de Bruxelas de 1968, sobre competência judiciária em matéria civil e comercial, é aplicável. Em razão do art. 1(4) dessa Convenção, a arbitragem está excluída de seu escopo, o que ensejaria a prolação de *anti-suit injunctions* pelo juiz inglês, quando defrontado com uma ação judicial estrangeira que viola a arbitragem e ainda aplica a Convenção de Bruxelas. Além disso, em virtude da exceção da Convenção de Bruxelas, o entendimento vem sendo o de que as cortes inglesas não executarão uma decisão estrangeira que aplica a referida Convenção em violação a uma cláusula compromissória.

A resposta dada pela parte, contra a qual foi proferida uma *anti-suit injunction* pelo juiz inglês, vem sendo – quando aquela não possui domicílio ou bens neste Estado – a continuação do pedido judicial estrangeiro, o que confere uma eficácia reduzida à medida. A saída para essa situação seria uma declaração de não responsabilidade proferida pelo juiz inglês, com fins de contestação do julgamento estatal estrangeiro. Além disso, como a sentença estrangeira foi proferida em violação a uma cláusula compromissória, provavelmente a referida decisão não será reconhecida no estrangeiro, o que pode conferir uma eficácia à

arbitragem se a sentença arbitral for executada em outros Estados e nesses, as partes têm bens para garantir e saldar a dívida decorrente da sentença arbitral.

Na verdade, a utilização das *anti-suit injunctions* como um mecanismo de execução de uma cláusula compromissória não é totalmente correta. Isso porque, a simples aplicação do art. II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958 sanaria as tentativas de não submissão ao Tribunal Arbitral, visto que determina que o juiz estatal deve remeter as partes à arbitragem sempre que verificar a existência de uma cláusula compromissória.

Conforme assinala FOUCHARD, não importa se a *anti-suit injunction* é a favor da arbitragem, esta será “sempre um mal”⁴⁴³. “Em todos os casos, elas têm por efeito agravar e dispersar o contencioso e complicar os conflitos de jurisdições em matéria de arbitragem”⁴⁴⁴, indo na contramão dos princípios da Convenção de Nova Iorque de 1958.

A saída seria aplicar a referida Convenção, interromper a prolação de medidas antiprocesso e deixar que as partes e os árbitros se entendam. Isso porque, “não cabe ao juiz impor a execução *in natura* de uma convenção de arbitragem; ele é somente responsável em não se opor”⁴⁴⁵. Essa solução seria muito mais simples e muito mais compreensível no que tange ao Direito Internacional. Entende-se que os operadores do Direito compreenderiam com mais facilidade a aplicação da Convenção de Nova Iorque do que a determinação de *anti-suit injunctions*, que são medidas advindas dos países da *common law* e que podem parecer complicadas quando uma das partes não é nacional de um desses países.

Embora não se deva negligenciar o problema das *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem, não se pode esquecer de que o real desafio para a

⁴⁴³ Tradução livre do original: “C’est toujours un mal. Peu importe leur objet: commencer ou poursuivre une instance arbitrale; commencer ou poursuivre une instance judiciaire (constitution du tribunal arbitral, mesures provisoires, annulation ou exécution de la sentence); interdire ou interdire d’interdire” (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 01). No mesmo sentido v. BOISSÉSON, Matthieu de. *Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 71. (“...it is our view that anti-suit injunctions should not be considered as consistent, in any way, with international arbitration...”.)

⁴⁴⁴ Tradução livre do original: “Dans tous les cas, elles ont pour effet d’aggraver et de disperser le contentieux, et de compliquer les conflits de juridictions en matière d’arbitrage”. (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 01).

⁴⁴⁵ Tradução livre do original: “Il n’appartient pas au juge d’imposer l’exécution en nature d’une convention d’arbitrage; il est seulement tenue de ne pas s’y opposer”. (Ibid., p. 02).

comunidade internacional, notadamente para a comunidade da arbitragem, diz respeito às *anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem.

As *anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem ocorrem quando o juiz estatal⁴⁴⁶, entende que a cláusula compromissória é inválida ou que as partes não podem se submeter à arbitragem, determinando, assim a suspensão do processo arbitral ou proibindo o ingresso na arbitragem.

Não obstante as situações, nas quais a arbitragem é intentada de má-fé, a real questão referente às *anti-suit injunctions* contra a arbitragem refere-se ao abuso de tais medidas. Isto é, diante de um processo arbitral ou de uma cláusula compromissória válida, uma das partes, com o intuito de tornar inoperante a arbitragem, ingressa em suas jurisdições estatais requerendo uma medida que suspenda a arbitragem.

Na verdade, essas medidas nada mais são do que tentativas das partes contrárias à arbitragem em suspender o processo arbitral, requerendo às suas cortes nacionais, nem sempre favoráveis a este modo de solução de conflitos, uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem.

A atitude da parte que requer uma *anti-suit injunction* nada mais é do que uma manobra procrastinatória. Essa tentativa é verificada particularmente quando um Estado ou uma entidade estatal é parte em uma arbitragem e quando a instabilidade política e a negação aos institutos da arbitragem estão presentes.

Aliás, é em violação a esses princípios que Estados reticentes à arbitragem proferem *anti-suit injunctions*. Não é à-toa que a grande maioria dos casos analisados neste trabalho, em que *anti-suit injunctions* foram proferidas contra a arbitragem, advieram de Estados em vias de desenvolvimento, tais como Índia, Indonésia, República do Iêmen, Paquistão e Brasil, que, sabidamente, nem sempre vêm a arbitragem com confiança.

No Brasil, especificamente, conquanto já tenham ocorrido casos de *anti-suit injunctions* contra a arbitragem, o conjunto jurisprudencial vem caminhando no sentido de reconhecer seus princípios e, portanto, negar as medidas antiprocesso.

⁴⁴⁶ Como afirma LEW, MISTELIS e KRÖLL, não obstante a possibilidade de se requerer a intervenção do juiz estatal na arbitragem, este jamais deve se esquecer da vontade que as partes têm em submeter seu litígio a este modo de resolução de conflitos. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 362).

Apesar do caminho relativamente satisfatório que vem percorrendo o Brasil, nos outros casos analisados é patente a violação a inúmeros princípios e regras já consagrados pela arbitragem comercial internacional. São eles:

a) Violação dos princípios basilares da arbitragem comercial internacional, tais como o da autonomia da convenção de arbitragem, o da vontade das partes e o da competência-competência;

b) Violação da Convenção de Nova Iorque de 1958 e de outros Tratados internacionais relativos à arbitragem, que, inclusive, foram criados para dar efetividade a tais princípios⁴⁴⁷. Poder-se-ia afirmar, ainda, que quando um Estado parte em uma Convenção Internacional sobre arbitragem, profere uma *anti-suit injunction* contra esta, acaba por violar suas próprias leis, pois quando um Estado ratifica uma Convenção internacional, esta se incorpora às leis nacionais⁴⁴⁸;

c) Violação da ordem pública internacional⁴⁴⁹;

d) Violação de Direito Consuetudinário. Ou seja, o Direito Internacional consuetudinário vem aceitando o princípio de que se um Estado nega que uma pessoa ou empresa ingresse em seu ordenamento jurídico, este comete *denial of justice*, ou seja, nega à parte o direito de buscar sua prestação jurisdicional⁴⁵⁰. O mesmo princípio se aplica à arbitragem. Se um Estado se nega ou impede que alguém ingresse em uma arbitragem, também comete *denial of justice*. Além disso, um Estado não tem o direito de se apropriar de direitos contratuais de um estrangeiro em sua jurisdição por meio de ações arbitrárias ou confiscatórias.

Outro problema relativo às *anti-suit injunctions* proferidas contra a arbitragem, diz respeito à execução de sentenças arbitrais estrangeiras,

⁴⁴⁷ Como afirma GAILLARD, “...tout le mouvement de législation internationale relatif à l’arbitrage s’est construit, directement, autour de la détermination de ce qu’est une convention d’arbitrage valable et des conditions de l’accueil des sentences arbitrales dans les Etats dans lesquelles cette reconnaissance est demandé”. (*L’Interférence des Juridictions du Siège...*, op. cit., p. 95). Neste sentido v. também SCHWEBEL, S. M., op. cit., p. 05 et seq.

⁴⁴⁸ Além disso, como assinala SCHWEBEL, “A party to a treaty is bound under international law (...) to perform it in good faith. As the Vienna Convention prescribes, a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The object and purpose of the New York Convention is to ensure that agreements to arbitrate and the resultant awards (...) are recognized and enforced. It follows that the issuance by a court of an anti-suit injunction that (...) prevents or immobilizes the arbitration that seeks to implement that agreement, is inconsistent with the obligations of the State under the New York Convention”. (Ibid., p. 10-11).

⁴⁴⁹ Ibid., p. 05.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 12.

conseqüentemente a aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958. Nessas situações, uma parte que não quer ver a sentença arbitral ser reconhecida e que inclusive já requereu sua anulação em suas jurisdições locais, requer que seja proferida uma medida antiprocessos contra a tentativa de reconhecimento e execução desta sentença em um país terceiro. Essas manobras, no entanto, possuem um alcance relativo, haja vista a possibilidade de reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas em seu país de origem, o que torna ineficaz a injunção.

A questão, na verdade, é mais preocupante: não importa se ao fim se chegue a um resultado satisfatório, qual seja, a execução da sentença arbitral, uma vez que as injunções não deixam de existir, e enquanto isto, até que se consiga a execução, muito dinheiro já foi gasto e muito tempo já foi perdido. Conseqüentemente, mais complicada fica a execução de uma sentença arbitral estrangeira. Por esses motivos, a melhor solução, como já assinalou DERAINS, seria a modificação do texto da Convenção no sentido de tornar expressa a possibilidade de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras já anuladas em outros Estados, o que poderia reduzir o número de *anti-suit injunctions* contra a execução da sentença arbitral⁴⁵¹. Esse mesmo entendimento é compartilhado por FOUCHARD. Em conseqüência, a execução de *anti-suit injunctions* proferidas pelo juiz da sede não seriam executáveis no estrangeiro⁴⁵², o que reforçaria "...a deslocalização da arbitragem internacional, que reduzirá proporcionalmente as tentações do juiz da sede..."⁴⁵³.

Outras atitudes também são tomadas, tanto por parte do juiz estatal, quanto por parte dos árbitros no sentido de não dar efetividade às medidas antiprocessos contra a arbitragem.

Os tribunais estatais e arbitrais favoráveis à arbitragem, quando deparados com uma injunção que determina a suspensão do processo arbitral, algumas vezes já proferiram medidas de igual teor, ou seja, *anti-anti-suit injunctions*. Todavia, não importando se proferidas por um Tribunal Arbitral ou estatal, tal atitude nem sempre é salutar, visto poder ocasionar uma batalha incessante entre cortes

⁴⁵¹ DERAINS, Y., op. cit., p. 112.

⁴⁵² FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 03. Esta solução foi encontrada no caso *Pertamina*.

⁴⁵³ Tradução livre do original: "...accentuer la délocalisation de l'arbitrage international, qui réduira d'autant les tentations du juge du siège..." (Id.).

nacionais, o que pode dificultar ainda mais a solução do litígio. Consoante afirma CLAVEL, “...a multiplicação de processos tem a natureza de prejudicar tanto as partes quanto a boa administração da justiça”⁴⁵⁴.

A solução, então, seria a total indiferença das cortes estatais e arbitrais favoráveis à arbitragem em relação à injunção.

No que tange à atitude das jurisdições estatais, se a *anti-suit injunction* for proferida durante o processo arbitral, basta declarar que a arbitragem é válida, continuando assim sua instância. Já, se for durante a execução da sentença arbitral, cabe à corte estatal reconhecer a sentença e adotar uma atitude de indiferença em relação à injunção, aplicando-se, como já assinalado acima, a Convenção de Nova Iorque de 1958.

Na verdade, a melhor saída vem sendo encontrada pelos Tribunais Arbitrais. Embora estes já tenham proferido *anti-anti-suit injunctions*, a atitude corrente dos árbitros em relação às medidas antiprocessos contra a arbitragem vem sendo no sentido de continuar a arbitragem, não importando se quem a proferiu foi um tribunal da sede da arbitragem – que, teoricamente, ocasionaria maiores problemas, ou um tribunal estrangeiro à sede.

A hipótese de se adotar uma atitude indiferente em relação às *anti-suit injunctions* contra a arbitragem é salutar. Contudo, isso não está impedindo que as medidas antiprocessos sejam proferidas. Ou seja, de nada adianta continuar a arbitragem, proferir uma sentença arbitral, e executá-la se, durante esse processo, as partes tiveram tantos percalços que tornaram os reais objetivos e valores da arbitragem quase inócuos.

Isto é, a eficácia da arbitragem comercial internacional não depende exclusivamente da execução de uma sentença arbitral estrangeira, mas sim, da combinação de diversos valores. Ao final de um processo arbitral, deve-se chegar à conclusão de que a arbitragem atendeu “...às necessidades da comunidade econômica internacional (...) e ao desenvolvimento da atividade econômica”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Tradução livre do original: “...la multiplication des procédures est de nature à préjudicier aussi bien aux parties qu’à la bonne administration de la justice”. (CLAVEL, S. *Le Pouvoir d’Injonction extraterritorial des juges...*, op. cit., p. 306).

⁴⁵⁵ Tradução livre do original: “...aux besoins de la communauté économique internationale, de telle sorte que leur accumulation (...) les sentences contribuent au développement de l’activité économique internationale”. (GOLDMAN, B., op. cit. p. 274).

Infelizmente, quando se profere uma medida *anti-suit* contra a arbitragem, esses objetivos não são alcançados.

Dessa forma, as partes, quando da assinatura de uma cláusula compromissória, deverão analisar com muito cuidado onde será a sede do Tribunal Arbitral⁴⁵⁶, para não terem surpresas desagradáveis no decorrer da arbitragem. No que concerne aos investidores, estes deverão igualmente avaliar o histórico ‘arbitral’ do país que pretendem contratar, antes de celebrar um contrato. Assim, de antemão, excluirão os países vistos como ‘contrários à arbitragem’, o que pode ser muito negativo para tais Estados, que na maioria das vezes necessitam enormemente de investimentos estrangeiros.

Para que isso não ocorra, de acordo com FOUCHARD, as *anti-suit injunctions* deveriam ser totalmente banidas do vocabulário da arbitragem⁴⁵⁷. Esta exclusão poderia ser alcançada por meio de diversos mecanismos:

a) Demonstração de uma atitude moral das partes contratantes de uma cláusula compromissória. Ou seja, quando as partes prevêm que seu litígio será resolvido por arbitragem, elas possuem um dever inerente de primar pela arbitragem e por seus princípios e cooperar com as determinações do Tribunal Arbitral⁴⁵⁸.

b) Promoção de uma “...contribuição concorrente...”⁴⁵⁹ entre juízes e árbitros. O juiz estatal tem como função contribuir com a arbitragem e não impedir seu desenvolvimento⁴⁶⁰. Dessa forma, “as cortes nacionais deveriam (...) assegurar o mais baixo nível de interferência na arbitragem, ao limitar a possibilidade das partes refugiarem-se em artifícios, tais como as *anti-suit*

⁴⁵⁶ ROZAS, J. C. F. *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 60.

⁴⁵⁷ “Dès maintenant, elles apparaissent contraíres aux règles des systèmes modernes de l’arbitrage et de la Convention de New York (de lege lata). Pour les éliminer complètement, il faut poursuivre l’évolution du droit international de l’arbitrage (de lege ferenda)”. (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 01).

⁴⁵⁸ “Les parties doivent se souvenir qu’elles ont un devoir de coopération á l’instance arbitrale, suivant un principe énoncé par la jurisprudence arbitrale internationale”. (BOISSESON, Matthieu de. *La Constitution du Tribunal Arbitral dans l’Arbitrage Institutionnel*. In.: Rev.Arb. 1990, p. 349).

⁴⁵⁹ Tradução livre do original: “...contributions concourantes...”. (GOLDMAN, B., op. cit., p. 274).

⁴⁶⁰ “...la collaboration entre le juge et l’arbitre n’a d’autre but que d’améliorer le règlement de litiges á caractère patrimonial inhérents aux exigences du commerce international”. (ROZAS, J. C. F. *Le Rôle des Juridictions Étatiques...*, op. cit., p. 60).

injunctions...»⁴⁶¹. O juiz estatal nada mais é do que um auxiliar na instância arbitral, podendo intervir somente nos casos da constituição do tribunal estatal ou no caso de medias provisórias e conservatórias⁴⁶². Em outros momentos e situações, sua intervenção é abusiva;

c) Constatação da existência e aplicação do princípio da competência-competência, notadamente seu efeito negativo. Foi verificado que tal princípio é amplamente consagrado nas legislações internas sobre a arbitragem, assim como nas Convenções internacionais e regulamentos de arbitragem. Diante disso, o juiz estatal deve perceber que possui poderes restritos em relação à arbitragem⁴⁶³.

d) Demonstração de uma atitude de indiferença, no que se refere às *anti-suit injunctions*, que, na verdade, já ocorre na prática. Ou seja, “retornar a uma verdadeira autonomia”⁴⁶⁴.

Por esses motivos, a solução não seria a mudança de leis nacionais ou mesmo de Convenções Internacionais que já consagram os princípios da arbitragem, mas sim, a mudança da atitude das partes e do poder judiciário que se depara com arbitragens internacionais.

Quando a intervenção no judiciário advém do poder executivo e legislativo, a solução seria a concessão de uma real autonomia e imparcialidade aos juízes estatais. Além disso, seria necessário fomentar uma especialização específica dos juízes estatais no que concerne à arbitragem⁴⁶⁵ e, conseqüentemente, criar cortes estatais especializadas em resolver controvérsias decorrentes deste meio tão importante de solução de litígios. É o que já ocorre nos países em que a arbitragem é amplamente aceita e eficaz⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ Tradução livre do original: “National courts should (...) ensure the lowest level of court interference in the arbitration by limiting the possibility for the parties to resort to such devices as anti-suit injunctions...”. (GAILLARD, E. *The Misuse of Anti-Suit Injunctions*, op. cit., p. 07).

⁴⁶² FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 01.

⁴⁶³ Id. No mesmo sentido GAILLARD: “L’adoption généralisée de ces principes [competência-competência], qui nous paraissent caractériser le droit moderne de l’arbitrage international, devrait rendre très largement inutiles les *anti-suit injunctions* et s’accompagner de leur banissement”. (*Il est Interdit d’Interdire...*, op. cit., p. 62).

⁴⁶⁴ Tradução livre do original: “Revenir à une véritable autonomie”. (FOUCHARD, P. *Les Anti-Suit Injunctions...*, op. cit., p. 02).

⁴⁶⁵ Como afirma LEW, “I think that education and information on international arbitration is essential”. (LEW, Julian D. M., op. cit., p. 25-39).

⁴⁶⁶ “...in jurisdictions that are favorable to arbitration, there exists – together with the assistance provided by the courts to arbitrators – a trend according to which specialized judicial chambers are being developed that are specifically design to deal with annulment proceedings”. (ROZAS, J. C. F. *Anti-suit Injunctions...*, op. cit., p. 74).

Por fim, para que a arbitragem comercial internacional seja realmente vista como um meio célere, informal, confidencial e econômico de solução de litígios internacionais, deve-se começar a trabalhar imediatamente nessas mudanças. Somente com essas atitudes, poder-se-á chegar a uma uniformização da jurisprudência, que é “...indispensável à segurança...”⁴⁶⁷ e à harmonia do comércio internacional.

⁴⁶⁷ Tradução livre do original: “...indispensable for the certainly...”. (Ibid., p. 75).

4. Referências bibliográficas

Obras Gerais e Periódicos

ALDRICH, George H. **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

ALVAREZ, Henri C.; KAPLAN, Neil; RIVKIN, David W. **Model Law Decisions**. Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. (1985-2001). Londres: Kluwer Law International, 2003.

AMBROSE, Clare. Arbitration and the Free Movement of Judgments. In.: **Arbitration International**, vol. 19 (2003), nº 1. Londres: LCIA, 2003, p. 3-26.

_____. Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law? In.: **International & Comparative Law Quarterly**. vol. 52, parte 2, abril 2003. Londres: Oxford University Press, 2003, p. 401-424.

ARKINS, Jonathan R. C. Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions. In.: **Journal of International Arbitration**. vol. 18 (2001), nº 6. Londres: Kluwer Law International, 2001, p. 603-616.

ARROYO, Diego P. Fernández. Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 5, jan/fev/mar de 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 99-128.

AUDIT, Bernard. L'Arbitre, le Juge et la Convention de Bruxelles. In.: **L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'Honneur de Yvon Loussouarn**. Paris: Dalloz, 1994, p. 15-29.

BARRINGTON, Louise. Hubco v. Wapda: Pakistan top court rejects modern arbitration. In.: **The American Review of International Arbitration**. vol. 11 (2000), n° 03. Huntington: Juris Publishing, 2001, p. 385-396.

BAUM, Axel H. Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. To Permit Arbitration Proceedings. In.: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 19-24.

BERMANN, George A. The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation. In.: **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 98 (1990). Nova Iorque: Columbia University, 1990, p. 587-631.

BERTIN, Philippe. L'Intervention des Juridictions au Cours de la Procédure Arbitrale. In.: **Revue de L'Arbitrage**. 1982, n. 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1982, p. 331-347.

BINDER, Peter. **International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**. Londres: Sweet & Maxwell, 2000.

BOISSÉSON, Matthieu de. La Constitution du Tribunal Arbitral dans l'Arbitrage Institutionnel. In.: **Revue de L'Arbitrage**. 1990. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1990, p. 337-352.

_____. Anti-Suit Injunctions Issued by national Courts. At the Seat of the Arbitration or Elsewhere. In.: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 65-72.

BOURNONVILLE, Philippe de. **Droit Judiciaire. L'Arbitrage**. Bruxelles: Lancier, 2000.

BROCHES, Aron. **Comentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 73-89.

BROWER, Charles N.; BRUESCHKE, Jason D. **The Iran-United States Claims Tribunal**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLAVEL, Sandrine. **Le Pouvoir d’Injonction Extraterritorial des Juges pour le Règlement des Litiges Privés Internationaux**. Paris, 1999. Tese. Faculdade de Direito, Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne.

_____. Anti-Suit Injunctions et Arbitrage. In.: **Revue de L’Arbitrage**. 2001, n. 4, Paris: Comité Français de l’Arbitrage, 2001, p. 669-706.

COLLINS, Lawrence. Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration. In.: **ASA Specials Series nº 15. Arbitral Tribunals or State Courts. Who Must Defer to Whom?** Zurich: Pierre A. Karrer, 2001, p. 85-96.

DASSULE, Michel. Le Contrôle de la Compétence Arbitrale par le Juge Anglais avant la Sentence. In.: **Revue de l’Arbitrage**. 2003, nº 1. Paris: Comité Français de l’Arbitrage, 2003, p. 65-89.

DELAUME, Georges R. L’Arbitrage Transnational et les Tribunaux Américains. In.: **Journal du Droit International**. nº 04, octobre, novembre, decembre, 1981. Paris: Editions Techniques SA, 1981, p. 788-811.

DERAINS, Yves. L’Abus des “*Anti-Suit Injunctions*” en Matière d’Arbitrage International et la Convention de New York. In.: **De Lege Ferenda. Études pour le Professeur Alain Hirsch**. Réunies et publiées par Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch. Geneva: Slatkine, 2004, p. 105-113.

DUTSON, Stuart. Breach of an Arbitration or Exclusive Jurisdiction Clause: The Legal Remedies if it Continues. In.: **Arbitration International**. vol. 16 (2000), nº 1. Londres: LCIA, 2000, p. 89-100.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. Londres: Kluwer Law International, 1999.

FOUCHARD, Philippe. L'Arbitrage Judiciaire. In.: **Etudes Offertes à Pierre Bellet**. Paris: Litec, 1991, p. 167-202.

_____. Les Anti-Suit Injunctions. Quels Remèdes? In: **Colóquio do Institut pour l'arbitrage international (IAI)**. L'Utilisation des Antisuit Injunctions dans l'Arbitrage International. Paris, 21 de novembro de 2003, p. 01-06.

_____. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What remedies? Les Anti-Suit Injunctions. Quels Remèdes? In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 153-157.

FOX JR, Willian F. **International Commercial Agreements. A Functional Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.

FRIEDLAND, Paul D. Provisional Measures and ICSID Arbitration. In.: **Arbitration International**. vol. 2 (1986), n° 4. Londres: LCIA, 1986, p. 335-356.

GAILLARD, Emmanuel. L'Effet Négatif de la Compétence-Compétence. In.: **Etudes de Procédure et d'Arbitrage en l'Honneur de Jean-François Poudret**. Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp, Phidias Ferrari (editores). Lausanne: Imprimeries Réunies Lausanne S.A., 1999, p. 387-402.

_____. The Misuse of Anti-suit Injunctions. In.: **New York Law Journal**. Thursday, August 1, 2002, p. 3; 7.

_____. *Anti-Suit Injunctions* et Reconnaissance des Sentences Annulées au Siècle: une Évolution Remarquable de la Jurisprudence Américaine.

In.: **Journal du Droit Intenational**. Paris: Jurisclasseur. 130 année 2003, n° 04, oct-nov-dec, p. 1105-1114.

_____. ‘KBC v. Pertamina’: Landmark Decision on Anti-Suit Injunctions. In.: **New York Law Journal**. Thursday, October 2, 2003, p. 3; 8.

_____. Il est Interdit d’Interdire: Réflexions sur l’Utilisation des Anti-Suit Injunctions dans l’Arbitrage Commercial International. In.: **Revue de l’Arbitrage**. 2004, n° 1. Paris: Comité Français de l’Arbitrage, 2004, p. 47-62.

_____. L’Interférence des Juridictions du Siège dans le Déroulement de l’Arbitrage. In.: **Mélanges Offerts à Claude Reymond**. “Liber Amicorum” Claude Reymond. Autor de l’arbitrage. Paris: Litec, 2004, p. 83-96.

GALIANA, Luis-Andrés Cucarella. Litispendencia y Arbitraje. In.: **Anuário de Justiça Alternativa**. Derecho arbitral ano 2001, número 01. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p. 45-60.

GOLDMAN, Berthold. L’Action Complémentaire des Juges et des Arbitres en Vue d’Assurer l’Efficacité de l’Arbitrage Commercial International. In: **Arbitrage International. 60 Ans Après**. Regard sur l’Avenir. Paris: Chambre de Commerce Internationale, 1983, p. 271-300.

GRANDCOURT, Jean-L. Les Compétences Respectives du Juge des Référé et de l’Arbitrage International. In.: **L’Internationalisation du Droit**. Mélanges en l’Honneur de Yvon Loussouarn. Paris: Dalloz, 1994, p. 203-217.

GREENWOOD, Christopher J. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. A Public International Lawyer’s Perspective. In.: In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 147-152.

HARTLEY, Trevor C. Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation. In.: **American Journal of Comparative Law**. 1987, p. 487-511.

HILL, Jonathan. Antisuit Injunctions. In.: **The Law Relating to International Commercial Disputes**. 2. ed. Londres: LLP, 1998, p. 321-336.

HO, Look Chan. Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: a Restatement. In: **International & Comparative Law Quarterly**. vol. 52, parte 3, julho 2003. Londres: Oxford University Press, 2003, p. 697-735.

HOF, Jacomijn J. Van Haersolte-Van. The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment. In: **Journal of International Arbitration**. vol. 18, n° 1 (2001). Londres: Kluwer Law International, 2001, p. 27-40.

HOUTE, Hans Van. May Court Judgment that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions? In.: **Arbitration International**. vol. 13 (1997), n° 1. Londres: LCIA, 1997, p. 85-92.

HUYS, Marcel; KEUTGEN, Guy. **L'Arbitrage en Droit Belge et International**. Bruxelles: Bruylant, 1981.

HWANG, Michael; MUTTAH, Rajesh C. The Role of Courts in the Course of Arbitral Proceedings: Singapore and Other Asian Perspectives. In.: **The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators**. vol. 68, n° 3, agosto de 2002. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 223-237.

KARRER, Pierre A. Les Rapports entre le Tribunal Arbitral, les Tribunaux Étatiques et l'Institution arbitrale. In.: **Revue de Droit des Affaires Internationales**. 1989, n° 06, p. 761-770.

_____. Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please. In.: **International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story**. International Council for Commercial Arbitration (ICCA).

Congress Series nº 10. Haia, Nova Iorque: Kluwer Law International, 2001, p. 97-110.

KERAMEUS, Konstantinos D. Anti-Suit Injunctions in ICSID Arbitration. In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard.** Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 131-144.

KNOEPFLER, François; SCHWEIZER, Philippe. **Arbitrage International. Jurisprudence Suisse Commenté depuis l'Entrée en Vigueur de la LDIP.** Genebra: Schulthess Médias juridiques SA, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro; BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas Sobre a Equivalência Funcional entre o Compromisso Arbitral e a Cláusula Compromissória Cheia. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 3, jul-set. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 125-133.

LAU, Martin. Note on Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan through Secretary, Ministry of Finance. In.: **Arbitration International.** vol. 19 (2003), nº 2. Londres: LCIA, 2003, p. 179-212.

LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2002.

_____. O caso CAO A v. Renault. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 3, jul-set. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 134-143.

LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio. MBV Commercial and Export Management Establishment C. Resil Indústria e Comércio Ltda. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 3, jul-set. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 113-124.

LEE, Eric. **Encyclopedia of Arbitration Law.** Londres: Lloyd's of London Ltd, 1984.

LEURENT, Bruno. L'Intervention du Juge. In.: **Revue de L'Arbitrage**. 1992, n. 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1992, p. 303-313.

LÉVY, Laurent. Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators. In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 115-129.

LÉVY, Laurent; SCHLAEPFER, Anne Véronique. L'Instance Arbitrale. La Suspension d'Instance dans l'Arbitrage International. In.: **Les Cahiers de l'Arbitrage**. Alexis Mourre (direction). Paris: Gazette du Palais, 2002, p. 132-139.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2003.

LEW, Julian D. M. Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. To Prevent Arbitration Proceedings. In.: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 25-39.

LINSMEAU, Jacqueline. Arbitres et Juridictions Étatiques. Saisines Parallèles et Concurrentes. In.: **Liber Amicorum**. Lucien Simont. Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 323-332.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira Lobo; NEY, Rafael de Moura Rangel. Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral. In: **Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática**. Ricardo Ramalho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 253-265.

LOQUIN, Eric. Les Pouvoirs des Arbitres Internationaux à la Lumière de l'Évolution Récente du Droit de l'Arbitrage International. In.: **Journal du Droit International**. n° 2, avril, mai, juin 1983. Paris: Editions Techniques SA, 1983, p. 293-345.

LOWENFELD, Andreas F. Injunctions across National Frontiers: a Tale of Two Cities. In.: **The American Review of International Arbitration**. Essays in

Honor of Hans Smit. 1992, vol. 3, nº 01. Nova Iorque: Columbia University, 1992, p. 03-16.

LYNCH, Katherine. **The Forces of Economic Globalization. Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration.** Haia: Kluwer Law International, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 3, jul-set. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 22-41.

MAJEED, Nudrat B. Commentary on the Hubco Judgment. In.: **Arbitration International.** vol. 16 (2000), nº 04. Londres: LCIA, 2000, p. 431-438.

MARTINS, Pedro A. Batista. A Convenção de Arbitragem. In.: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 207-211.

MORAES-BOUVIER. Paula de. Nota sobre Jurisprudência Francesa da Corte de Cassação, 2ª Câmara, Acórdão Prolatado em Audiência Pública de 18 de dezembro de 2003, La Chartreuse c/ Sr. Cavagna. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 3, jul-set. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 188-196.

MOREAU, Bertrand. The Intervention of the Jude during the Arbitration in both French and Comparative Law. In.: **International Council for Commercial Arbitration (ICCA). VI International Arbitration Congress.** México City, March 13-16, 1978. Cidade do México: Edición de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1980, p. 287-299.

MURIEL, Marcelo A. A Arbitragem Frente ao Judiciário. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** nº 1, jan./fev./mar de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 27-39.

NUNES, Thiago Marinho. A prática das *Anti-Suit Injunctions* no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. In.: **Revista**

Brasileira de Arbitragem. n° 5, jan/fev/mar de 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 15-51.

OPPETIT, Bruno. Philosophie de l'Arbitrage Commercial International. In.: **Journal du Droit International.** n° 4, outubro-novembro-dezembro, 1993. Paris: Editions Techniques, 1993, p. 811-827.

PATHAK, R. S. When and Where do National Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration? In.: **International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture.** International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Congress series n° 8. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 173-186.

PAULSSON, Jan. Interference by National Courts. In.: **The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration.** Lawrence W. Newman e Richard D. Hill (editores). Huntington: Juris Publishing Inc., 2004, p. 107-137.

PENGELLEY, Nicolas. Judicial Comity and Angelic Grace. In.: **The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal (ADRLJ).** 1999, parte 3, setembro 1999. Londres: LLP, 1999, p. 196-207.

PERRET, François. Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law. In.: **Arbitration International.** vol. 16 (2000), n° 3. Londres: LCIA, 2000, p. 333-342.

PLUYETTE, Gérard. Le Point de Vue du Juge. In.: **Revue de l'Arbitrage.** 1990. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1990, p. 353-366.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sebastien. **Droit Comparé de l'Arbitrage International.** Paris: LGDJ, 2002.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e Investimentos Estrangeiros. In.: **Revista Brasileira de Arbitragem.** n° 2, abr-jun. de 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 07-31.

RAJOO, Sundra. **Law, Practice and Procedure of Arbitration**. Dayton: Lexis Nexis, 2003.

ROZAS, José Carlos Fernandez. Le Rôle des Juridictions Étatiques devant l'Arbitrage Commercial International. In.: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Hague**. t. 290, 2001. Haia: Nijhoff Publishers, 2002, p. 58-177.

_____. Anti-suit Injunctions Issued by National Courts: Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators. In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 73-85.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration Law**. Haia: Kluwer Law International, 1990.

_____. **International Arbitration**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 2001.

RUFFINI, Giuseppe. L'intervento nel giudizio arbitrale. In.: **Revista dell'arbitrato**. Anno V, n° 04, 1995. Milão: Giuffrè editore, 1995, p. 647-671.

SCHNEIDER, Michael E. Court Actions in Defense Against Anti-Suit Injunctions. In.: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 41-64.

SCHWEBEL, Stephen M. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration – An Overview. In: **IAI Seminar. Paris – November 21, 2003. General Editor: Emmanuel Gaillard**. Huntington: Juris Publishing Inc., 2005, p. 05-15.

STALEV, Zhivko. Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration. In.: **International Arbitration in a Changing World**. International Council for Commercial Arbitration. Congress series n° 6. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 103-113.

SWANSON, Steven R. The Vexatiousness of a Vexation Rule: International Comity and Antisuit Injunctions. In.: **30 Georges Washington J. International Law & Eco.** 1 (1998), p. 01-37.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. I, 30. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Poder Judiciário e Sentença Arbitral. In.: **Biblioteca de Direito Internacional.** vol. 2. Curitiba: Juruá, 2002.

VOYAME, Joseph. L'Etat et l'Arbitrage Commercial International. In.: **Recueil de Travaux Suisses sur l'Arbitrage International, à l'Occasion du Congrès Intérimaire du International Council for Commercial Arbitration (ICCA),** Lausanne, 1984. Zurich: Schulthes Polygraphischer Verlag, 1984, p. 15-22.

WALD, Arnold; PSHELLENBERG, P. L'Éfficacité de la Clause Compromissoire au Brésil. In.: **Revue de L'Arbitrage.** 2000, n° 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2000, p. 429.

WILKES, Guy. Enforcing Anti-Suit Injunctions against Sovereign States. In.: **International & Comparative Law Quarterly.** vol. 53, parte 2, abril 2004. Londres: Oxford University Press, 2004, p. 512-518.

WIRTH, Markus. Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland. In.: **Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage.** n° 01, 2002, p. 31-45.

ZEKOS, Georgios. Courts' Intervention in Commercial and Maritime Arbitration under U.S. Law. In.: **Journal of International Arbitration.** vol. 14 (1997), n° 02. Londres: Kluwer Law International, 1997, p. 99-124.

Jurisprudência

Arbitral (em ordem cronológica)

Caso CCI nº 1512, Sentença Parcial de 18 de dezembro de 1967 e de 14 de janeiro de 1970. In.: JARVIN, Sigvard & DERAÏNS, Yves. **Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 32-41.

E. Systems v. Governo da República Islâmica do Irã, Banco Melli Iran. Sentença Provisória, caso nº 388 (ITM 13-388-FT) de 4 de fevereiro de 1983. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. IX (1984). Haia: Kluwer Law International, 1984, p. 216-224.

The Western Company of North America (US) v. Oil and Natural Gas Commission (ONGC). Interim award of 17 October 1985. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XIII (1988). Haia: Kluwer Law International, 1988, p. 05-23.

Caso CCI nº 4862, 1986. In.: JARVIN, Sigvard & DERAÏNS, Yves. **Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, 1986-1990**. Deventer: Kluwer Law International, 1994, p. 308-317.

Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. The Republic of Guinea. Final Award of 6 January 1988. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. Vol. XIV (1989). Haia: Kluwer Law International, 1989, p. 82-91.

Government of Guinea v. Maritime International Nominees Establishment (MINE). Decision on application for annulment of 14 December 1989. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. Vol. XVI (1991). Haia: Kluwer Law International, 1991, p. 40-53.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S (CSOB) v. The Slovak Republic. ICSID case n° ARB/97/4. Procedural Order No. 2. 09 de setembro de 1998. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/czech-po2.pdf>

_____. ICSID case n° ARB/97/4. Procedural Order No. 3. 05 de novembro de 1998. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/czech-po3.pdf>

_____. ICSID case n° ARB/97/4. Procedural Order No. 4. 11 de janeiro de 1999. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/czech-po4.pdf>

_____. ICSID case n° ARB/97/4. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. 24 de maio de 1999. In.: http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf

_____. ICSID case n° ARB/97/4. Procedural Order No. 5. 01 de março de 2000. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/czech-po5.pdf>

_____. ICSID case n° ARB/97/4. Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction. 01 de dezembro de 2000. In.: http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf

Himpura California Energy Ltd (Bermuda) v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonésia). Final award of 4 May 1999. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXV (2000). Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 13-108.

_____. Interim award of 26 September 1999 and final award of 16 October 1999. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXV (2000). Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 109-111.

Caso CCI n° 10623/AER/ACS, S. (Claimant) versus State X (Respondent), Award regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, 7 December 2001. In.: **Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage**. n° 01, 2003, p. 59-111.

Société Générale de Surveillance v. Pakistan. ICSID case n.º ARB/01/13. Procedure Order n.º 2. 16 de outubro de 2002. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-order.pdf>

_____. ICSID case n.º ARB/01/13. Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction. 06 de agosto de 2003. In.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>

Estatal (em ordem cronológica)

V/O Tractoroexport, Moscow v. M/S. Tarapore & Company and Anr. Supreme Court of India, January 1971. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. I (1976). Haia: Kluwer Law International, 1976, p. 188.

S.p.a Carapelli v. Ditta Otello Mantovani. 26 April 1980. Corte di Appello di Venecia. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. P. Sanders (ed.) vol. VII (1982). Haia: Kluwer Law International, 1982, p. 340-341.

Tracom S.A. v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd. Tribunal Fédéral. 2nd Civil Court. 5 November 1985. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XII (1987). Haia: Kluwer Law International, 1987, p. 511-513.

Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. The Republic of Guinea. Court of First Instance (judge for Attachment Matters) of Antwerp, 27 September 1985. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XII (1987). Haia: Kluwer Law International, 1987, p. 181-182.

_____. Tribunal de Première Instance of the Canton Geneva. 13 March 1986. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. Vol. XII (1987). Haia: Kluwer Law International, 1987, p. 514-522.

_____. Surveillance Authority for Debts and Bankruptcy. 7 October 1986. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. Vol. XIII (1988). Haia: Kluwer Law International, 1988, p. 655-660.

Républic de Guinée v. Société Omnium de Travaux et Société CARFA Trade Group. Tribunal de Grande Instance de Paris. 30 de outubro de 1986. In.: LALIVE, Pierre. Jurisprudence Étrangère. **Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage**. n° 2, juin 1987, p. 158-173.

Oil and Natural Gas Commission (ONGC) v. The Western Company of North America (US). Supreme Court, 16 January 1987. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XIII (1988). Haia: Kluwer Law International, 1988, p. 473-492.

Sohio Supply Co. v. Gatoil (USA) Inc. Court of Appeal. July 14, 1988. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 1, (1989). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1989, p. 588-593.

Marc Rich & Co. A.G. v. Societa Italiana Impianti P.A. (The "Atlantic Emperor"). Court of Appeal. Dec. 16, 17, 18 and 19, 1991. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 1 (1992). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1992, p. 624-634.

Continental Bank N.A. v. Aekos Compania Naviera S.A. and Others. Court of Appeal. Nov. 9 and 10, 1993. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 1 (1994). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1994, p. 505-512.

Aggeliki Charis Compania Maritima v. Pagnan SPA (*The Angelic Grace*). Court of Appeal, 17 may 1994. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. Vol. XXII (1997). Haia: Kluwer Law International, 1997, p. 838-848.

Philip Alexander Securities and Futures Ltd. v. Bamberger et. al. Court of Appeal, 12 July 1996. In.: **Revue de l'Arbitrage**, 1999, n° 01. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1999, p. 167-172.

Toepfer International G.m.b.H. v. Molino Boschi Srl. Queen's Bench Division (Commercial Court), Jan. 11, 12, 16 and 17, 1996. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 1, (1996). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1996, p. 510-519.

Toepfer International G.m.b.H. v. Société Gargill France. Queen's Bench Division (Commercial Court), Dec. 4, 5, 6, 16, 17, 20, 1996. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 2, (1997). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1997, p. 98-111.

_____. Court of Appeal. Nov. 4, 5, 6; 25, 1997. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 1, (1998). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1998, p. 379-388.

Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen G.m.b.H. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.h. Same v. Wiener Allianz Versicherungs A.G. And Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. (DVA v. Voest Alpine). Court of Appeal. Mar 10, 11, 12, 13; Apr. 13, 1997. **Lloyd's Law Reports**. vol. 2 (1997). Londres: Lloyd's of London Ltd, 1997, p. 279-292.

Lac d'Amiante du Canada Ltée et Québec Inc. v. Lac d'Amiante du Québec Ltée. Court supérieure du Québec and Court d'appel du Québec. November 29, 1999. In.: SHACKLETON, Stewart T.; SIMMONS & SIMMONS INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP. **International Arbitration Law Review**. vol. 3, issue I, January 2000. London: Sweet & Maxwell, 2000, p. N6-N9.

Wal-Mart Stores, Inc. (US), v. PT Multipolar Corp., PT Multipolar Perkaska e PT Inkaprima Miliasejati. United States Court of appeals, Ninth Circuit, 30 November 1999, n° 98-16952, 98-17384. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXV (2000). Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 1085-1087.

Smith Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. e Outros v. Smith Cogeneration International, Inc. United States Court of appeals, Second Circuit, 08 December 1999, n° 99-7101. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXV (2000). Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 1088-1101.

Republic of Indonesia v. Himpura California Energy. President, Arrondissementsrechtbank [Court of First Instance], The Hague, 21 September 1999. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXV (2000). Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 469-474.

Hubco v. Wapda. Supreme court of Pakistan. 20 June 2000. In.: **Arbitration International**. vol. 16 (2000), n° 04. Londres: LCIA, 2000, p. 439-460.

Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. and others (The “Ivan Zagubanski). Queen’s Bench division (commercial court). Oct. 11, 12; Nov. 6, 2000. In.: **Lloyd’s Law Reports**. vol. 1 (2002). Londres: Lloyd's of London Ltd, 2002, p. 106-127.

Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit et autres. Chambre des Lords. 13 décembre 2001. In.: MUIR-WATT, Horatia. V. Communautés Européennes. **Revue Critique de Droit International Privé**. n° 01, jan-mars 2003. Paris: Dalloz, 2003, p. 116-126.

Société Générale de Surveillance v. Pakistan. Supreme Court of Pakistan (Appellate Jurisdiction) 3 July 2002, Civil Appeal Nos. 459& 460 of 2002. In.: In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXVIII (2003). Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 1312-1341.

_____. 3 July 2002. Supreme Court of Pakistan. In.: **Arbitration International**. vol. 19 (2003), n° 02. Londres: LCIA, 2003, p. 182-212.

Sabah Shipyard (Pakistan) Ltd v. Islamic Republic of Pakistan and another. Court of Appeal, Oct 16, 17; Nov. 14, 2002. In.: **Lloyd's Law Reports**. vol. 2 (2003). Londres: Lloyd's of London Ltd, 2003, p. 571-583.

KBC v. Pertamina. Hong Kong 17 High Court of the Hong Kong Special Administrative Region. Court of First Instance. 20 December 2002 and 27 March 2003. Construction and Arbitration Proceedings no. 28 of 2002. In.: **Yearbook Commercial Arbitration**. vol. XXVIII (2003). Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 752-789.

_____. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. 18 de junho de 2003. In.: **Mealey's International Arbitration Report**. vol 18, n° 6, 2003, p. 01-37.

Motorola Credit Corporation (MCC) e Nokia Corporation (EUA) v. Kemal Uzan, et. Al. (Turquia). 07 de janeiro de 2003, United States District Court for the Southern District of New York. In.: www.nysd.uscourts.gov/rulings/02cv666_073103.pdf).

LV Finance Group Limited v. Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI. Tribunal de Grande Instance de Paris. Ordonnance de Référé n° RG: 04/56674. 24 de junho de 2004. Bernard Valette, Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris.