

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP
FACULDADE DE DIREITO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DAS *ANTI-SUIT*
***INJUNCTIONS* NO DIREITO BRASILEIRO**

POR BRUNO OLIVEIRA DE ARAÚJO

SÃO PAULO
2022

BRUNO OLIVEIRA DE ARAÚJO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DAS *ANTI-SUIT
INJUNCTIONS* NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentado ao professor Doutor Cláudio Finkelstein, do departamento de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para conclusão da graduação do curso de Direito.

São Paulo

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Araújo, Bruno Oliveira.

Considerações sobre a viabilidade das *anti-suit injunctions* no Direito brasileiro. / Bruno Oliveira de Araújo. São Paulo: 2022.

Paginação: 43

Orientador Professor Cláudio Finkelstein

Trabalho de Conclusão de Curso para Bacharelado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faculdade de Direito.

Área de Concentração: Arbitragem.

1. Arbitragem. 2. *Anti-suit injunctions*. 3. Princípio *competence-competence*. 4. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Finkelstein, Cláudio, orientador. II Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faculdade de Direito.

CDD:

BRUNO OLIVEIRA DE ARAÚJO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DAS *ANTI-SUIT
INJUNCTIONS* NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para conclusão da graduação do curso de Direito.

Orientador: Cláudio Finkelstein

BANCA EXAMINADORA

Prof. Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de iniciar os agradecimentos se não fosse pelo Cid, que sempre me incentivou e me apoiou, sem ele literalmente eu não estaria aqui fazendo este trabalho ou finalizando esta graduação, segundo maior presente que ele me deu depois de um primo. Para mim, é a definição de padrinho e amigo, não tenho como descrever o quanto lhe devo, foi quase ou tão bom comigo quanto meu time foi com o dele nas últimas decisões. A única diferença é que eu espero que meu time retribua dentro de campo, pois sei que jamais conseguiria retribuir o que ele me deu.

Aos meus pais, Bel e Ciro, por todos os conselhos, por toda a luta especialmente em momentos difíceis, por todos os momentos bons, os quais realmente fazem a vida valer a pena. Mas acima de tudo por todo o amor.

Ao Rodrigo, por todo o companheirismo e à Lena, por todo carinho e cuidado.

À Clara por todos os momentos maravilhosos e ao Guilherme por me lembrar de viver.

Às minhas amigas Laís Falco, Muriel Correa e Raissa Casoy e meu amigo Pedro Labigalini - que por ajuste de percurso acabou se transferindo para o curso de jornalismo, o que não o impediu de fazer parte deste grupo, que acompanhou minha trajetória durante a graduação, e formou uma parceria necessária para que minha experiência na gloriosa Pontifícia fosse excepcionalmente indescritível, dividindo trabalhos, medos, questionamentos e momentos de descontração.

Aos meus colegas de sala André, Enrico, Guilherme J. e Guilherme R. pelos momentos de bosque e seminários em conjunto.

Aos meus *coaches* das equipes de arbitragem da PUC-SP, Luisa Calado, Manoela Pires e Thiago Zanelato, por toda a orientação, experiências vividas nas competições e por terem feito desse processo árduo muito prazeroso, com certeza esses momentos em muito impactaram meu encantamento com a arbitragem.

À Ana Carolina Beneti por todo aprendizado, ensinamentos e apoio no campo profissional e acadêmico.

Ao meu orientador Cláudio Finkelstein, não só pela orientação neste trabalho, mas por todo o seu legado e trabalho, que de várias formas me influenciaram, especialmente o seu trabalho frente as equipes de arbitragem da PUC-SP.

RESUMO

Através do presente trabalho, buscar-se-á discorrer sobre a viabilidade das medidas *anti-suit injunctions* contra arbitragens no ordenamento jurídico brasileiro, englobando o conflito entre estas e o princípio *competence-competence*, um dos pilares do instituto da arbitragem. Tal investigação se dará da análise dos dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996), do Código de Processo Civil e da Convenção de Nova York de 1958, bem como da doutrina e jurisprudência nacional e internacional. As *anti-suit injunctions* são medidas de urgência, de natureza cautelar concedidas pelo Poder Judiciário, utilizadas para impedir o prosseguimento ou o início de uma arbitragem, são originárias no sistema jurídico *common law*. Entretanto, o princípio da competência-competência estabelece competência ao árbitro para decidir sobre sua própria competência para julgar a causa. Assim, nos termos do artigo 8º, parágrafo único da Lei nº. 9.307/1996, cabe ao árbitro decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. O estudo faz-se relevante na medida em que as injunções contra o processo são propostas perante o Poder Judiciário contra arbitragens, atentando frontalmente contra princípio da competência-competência. Tais medidas vêm sendo amplamente utilizadas no direito brasileiro contra arbitragens, todavia, tal remédio processual importado da *common law* carece de previsão legal e sua aplicação confronta viola o artigo 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: *Anti-suit injunctions*. Injunções contra o processo. Medidas antiarbitragem. Medida Cautelar. Princípio Competência-Competência. Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Arbitragem. Poder Judiciário. Competência. Efeito Negativo. Efeito Positivo. *Civil Law*. *Common Law*.

ABSTRACT

The present research aim to discuss the feasibility of anti-suit injunctions against an arbitration in the Brazilian Legal System and its conflict with the competence-competence principle. Such investigation will be based on the analyses of the Arbitration Act (Law no. 9.307/1996), as well as national and international doctrine and case law. Anti-suit injunctions are urgent precautionary measures that intent to prevent the continuation or initiation of an arbitration. These remedies are originated in the common law system. On the other hand, the competence-competence principle guarantees the arbitrator competence to decide on its own jurisdiction. Thus, pursuant to article 8, sole paragraph of Law no. 9,307/1996, the arbitrator must decide on the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement and the contract that contains the arbitration clause. The present study relevance is based on injunctions proposals before the Judiciary against arbitrations, directly attacking the article 8, sole paragraph of Law no. 9.307/96. These measures have been widely used in Brazilian Law against arbitrations. However, such procedure, lacks legal foundation and its application directly confronts the competence-competence principle – a basic principle of the arbitration institute.

KEYWORDS: Anti-suit injunctions. Arbitration. Brazilian legal System. Competence-competence. Kompetenz-Kompetenz. Positive effect. Negative effect. Civil Law. Common Law.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - A ORIGEM DAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS	1
1.1. Fundamentos e Finalidade	4
1.2. Prática dos Tribunais Internacionais de aplicação da medida.....	5
CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO <i>COMPETENCE-COMPETENCE</i>	6
2.1. Fundamentos	7
2.2. Efeitos	10
2.2.1. Efeito Positivo	11
2.2.2. Efeito Negativo	12
2.3. Exceções e limites ao princípio <i>competence-competence</i>	13
2.4. Importância do Princípio <i>competence-competence</i>	16
2.5. O Princípio <i>Competence-competence</i> no direito comparado	17
2.6. Princípio da autonomia da convenção de arbitragem	19
3. VIABILIDADE DAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS NO DIREITO ARBITRAL	
BRASILEIRO	22
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28

INTRODUÇÃO

Dentre as alternativas ao Poder Judiciário destaca-se a arbitragem, uma das e chamadas alternativas adequadas de soluções de conflitos, junto com a mediação e a conciliação. Trata-se antes de tudo de um meio privado de resolução de disputas, no qual se nomeia um terceiro para solucionar conflitos.

É um dos meios de resolução de disputas mais antigos do mundo, com registros que remontam até a mitologia grega (CAHALI, 2018, p. 30).¹ Apesar disso, o instituto passou por muito tempo em desuso e voltou à berlinda no século XX (CARMONA, 2009, p. 15), gerando discussões mais profundas e atuais, naturalmente recebendo maior atenção dos doutrinadores.

Embora a origem do instituto da arbitragem não seja recente, a prática no Brasil está ligada à edição da Lei de Arbitragem e a declaração de constitucionalidade de diversos dispositivos desta Lei pelo STF. Esses eventos foram resultados da pressão do setor privado para quebrar o monopólio do Estado na interpretação das leis, abrindo cada vez mais espaço para a autonomia da vontade privada principalmente no que diz respeito a relações contratuais, daí o nome, métodos adequados de resolução de disputas.

O Poder Judiciário atento à essas reivindicações não se opôs às modificações e mais do que isso, se tornou um histórico e importante aliado ao desenvolvimento da arbitragem e garantia da segurança jurídica necessária para tanto (GUERRERO, 2017). Hoje, o instituto encontra-se consolidado no Brasil, com uma prática sólida e números expressivos, de forma que as principais câmaras internacionais de arbitragem passaram a olhar para o país com mais atenção.

À título de exemplo, a ICC inaugurou em maio de 2017 um escritório em São Paulo, sendo o terceiro escritório fora da sede em Paris e o primeiro na América Latina.² Os números do Brasil no contexto global da ICC são de destaque, ocupando em 2021 o 2º lugar no ranking geral de nacionalidade de partes, 6º lugar no ranking

¹ Francisco José Cahali ainda pontua (2018, p. 30): “quase tão antigo quanto a própria humanidade”.

² Alexis Mourre, então presidente da Corte da ICC, sobre o desenvolvimento da arbitragem na região (ICC, 2017): “Reforçar a presença da Corte em São Paulo é uma resposta direta à constante expansão do mercado latino-americano da arbitragem e um esforço contínuo para levar os serviços da ICC para mais perto dos usuários latino-americanos”.

geral de sede de arbitragens e 4º lugar no ranking geral de nacionalidade dos árbitros.

*3

A arbitragem no Brasil possui números expressivos, 289 arbitragens entrantes em 2019, 333 em 2020 e 322 em 2021. O número de arbitragens em andamento que em 2019 era de 967, em 2021 foi de 1047, quanto ao número total de valores das arbitragens entrantes em 2019 foi de R\$ 60,91 bi e em 2020 R\$ 64,52 bi. Nos últimos dois anos percebemos ainda a entrada de novos setores na arbitragem nacional, a saber, a arbitragem trabalhista e arbitragem esportiva. A confiança do setor trabalhista no instituto da arbitragem em muito é explicada pela edição da Lei nº. 13.467/2017, responsável por regular a arbitragem nesta área (LEMES, BARROS e HELLMMEISTER, 2022).

Apesar da realidade de sucesso do instituto da arbitragem no Brasil, há muita necessidade de atenção da comunidade arbitral brasileira, existindo ainda sim, influências e esforços contrários ao instituto principalmente no âmbito legislativo. Nesse sentido, está em máxima discussão o Projeto de Lei nº. 3.293/2021 (também conhecido como PL antiarbitragem), tal projeto foi elaborado sem a necessária discussão com a sociedade civil e sem a participação de especialistas e acadêmicos da área, o resultado é um PL que possivelmente põe em risco toda a prática da arbitragem no Brasil,⁴ tendo sido repudiado por mais de 40 instituições (REDAÇÃO JOTA, 2022).

Atento ao desenvolvimento do instituto no Brasil e sua constante mudança, é que surgem algumas discussões mais voltadas à prática da arbitragem, como a importação de institutos alienígenas, e é nesse cenário que se encontram as *anti-suit injunctions*, tema central deste trabalho.

As *anti-suit injunctions* são um mecanismo processual utilizado como medida de urgência para impedir o início de um procedimento ou obstar seu prosseguimento, daí seu nome - injunção contra o processo, em tradução livre. Pode ser proferida tanto por um juiz togado quanto por um árbitro, em face de uma ação judicial ou de uma arbitragem (GAILLARD, 2003, p. 1).

³ Números apresentados no *10th ICC Brazilian Arbitration Day*, em 10 de junho de 2022, em painel apresentado pela equipe da Secretaria da CCI Brasil.

⁴ O Prof. Cláudio Finkelstein pondera: “As propostas são impositivas e não precederam nenhuma instância de debate. A impressão que dá é que quem fez essa proposta desconhece o instituto da arbitragem. Estão tentando resolver alguns problemas que não existem com medidas que, para muitos colegas, podem acabar com o mercado de arbitragem, embora eu pessoalmente não acredite que vá acabar”. (REDAÇÃO JOTA. Os riscos do ‘PL antiarbitragem’ em trâmite no Congresso. Jota, São Paulo, 2022)

Assim, nos sistemas jurídicos inglês e americano, origem das *anti-suit injunctions*, a injunção é um meio de requerer à um juiz estatal que as partes sejam proibidas de iniciar a discussão em determinada jurisdição, pode ser arbitral, estatal ou estrangeira. A medida pode ser um importante instrumento de cumprimento de uma convenção de arbitragem quando uma parte se recusa a cumpri-la, garantindo assim a efetividade do contrato celebrado entre as partes.

Contudo, quando utilizada de forma diversa, a aplicação da *anti-suit injunction* contra uma arbitragem, requer a flexibilização do princípio competência-competência, o qual possui interpretação e aplicação diversa nos principais ordenamentos jurídicos. Enquanto nos Estados Unidos o princípio possui aplicação mais flexibilizada, no Brasil sua aplicação é mais rígida e afasta a intervenção estatal.

O princípio da competência-competência institui a regra de que, é o primeiro julgador que decidirá sobre sua própria competência (TALAMINI, 2016, p. 4). No âmbito arbitral, em primazia à convenção de arbitragem, é o árbitro quem possui tais poderes. Se uma parte requerer à um juiz estatal, por meio de uma injunção, que a contraparte seja impedida de buscar a prestação jurisdicional na arbitragem, inverte-se a competência para julgar sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem – consequentemente, sobre a competência do árbitro.

Justificam a importância do estudo e análise das *anti-suit injunctions*, o fato de ser um instituto importado de outro sistema jurídico, com interpretação distinta à nossa em relação ao princípio *competence-competence*. Naturalmente, institutos de ordenamentos estrangeiros requerem uma interpretação com o viés do ordenamento brasileiro, sob risco de ofensa ao direito. A importância da reflexão fica ainda mais evidente quando verificado o conflito entre o mecanismo das *anti-suit injunctions* e o princípio da competência-competência, o qual é um dos pilares do instituto da arbitragem no Brasil.

O presente trabalho se presta para analisar as medidas *anti-suit injunctions* sob a ótica do direito brasileiro, em especial, como e se, harmonizam com o princípio da competência-competência. Para abordar essa temática, serão apresentados, numa primeira, parte os aspectos históricos, como origem e fundamentos das *anti-suit injunctions* como obstáculo ao procedimento arbitral (1), em seguida, esmiuçaremos o princípio da competência-competência e seus contornos (2), para assim analisar a viabilidade das *anti-suit injunctions* e o seu desenvolvimento no direito arbitral brasileiro (3).

CAPÍTULO 1 - A ORIGEM DAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS

O mecanismo das *anti-suit injunctions* tem sua origem na *common law*, e como de costume, a prática jurídica brasileira sofre grande influência dos Estados Unidos da América, principalmente no que se refere a prática do direito privado (NUNES, 2005, p. 18). As injunções trata-se de uma medida de urgência, de natureza cautelar, para impedir ou obstar o prosseguimento de um procedimento judicial ou arbitral (SIVA e COSTA, 2012, p. 15), no presente trabalho, abordaremos somente as *anti-suit injunctions* intentadas contra procedimentos arbitrais, também chamadas de *anti-arbitration injunctions*.

A origem das medidas *anti-suit injunctions* remonta ao século XIII nos tribunais ingleses, quando a prática da *common law* estava muito baseada na equidade em detrimento do formalismo (SIVA e COSTA, 2012, p. 17). Justamente por isso, o fundamento para concessão da medida em sua origem está intimamente ligada ao conceito de *equity*, a determinação da injunção ocorria para impedir ou obstar procedimentos em jurisdições estrangeiras, quando o *lord chancellor* considerava o procedimento estrangeiro opressivo, parcial ou, que foi iniciado no exterior para dificultar a defesa de uma das partes (SIVA e COSTA, 2012, p. 18).

Importante esclarecer o conceito de *equity*, que é um termo utilizado para representar um conjunto de princípios e regras que buscam corrigir injustiças e impropriedades da lei. É um conceito característico do sistema *common law* e é uma forma dos tribunais adequarem a lei ao dinamismo das relações comerciais, um de seus efeitos é sempre dar aos jurisdicionados um remédio adequado (FRISON, 1993, p. 61; BORN, 2021).

O desenvolvimento das *anti-suit injunctions* é melhor observado no século XIV, quando a medida passou a ser utilizada contra partes que buscavam procrastinar processos se utilizando da conduta do *contempt of court* (SIVA e COSTA, 2012, p. 18).⁵ O uso das injunções contra arbitragens teve solo fértil nos Estados Unidos, quando inicialmente, no contencioso em que uma das partes era um Estado ou ente

⁵ O instituto do *Contempt of Court* se refere ao conjunto de normas que buscam garantir ao tribunal a possibilidade de impor a sua autoridade, fazer cumprir suas decisões e impedir e punir condutas nocivas ao correto andamento do processo além de atos de desobediência de ordens e decisões do tribunal por advogados e partes. Entre as condutas é possível citar o uso de linguagem insolente, ofensiva e inapropriada, condutas que buscam deliberadamente atrasar o procedimento, perturbar ou atrapalhar a disciplina necessária à administração da justiça.

estatal, a medida era usada para se refugiar em tribunais locais requerendo que a outra parte fosse proibida de iniciar uma arbitragem, muito embora tivesse sido pactuada uma convenção de arbitragem (NUNES, 2005, p. 24).

Hoje, o fundamento legal para concessão das *anti-suit injunctions* no direito inglês está previsto no artigo 37(1) do *Supreme Court Act* de 1981⁶ e no artigo 44(1) e (2) do *Arbitration Act* de 1996.⁷ O primeiro garante grande liberdade para a *High Court* conceder *anti-suit injunctions*. O último fundamenta os poderes para um tribunal arbitral garantir a eficácia de uma convenção de arbitragem, através do poder-dever de suspender um processo que viole a convenção de arbitragem.

O seu descumprimento é considerado *Contempt of Court*, e as penas são severas e incluem a privação de liberdade e confisco de bens (SIVA e COSTA, 2012, p. 19). Além disso, os tribunais britânicos adotam postura rígida e não costumam reconhecer sentenças estrangeiras e arbitrais que violam as determinações de uma *anti-suit injunction* (SIVA e COSTA, 2012, p. 19-20).

No cenário da União Europeia, o caso *Turner v. Grovit*, C-159/02, foi um importante marco de padronização da aplicação das injunções contra o processo, até então, o bloco carecia de padronização sobre a questão. Enquanto alguns países como a Inglaterra e a Escócia concediam tais medidas, outros países as rejeitavam. Notadamente, os países de tradição romano-germânica como França e Portugal,⁸ que condenam a sua extraterritorialidade (CLAVEL, 1999, p. 298).

O então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia⁹ analisou a concessão das referidas medidas contra ações judiciais, decidindo por desautorizar sua concessão

⁶ “The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.” (UNITED KINGDOM. Supreme Court Act 1981. UK Public General Acts, United Kingdom, London, 1981).

⁷ “(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

(e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.” (UNITED KINGDOM. Arbitration Act 1996. UK Public General Acts, United Kingdom, London, 1996)

⁸ A Lei de Arbitragem Portuguesa (Lei Nº 63/2011) veda expressamente a concessão de injunções contra procedimentos arbitrais em seu artigo 5(4):

“Artigo 5º (Efeito negativo da convenção de arbitragem):

4. As questões da nulidade, cessação de eficácia ou inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em processo cautelar instaurado perante o mesmo tribunal tendo como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral.” (PORTUGAL. Lei de Arbitragem Voluntária. Procuradoria Geral de Lisboa, Portugal, Lisboa, 2011)

⁹ Órgão que em 2009 com o Tratado de Lisboa teve seu nome alterado para Tribunal de Justiça da União Europeia.

contra ações que restavam pendentes em tribunais de Estados-membros da Comunidade Europeia. O primeiro julgamento sobre a concessão de *anti-suit injunctions* contra ações judiciais em favor de convenção de arbitragem celebrada entre as partes ocorreu em 2009, no caso *Allianz SpA v. West Tankers Inc.*. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia decidiu que tal medida violaria o Regulamento 44/2001, relativo à competência judiciária ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Dado ao caráter vinculante que possuem as decisões do referido tribunal, o caso foi de bastante repercussão e alvo de críticas pelo juristas da *common law*, que acusavam o órgão de ter desprivilegiado o instituto da arbitragem e tolerar a má-fé processual. Contudo, é importante pontuar que apesar das críticas dos *scholars* britânicos (CHARLES, 2009), as *anti-suit injunctions* não são ferramentas essencialmente necessárias à proteção da arbitragem. Países que não possuem a tradição de conceder tais medidas, como França, Portugal e Finlândia, são considerados países pró arbitragem. As críticas estão muito mais ligadas ao regular uso do remédio no sistema *common law* (SIVA e COSTA, 2012, p. 23).

A Suíça é outro importante polo da arbitragem internacional a não conceder as injunções em casos que foi pactuada uma cláusula compromissória válida, sob o fundamento de violação dos artigos II(1) e II(3) da Convenção de Nova York de 1958, relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. O posicionamento das cortes suíças é claro em privilegiar a convenção de arbitragem, só reconhecendo a decisão acerca da jurisdição do tribunal arbitral se exarada pelo próprio tribunal ou por um tribunal estatal em momento posterior ao procedimento arbitral.¹⁰

Importante notar que apesar de países como Inglaterra¹¹ e Estados Unidos¹² utilizarem a injunções contra o processo como ferramenta válida, flexibilizando os

¹⁰ Nesse sentido, o Tribunal Federal Suíço decidiu:

“A foreign state court which, notwithstanding the presence of the conditions of Art. II of the [New York] Convention, does not refer the parties to arbitration but takes the dispute into its own hands lacks thus indirect jurisdiction [necessary for recognition of a foreign judgment] and its decision cannot be recognized in Switzerland, unless the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal is determined by the tribunal itself or in the context of a review by a state court.” (SWITZERLAND. Bundesgericht - Compañía Minera Condesa SA und Compañía de Minas Buenaventura SA v. BRG-Pérou S.A.S. und Tribunal Arbitral CIA. 19 de dez. 1997, p. 86-87)

¹¹ Nesse sentido, segue a jurisprudência inglesa (UNITED KINGDOM. *Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV v. Bank of China Ltd.* England and Wales High Court, 999. 17 de abr. de 2015; UNITED KINGDOM. *AdActive Media Inc. v. Ingrouille.* England and Wales Court of Appeals, Civ 313. 05 de mar. de 2021)

princípios da autonomia da convenção de arbitragem e da competência-competência, seus tribunais também não reconhecem decisões judiciais antiarbitragem quando a cláusula pactuada é válida (BORN, 2021, p. 1349-1422).

1.1. Fundamentos e Finalidade

De modo geral, os fundamentos tradicionais para concessão de uma *anti-suit injunction* são: (i) *forum non conveniens*; e (ii) “o bom fim de justiça”. Enquanto o primeiro busca vincular o litígio ao foro natural, aquele que possui maior vínculo, o segundo está atrelado ao conceito de *equity* e os remédios a este inerentes (NUNES, 2005, p. 20). Para a concessão de uma medida com base no “bom fim de justiça” são necessários alguns requisitos, dentre os quais discorre Thiago Marinho Nunes (2005, p. 20):

Segundo os grandes princípios da equity, os juízes possuem um poder discricionário para ordenar ou recusar os remédios inerentes à equity. Dessa forma, para obter um julgamento com base na equity, o demandante deve satisfazer certos critérios. Entre esses critérios, três máximas podem ser citadas: aquele que recorre à noção de equity deve possuir as mãos limpas; aquele que deseja um julgamento com base na equity deve agir conforme os princípios da equity; a equity não permite que um problema jurídico reste sem remédios.

Em se tratando das injunções contra arbitragens é importante pontuar que a doutrina internacional indica se tratar de uma proibição à parte e não um controle de legalidade do procedimento arbitral, tanto que é dirigida somente à uma das partes (BACHAND, 2004, p. 164). Paradoxalmente, para um juiz estatal proibir uma parte de iniciar ou prosseguir em um procedimento arbitral, é necessário que a jurisdição arbitral seja incompetente para tratar da matéria, de forma que é necessário que o juiz realize uma análise pelo menos *prima facie* da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (NUNES, 2005, p. 22).

¹² Nesse sentido se assenta a jurisprudência americana: “a court may decline to recognize a foreign judgment if the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute was to be settled out of court” (UNITED STATES OF AMERICA. Iraq Middle Market Dev. Found. v. Harmoosh. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 947 F.3d 234, 2020); (UNITED STATES OF AMERICA. Montebueno Marketing, Inc. v. Del Monte Corporation-USA. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 570 F. App'x 675, 2014).

Na Inglaterra, os tribunais podem conceder uma *anti-suit injunction* contra uma arbitragem quando preenchidos os seguintes pressupostos: (i) o tribunal possuir jurisdição sobre o réu, (ii) quando o pedido é feito em tempo hábil e por fim, (iii) o tribunal deve levar em consideração o estágio dos procedimentos (LEW, MISTELIS e KROLL, 2003, p. 365), analisando a adequação do pedido. Nos Estados Unidos é necessário que (i) haja risco de *irreparable harm* para concessão de uma injunção contra a arbitragem, e (ii) o tribunal deve levar em consideração ainda o estágio dos procedimentos e a expectativa das partes em litigar nesse tribunal em específico (LEW, MISTELIS e KROLL, 2003, p. 366).

Em análises mais rígidas, é esperado que tribunais concedam *anti-suit injunctions* somente em casos que não existe uma convenção de arbitragem, ou essa seja inválida, nula, sem efeitos, inoperante ou inexecutável, nos termos do artigo II da Convenção de Nova York. (LEW, 2003, p. 31-32)

Os objetivos das *anti-suit injunctions* apresentadas contra arbitragens são principalmente dois, (i) impedir a realização de um procedimento arbitral, e (ii) impedir a execução de uma sentença arbitral.

1.2. Prática dos Tribunais Internacionais de aplicação da medida

O caso *HUBCO v. Water and Power Development Authority of Pakistan* (WAPDA) é um dos mais famosos casos de suspensão de uma arbitragem em andamento, pela concessão de uma *anti-suit injunction* por um tribunal estatal. O caso reafirma o caráter intervencionista dos tribunais paquistaneses quando a disputa envolve um ente estatal ou empresa pública, além de evidenciar clara desconfiança com arbitragem internacional, principalmente em se tratando de disputa envolvendo investimento estrangeiro. A leitura de tribunais intervencionistas tende a considerar a arbitragem um método favorável ao investidor estrangeiro em detrimento da empresa ou ente nacional.

O caso envolve a construção e exploração de uma central de energia elétrica no Paquistão, no qual as partes celebraram um contrato e uma série de aditamentos, contendo uma cláusula compromissória para resolução de litígios em Londres, com as leis inglesas e regras da ICC (*HUBCO v. WAPDA*). Toda a operação estava avaliada em R\$ 1.8 bilhão de dólares (KHAN, 2000; *HUBCO v. WAPDA*). Em 1998 as partes

entraram em desacordo acerca da fórmula de cálculo do preço da energia produzida pela central de energia, assim a HUBCO iniciou um procedimento arbitral em Londres sob administração da ICC. A WAPDA, alegando que os contratos eram ilegais, pediu uma medida antiarbitragem na Suprema Corte paquistanesa para que a arbitragem fosse suspensa (NUNES, 2005).

A Suprema Corte entendeu que houve corrupção e ilegalidade na negociação do contrato e seus aditamentos. Por tratar de questões penais e de defesa da ordem pública a matéria não seria arbitrável, impedindo assim, a HUBCO de perseguir a discussão da matéria na arbitragem iniciada no Reino Unido (BARRINGTON, 2000, p. 2-8). A decisão da maioria, por 3-2, entendeu que houve abuso de poder de funcionários públicos, nos termos que segue (*HUBCO v. WAPDA*):

These circumstances, prima facie, do establish the case of misuse of power by public functionaries for extraneous considerations requiring detailed examination and decision by a court of law after full-fledged trial. (...) Therefore, we are of the considered view that according to the public policy such matters, which required finding about alleged criminality, are not referable to Arbitration.

A decisão foi fortemente criticada por juristas, a esse respeito, merece destaque os comentários de Abdulhay Sayed (2004, p. 73):

The political circumstances that surrounded the Hubco vs. WAPDA case prevent the drawing of useful conclusions. In particular, one is unable to conclude as to whether there exists a rule on the non-arbitrability of corruption matters in Pakistani Law. The Supreme Court decision lacks substantiation and motivation.

A decisão ignora princípios essenciais da arbitragem internacional como a autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato, além do princípio da competência-competência (NUNES, 2005).

CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO COMPETENCE-COMPETENCE

O princípio *competence-competence* diz respeito sobre os efeitos da celebração de uma convenção de arbitragem¹³, ou seja, das consequências da vinculação das

¹³ A convenção de arbitragem é o meio que duas ou mais partes decidem submeter suas disputas para arbitragem. A convenção de arbitragem pode ser dividida entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral, enquanto o primeiro é uma convenção para se arbitrar futuras disputas, o

partes à arbitragem. Enquanto as partes concederam jurisdição para o tribunal arbitral decidir sobre a sua causa, chamado efeito positivo da convenção de arbitragem, também renunciaram ao seu direito de litigar nos tribunais estatais, o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem. Não seria possível outorgar jurisdição ao tribunal arbitral sem antes renunciar do seu acesso à justiça estatal, sob pena de conflito de competências.

Dentre as competências concedidas ao tribunal arbitral, está a competência para julgar sobre a sua própria competência, poderes essenciais para garantir o bom funcionamento da arbitragem. A regra impede que qualquer questionamento acerca da competência do árbitro instaure um procedimento judicial paralelo, prezando assim, por um procedimento arbitral livre de interferências externas (NETO, 2015, p. 24; CARMONA, 2009; TALAMINI, 2016).

Existem diversas terminologias utilizadas para se referir ao princípio como princípio *jurisdiction-competence*, *who decides question*, e a terminologia mais famosa *kompetenz-kompetenz*. Contudo, esta última não tem sua origem clara e inclusive recebe diversas críticas da doutrina (BORN, 2021, p. 1142).

Lecionam Emmanuel Gaillard e John Savage, que tal terminologia é um paradoxo pois, seguindo à risca seu significado, os árbitros teriam poderes para decidir sobre sua própria competência em decisão única, sem chance de revisão, entendimento que é rechaçado não só pelos alemães, mas em todos os outros ordenamentos jurídicos (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 396). Por isso, não se recomenda o seu uso (BORN, 2021, p. 1143), a terminologia difere substancialmente do sentido em que é empregada (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 396).

Preferencialmente, indica a doutrina o uso da expressão francesa *competence-competence*, termo utilizado pelas cortes francesas desde 1949 e que mantém o significado original do princípio (JOLIDON, 1984, p. 397), contudo, sem prejuízo do uso da versão portuguesa do princípio: 'competência-competência'.

2.1. Fundamentos

último é uma convenção para se arbitrar uma disputa já existente. A distinção tinha efeitos práticos quando os tribunais e leis requeriam que a cláusula compromissória fosse posteriormente ratificada para que pudesse ser considerada válida e eficaz, geralmente com a assinatura de um compromisso arbitral. Contudo, não mais persiste tal requerimento, caindo por terra a necessidade de tal distinção. Apesar da lei brasileira de arbitragem prever ambas as espécies de convenção de arbitragem, muitos ordenamentos não mais fazem tal distinção, como é o caso suíço no Federal Act on Private International Law, o Código Judicial Belga e o ICSID.

Apesar de ser um efeito da convenção de arbitragem, a competência do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição não possui sua origem na própria convenção de arbitragem, nem no princípio do *pacta sunt servanda* - que vincula as partes ao quanto contratado (BORN, 2021, p. 1163; GAILLARD, 2003). Na verdade, o fundamento do princípio da competência-competência provém da legislação aplicável à convenção de arbitragem, ou da legislação do local onde a sentença arbitral será executada (ANCEL, 2005, p. 54) (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 400). Sobre o assunto, esclarecem Emmanuel Gaillard e John Savage (1999, p. 400):

If that were the case [if the principle of competence-competence results from the arbitration agreement], one would immediately be confronted with the 'vicious circle' argument put forward by authors opposed to the competence-competence principle: how can an arbitrator, solely on the basis of an arbitration agreement, declare that agreement to be void or even hear a claim to that effect?

Relevante diferenciar os efeitos das leis de um país, em relação aos efeitos das regras das câmaras de arbitragem. Apesar de muitos regulamentos de arbitragem institucionais reconhecerem o princípio *competence-competence*, em nada agregam a sua eficácia. Os regulamentos de arbitragem institucional derivam da autonomia contratual das partes, a qual não pode se sobrepor ao ordenamento jurídico nacional (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 398-399).

Em termos práticos, as partes não podem outorgar poderes ao árbitro que excedam o permissivo legal, por exemplo, atribuir competência à um árbitro para decidir sobre uma matéria inarbitrável.

Algumas das previsões mais antigas do princípio estão na Convenção de Washington de 1965, que criou o ICSID e na Convenção Europeia de 1961, em seu artigo V, §3º:

subject to any subsequent judicial control provided for under the lex fori, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part.

De fato, o principal normativo a divulgar e estabelecer universalmente o princípio da competência-competência foi a Lei Modelo da UNCITRAL, editada em 1985. Pautada na função de promover a harmonização do direito comercial internacional, a UNCITRAL elaborou a Lei Modelo para estabelecer um padrão a ser adotado pelos países quando da elaboração das leis nacionais sobre arbitragem. Atualmente, a UNCITRAL reconhece 85 países que basearam a sua legislação na Lei Modelo.¹⁴ O artigo 16º da Lei Modelo estabelece:

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.

(2) A alegação da falta de competência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até a apresentação das alegações de defesa. O fato de uma das partes ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir esta alegação. A alegação de que o tribunal arbitral está excedendo o escopo da convenção de arbitragem deve ser arguida logo que surja a questão que se entenda fora do escopo da convenção de arbitragem no decurso do procedimento arbitral. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma alegação arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora.

(3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o mérito da disputa. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 (trinta) dias após ter sido notificada dessa decisão, pedir ao tribunal estatal referido no artigo 6.º que decida a questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento arbitral e proferir a sentença arbitral.

Cabe esclarecer que a Convenção de Nova York de 1958 não possui previsão do princípio devido seu escopo, que ocupa-se das condições de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, portanto, não abrange o princípio *competence-competence*. Apesar disso, não quer dizer que a Convenção de Nova York é irrelevante para o assunto, alguns de seus dispositivos reconhecem poderes para tribunais arbitrais e tribunais estatais julgarem sobre a competência dos tribunais arbitrais.

Gary Born leciona que a interpretação correta da convenção garante poderes para tribunais arbitrais julgarem sobre sua própria competência, sendo tal decisão

¹⁴ UNICTRAL. Model Law. Disponível em:

<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>. Acesso em 19 de outubro de 2022.

sujeita à revisão pelos tribunais nacionais em momento posterior (BORN, 2021, p. 1146), tal entendimento decorre dos seguintes artigos:

Artigo II

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

(...)

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

(...) c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada;¹⁵

No direito brasileiro, temos a positivação do princípio em 1996 com a edição da Lei de Arbitragem, em seu artigo 8º, parágrafo único:

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.¹⁶

E os efeitos negativos da convenção de arbitragem podem ser extraídos do artigo 485, VII do CPC:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;¹⁷

2.2. Efeitos

¹⁵ BRASIL. Decreto Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso e 29 de out. de 2022.

¹⁶ BRASIL. Decreto Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso e 29 de out. de 2022.

¹⁷ BRASIL. Lei N. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 16 de out. 2022.

A convenção de arbitragem concede jurisdição ao tribunal arbitral para proferir uma sentença resolvendo a disputa entre as partes, mas também delimita sob quais matérias o tribunal arbitral terá jurisdição para decidir (BORN, 2021, p. 1140). Dentre essas matérias arbitráveis, está a jurisdição do próprio tribunal arbitral. Caso a validade, existência e/ou eficácia da convenção seja questionada, ou se de fato, esta possui alguma patologia ou ambiguidade, caberá ao árbitro interpretar e decidir sobre sua própria jurisdição.

Isso não significa, contudo, que a decisão de um árbitro sobre sua jurisdição não possa ser reavaliada, o comando é que o árbitro deve decidir sobre sua própria competência, não que ele é o único com poderes para tanto (BORN, 2021, p. 1143; CAHALI, 2018; CARMONA, 2009). Leciona a doutrina francesa que em caso de uma das partes requerer a anulação da sentença, ou buscar a execução desta, o tribunal estatal deverá sim revisar a questão concernente a convenção arbitral e a jurisdição do árbitro (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 400-401).

Existe, portanto, uma competência concorrente e o que garante a harmonização das duas jurisdições é a divisão dessas competências em momentos diferentes (LEE, 2006). O próprio princípio da competência-competência estabelece as regras de divisão do exercício dessa competência concorrente entre juiz e árbitro, trata-se dos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem. É a existência conjunta de ambos que garante uma preferência temporal ao árbitro, em relação ao juiz estatal.

No direito brasileiro, a intervenção judicial posterior é possível e sua cognição é plena e aprofundada, não se limitando à uma análise *prima facie* (TALAMINI, 2016, p. 5). Inclusive o art. 32, inciso, I da Lei de Arbitragem, estabelece a invalidade da convenção de arbitragem como um dos fundamentos para anulação da sentença arbitral.

2.2.1. Efeito Positivo

No direito nacional e internacional o efeito positivo está pacificado, e inclusive positivado na Lei de Arbitragem, além de outras legislações estrangeiras. Dele decorre o entendimento de que, com a apresentação do pedido de instituição de arbitragem, é reservado ao juízo arbitral o exercício da competência sobre a matéria, inclusive sobre

a existência, validade e eficácia da convenção arbitral (BERALDO, 2014; GUERRERO, 2017).

Os critérios sobre a existência, validade e eficácia são estabelecidos no Direito Civil, devendo o árbitro verificar se estão presentes as hipóteses de nulidade ou de defeitos do negócio jurídico previstos no Código Civil (NETO, 2015, p. 201).

O árbitro poderá decidir sobre a sua competência logo no início do procedimento, no decorrer do procedimento por meio de uma sentença parcial, ou ao final, por meio da sentença final. Constatada sua incompetência, deverá conjuntamente encerrar o procedimento arbitral (NETO, 2015, p. 26; BERALDO, 2014; CARMONA, 2009; CAHALI, 2018).

Percebe-se que há uma clara preferência temporal ao árbitro, em relação ao juiz estatal, que deverá exercer tal competência em momento posterior (TALAMINI, 2016, p. 6-7; CAHALI, 2018). Corolário lógico do efeito positivo é proteção do instituto da arbitragem de manobras dilatórias (CARMONA, 2009). Caso não fosse dado ao árbitro a possibilidade de se manifestar anteriormente sobre sua própria competência, bastaria que a parte demandada questionasse sua jurisdição para travar o procedimento arbitral e obrigar a parte demandante se dirigir à um tribunal estatal para que buscasse a confirmação da competência do juízo arbitral, em clara inversão do das posições processuais e do ônus da prova (ANCEL, 2005, p. 54).

Outra justificativa lógica do efeito positivo é que não há relação de subordinação entre juiz e árbitro (ANCEL, 2005, p. 54). Suspender o procedimento arbitral até que um juiz estatal confirmasse a sua competência seria agir contra essa relação paritária.

2.2.2. Efeito Negativo

Enquanto o efeito positivo é regra direcionada ao árbitro, o efeito negativo da convenção de arbitragem é direcionado ao juiz, se trata de comando para que este se abstenha de conhecer da questão da competência do juízo arbitral antes de decisão do árbitro sobre esta (ANCEL, 2005, p. 55; WALD, 2006). Percebe-se que o efeito negativo atua justamente para confirmar e proteger o efeito positivo, completando assim a função dúplice do princípio da competência-competência.

Pormenorizando, o efeito negativo apenas limita o exercício da competência do juiz estatal, estabelecendo um limite a tal poder – de só conhecer e se manifestar sobre a competência do juízo arbitral após o término do processo arbitral (NETO, 2015, p. 27;

WALD, 2006), antes da prolação da sentença final arbitral, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Conforme mencionado, o efeito negativo da convenção de arbitragem não é absoluto, ou seja, ele não afasta totalmente o juiz estatal de conhecer sobre a matéria de competência do juízo arbitral, apenas cria uma restrição temporal. Esse entendimento radical que inviabilizaria totalmente a revisão judicial se consolidou na Alemanha em 1950, mas já foi superada (TALAMINI, 2016, p. 4), inclusive, a prática e as legislações nacionais garantem expressamente ao juiz estatal a chance de rever a decisão do árbitro sobre sua própria competência, após o término do procedimento arbitral (NETO, 2015, p. 27).

Ainda que não absoluto, o efeito negativo não é aceito com a mesma escala que o efeito positivo, a China por exemplo, não reconhece relevantes efeitos negativos da convenção de arbitragem (BORN, 2021, p. 1142), mas ambos efeitos são reconhecidos no direito brasileiro.

2.3. Exceções e limites ao princípio *competence-competence*

Importante pontuar a existência de diferentes correntes doutrinárias sobre o tema que existem, Lucas Britto Mejias dividiu as correntes doutrinárias nacionais em três categorias, cada uma trazendo um modelo de aplicação do princípio competência-competência (MEJIAS, 2015, p. 98; RAMOS, 2019). São elas: (i) plenos poderes ao exercício da competência pelo juiz; (ii) interferência judicial em casos excepcionais e de maneira limitada; e (iii) impossibilidade de interferência judicial antes da prolação de sentença pelo árbitro (RAMOS, 2019).

A primeira corrente, defendida por Gustavo Tepedino e Joaquim Paiva Muniz, entende que o Poder Judiciário poderá conhecer da matéria a qualquer momento, e com cognição exauriente, sob risco de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, tal entendimento em muito se fundamenta no artigo II(3) da Convenção de Nova York, que permite aos tribunais estatais analisarem a convenção de arbitragem, sem contudo, explicitar o momento (TEPEDINO, 2008, p. 158-159; MUNIZ e BASÍLIO, 2002, p. 272-278; RAMOS, 2019).

A segunda corrente aparenta ser um intermédio entre as demais, reconhece a primazia do árbitro, contudo, em casos excepcionais a intervenção judicial é possível, mas de maneira limitada. É a posição defendida até aqui, no caso excepcional de

defeitos inequívocos e aparente *prima facie*, sem a necessidade de dilação probatória e cognição exauriente é possível os juízes conhecerem da matéria. São defensores dessa corrente Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Carmona, Cláudio Finkelstein, Franciso José Cahali, João Luiz Lessa Neto e Leonardo de Faria Beraldo (BERALDO, 2014, p. 196; CAHALI, 2018, p. 108; CARMONA, 2009, p. 177; NETO, 2017, p. 156; FINKELSTEIN, 2007, p. 47-48).

A terceira corrente entende que a única possibilidade de análise pelo Poder Judiciário acerca na existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é após a prolação da sentença pelo árbitro. São defensores dessa corrente João Bosco Lee e Luis Fernando Guerrero, entre outros (LEE, 2006, p. 23-33; GUERRERO, 2017, p. 161).

No presente trabalho, adotar-se-á a corrente que prevê a possibilidade de análise *prima facie* pelo tribunal estatal em casos excepcionais, ser a corrente doutrinária de maior consenso e de larga aplicação na jurisprudência. Ainda, tal interpretação aparenta ser a mais ponderada, já que ao mesmo tempo que dá primazia ao árbitro, o que parece a vontade do legislador no artigo 8º, *caput*, da Lei de Arbitragem, também permite a cognição *prima facie* em casos excepcionais, em função da economia processual, atendendo à razoabilidade.

Assim, a intervenção anterior à instauração de uma arbitragem para a declaração da nulidade da convenção é bem restrita. Em nosso ordenamento, somente nos casos de vícios evidentes, de inequívoca inexistência, invalidade ou ineficácia é que o juiz pode declarar nula a convenção (TALAMINI, 2016, p. 6; CARMONA, 2009; CAHALI, 2018). Ressalvados os casos teratológicos, se aplica o artigo 485, inciso VII, do CPC, devendo o processo ser extinto sem o exame do mérito.

Cita-se o caso de instauração de procedimento judicial em conflito com uma convenção de arbitragem. Nessa situação, a parte deve alegar a existência de convenção de arbitragem, e inevitavelmente o juiz deverá fazer uma análise superficial, *prima facie*, sobre a existência, validade e eficácia da convenção para então ou encaminhar as partes para a arbitragem ou declarar a nulidade ou inaplicabilidade da convenção, se esta possuir vício evidente (TALAMINI, 2016, p. 6).

Nesses casos que as partes recorrem ao Poder Judiciário sob outra premissa, como a concessão de uma preliminar pré-arbitral - reconhecida pela Lei de Arbitragem em seu art. 22-A, “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao

Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”¹⁸ -, ou quando a instauração do procedimento arbitral requer indicação pelo juiz, o juiz inevitavelmente deverá fazer um julgamento mínimo sobre a existência da convenção de arbitragem, não se tratando de cláusula patológica, as partes devem ser submetidas à arbitragem.

Eduardo Talamini entende que os referidos casos não se tratam de exceção ao princípio da competência-competência, observa o autor (2016, p. 6):

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

Do ponto de vista lógico, de fato, há que se sustentar que o juiz deve declarar a nulidade, inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem nos casos manifestos e inequívocos. O juiz deve levar em consideração a economia financeira das partes ao tomar sua decisão, iniciar um procedimento arbitral é algo extremamente custoso, em casos claros de nulidade seria desarrazoado obrigar sua instauração.

Mas reitera-se, a análise do juiz não deve ser exauriente, não deve exigir produção de provas nem adentrar no mérito da disputa, nesse sentido, dispõe a Ministra Fátima Nancy Andrichi (Medida Cautelar 14.295-SP):

Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissária deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. A *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida. Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para dirimir essas matérias assim

¹⁸ BRASIL. Lei N. 9.307/1996. Lei de Arbitragem. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 18 de out. 2022.

como para decidir sobre sua própria competência. Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.307/96, que se censura atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tomar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.

2.4. Importância do Princípio *competence-competence*

O princípio da competência-competência atua em benefício da arbitragem em diversos aspectos. Entre eles, destaca-se a vedação a manobras dilatórias de uma parte de má-fé, nesse sentido, a preferência temporal dada ao árbitro é uma ferramenta eficaz para garantir a celeridade (ANCEL, 2005, p. 61; CAHALI, 2018, p. 149). Em questão à coerência, o princípio reforça a relação paritária entre árbitro e juiz, não estando o árbitro subordinado ao juiz, não é necessário a homologação do procedimento arbitral para seu início.

O princípio prestigia a escolha das partes e afasta o risco de desestímulo à pactuação de convenção de arbitragem, uma vez que inibe a intervenção estatal prematura e manobras dilatórias maliciosas (CAHALI, 2018, p. 149). De fato, a sua inexistência, não reconhecimento ou aplicação no Brasil impediria a prática da arbitragem. Tal princípio é de decorrência lógica e natural do ato do julgador como leciona Ricardo Ranzolin (2011, p. 138):

se fosse subtraída a condição de examinar a sua própria condição de apreciá-la daquele que aprecia uma questão, tornar-se-ia logicamente impossível a apreciação de qualquer coisa por quem quer que seja. Assim, a não adoção do princípio remeteria a dilema insolúvel, na prática.

Do ponto de vista lógico, a ausência do comando da competência-competência traria o paradoxo de impossibilidade do tribunal arbitral declarar a sua própria incompetência, gerando um vácuo jurisdicional (TALAMINI, 2016, p. 4). Havendo competência concorrente entre tribunal estatal e árbitro, diversos problemas podem ser gerados, principalmente no campo da arbitragem internacional. Ao tratar sobre os benefícios do efeito negativo da convenção de arbitragem, assim leciona Bertrand Ancel (2005, p. 63):

Certamente a concorrência de competências, do ponto de vista da ordem jurídica estatal do juiz, se resolve em benefício deste, de sorte que a

constatação da nulidade ou da inexistência do acordo de arbitragem impõe ao árbitro o dever de renunciar à continuidade de uma missão que não lhe pertence.

Entretanto, de que forma, em uma arbitragem internacional, assegurar que o árbitro se inclinará, principalmente se o juiz que pronuncia a ineficácia do acordo não é o do local da arbitragem? Se o árbitro está convencido de sua própria competência, se deixará impedir pela decisão contrária do tribunal? Ademais, ele pode pensar que a sua opinião, recusada por um juiz, é tão bem fundamentada que será compartilhada pelos juízes dos outros Estados. É claro que um juiz inglês poderá tentar impor seu ponto de vista sobre o árbitro endereçando às partes uma medida de não-fazer (anti-suit injunction), mas essa possibilidade pressupõe a reunião de condições precisas e, sem estar ao abrigo de uma contramedida (anti-anti-suit injunction), ele fica ligada a uma certa concepção de poder judiciário que não é universal. De qualquer forma, a relatividade das soluções nacionais é fator de insegurança jurídica. Neste caso, a competência exclusiva do árbitro, mesmo que apenas temporária, é menos perigosa.

2.5. O Princípio *Competence-competence* no direito comparado

O princípio *competence-competence* é reconhecido praticamente em todos os ordenamentos jurídicos onde se verifica a prática da arbitragem e naturalmente, seu significado e aplicação variam de um ordenamento para o outro (BORN, 2021, p. 1141). Em síntese, o principal fator de oscilação é a rigidez de aplicação do princípio, ou seja, qual o momento de exercício da competência do tribunal arbitral e do tribunal estatal.

Notadamente, são nos ordenamentos do sistema *common-law* onde a aplicação do princípio é mais atenuada (GAILLARD e SAVAGE, 1999; NUNES, 2005). Esse fato, é um dos fatores que fez países como Estados Unidos e Inglaterra serem terra fértil para o desenvolvimento das medidas antiarbitragem, além de possibilitarem o exame judicial prévio mais aprofundado da convenção arbitral (TALAMINI, 2016, p. 5).

Os Estados Unidos são o exemplo mais claro de ordenamento em que o efeito negativo da convenção de arbitragem possui pouca ou nenhuma aplicação (TALAMINI, 2016, p. 5; NUNES, 2005). Nos casos mais extremos, os tribunais estatais analisam extensivamente as questões de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, ainda que o procedimento arbitral esteja em andamento (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 408).

Diametralmente oposto está o ordenamento jurídico francês, no qual o instituto da arbitragem goza de natureza quase totalmente autônoma do direito estatal, assim o efeito negativo é interpretado de maneira bem liberal e pró-arbitragem (GAILLARD, 2003; BORN, 2021). Os tribunais franceses só poderão debruçar-se sobre a convenção

de arbitragem antes da instauração do processo arbitral, em casos de vícios flagrantes, aferíveis *prima facie* (TALAMINI, 2016, p. 5; NUNES, 2005). A revisão de sentenças arbitrais é prevista no artigo 1.502, do Código de Processo Civil francês, contudo, esta é de aplicação extremamente limitada e com pouquíssimos casos de sucesso na jurisprudência francesa (TALAMINI, 2016). Países como Cingapura e Índia seguem aplicação muito similar à francesa (BORN, 2021, p. 1142).

A Inglaterra historicamente apresenta entendimento mais aproximado aos Estados Unidos quanto à aplicação do princípio e atenuação do seu efeito negativo (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 408). Mas atualmente a prática inglesa tem se distanciado de tal entendimento, principalmente após a edição do *English Arbitration Act* de 1996, que adotou abordagem ligeiramente diferente e dirigiu a prática jurídica para uma aplicação do princípio *competence-competence* menos atenuada (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 409). Os tribunais ingleses podem decidir sobre a competência do juízo arbitral com a concordância das partes ou do tribunal arbitral, ainda assim, o juiz precisaria analisar se a transferência da competência é economicamente interessante para as partes, se o pedido foi feito sem demora injustificada e se existe uma razão válida para deslocar a competência (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 410-411).

A Suíça adota regimes diferentes para arbitragens nacionais e internacionais, enquanto na primeira só é possível a intervenção judicial perante vício aferível *prima facie*, na segunda somente o controle judicial posterior é possível, mas para exame pleno da existência, validade e eficácia da convenção arbitral (TALAMINI, 2016, p. 5; GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 409).

No ordenamento português, segue-se a regra suíça de controle judicial prévio somente nos casos de patente vício na convenção de arbitragem, aferível *prima facie*, e a revisão posterior ao fim do procedimento arbitral com cognição plena e exauriente (TALAMINI, 2016, p. 5). Cabe ressaltar que apesar de ser possível apresentar ação judicial contra decisão interlocutória arbitral, que reconhece a competência do árbitro, tal medida não obsta o prosseguimento do procedimento arbitral, inclusive, são expressamente vedadas as medidas antiarbitragens (TALAMINI, 2016, p. 5).

A Alemanha, conforme mencionado, teve no passado uma aplicação mais radical do princípio *competence-competence*, contudo, tal entendimento jurisprudencial foi superado. Atualmente, é possível impugnar sentenças interlocutórias arbitrais sem, contudo, suspender o curso do procedimento arbitral, assim como a intervenção judicial posterior ao procedimento arbitral para verificação da existência, validade ou eficácia

da convenção de arbitragem (TALAMINI, 2016, p. 5; GAILLARD e SAVAGE, 1999). Posterior à instauração da arbitragem também é possível ajuizar ação para analisar a competência do árbitro, é a chamada “prioridade condicionada” (NETO, 2015, p. 202).

2.6. Princípio da autonomia da convenção de arbitragem

Seria incompleta uma análise do princípio da competência-competência, sem falar de outro princípio comumente analisado em conjunto, o princípio da autonomia da convenção de arbitragem, também chamado de separabilidade da convenção de arbitragem. Não se ignora aqui que são conceitos analiticamente distintos, como inclusive será tratado abaixo, mas é incontestável que os dois princípios se cruzam e se complementam em algumas circunstâncias, o que justifica a análise conjunta no presente estudo.

Dito princípio estabelece que a cláusula compromissória possui autonomia do contrato onde está inserida (CARMONA, 2009, p. 173; BERALDO, 2014). Essa característica, garante dois efeitos diretos, o primeiro é que a nulidade ou anulabilidade do contrato não afete por consequência, necessariamente, a validade da cláusula, importante atributo que salvaguarda o instituto da arbitragem (NETO, 2015, p. 107). O segundo efeito, diz respeito à lei aplicável, uma vez que são contratos distintos entre si, o contrato e a convenção de arbitragem podem ser regidos por leis e normas distintas (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 210).

Desse modo, a novação das obrigações do contrato principal não anula a convenção de arbitragem, bem como a resolução do contrato principal, não necessariamente irá acabar com a eficácia da cláusula compromissória (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 210). Contudo, a autonomia da convenção de arbitragem é um conceito jurídico e não fático, a convenção de arbitragem não precisa estar fisicamente apartada do contrato principal, bem como a anuência à convenção não precisa estar separada, a assinatura no contrato principal que possui em seu corpo uma cláusula compromissória é o suficiente para demonstrar anuência (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 209; LEE, 2006).

A nulidade de um negócio jurídico não influencia no outro, assim, o primeiro efeito direto do princípio da autonomia da cláusula compromissória acaba por estender os efeitos da convenção de arbitragem. Ainda que fosse pugnada pela nulidade integral do contrato, o árbitro ainda sim teria competência para julgar essa causa (TALAMINI,

2016, p. 5; CARMONA, 2009). Caso contrário, dificilmente tal discussão seria resolvida na via arbitral, bastando uma das partes alegar a nulidade do contrato para necessidade de intervenção judicial (CARMONA, 2009, p. 173), mais do que isso, se o árbitro reconhecesse a nulidade do contrato, reconheceria a própria incompetência, de jeito que tal decisão, não sobre a sua jurisdição, mas sobre o direito material, não teria valor nenhum.

Sobre a relação entre o princípio da competência-competência e da separabilidade da convenção de arbitragem, leciona Rafael Francisco Alves (2009, p. 11):

Os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da competência-competência representam, assim, um reforço ao efeito negativo da convenção de arbitragem, hipóteses adicionais que excluem o conhecimento do juiz estatal e garantem a eficácia da opção pela arbitragem.

Além de questões operacionais e do fator otimizador, como mencionado alhures, alguns doutrinadores e a jurisprudência do STJ (Recurso Especial 1.972.512/CE), citam a própria natureza da cláusula compromissória para justificar o princípio. A cláusula seria entendida como um negócio jurídico por si própria, um contrato no qual as partes decidem submeter suas futuras disputas à arbitragem, inserida dentro de um contrato, o contrato principal (NETO, 2017, p. 110; CARMONA, 2009, p. 25; COSTA, 2006, p. 48-50; FILHO, 2002, p. 46-56; THEODORO JR., 2011, p. 30).

Destarte, depreende-se que os princípios da competência-competência e da autonomia da convenção de arbitragem são complementares, enquanto o primeiro é estritamente processual, alocando a competência, o segundo trata do direito material, garantindo tratar-se de dois negócios jurídicos distintos (NETO, 2017, p. 112). Alguns doutrinadores vão além, defendem que não há mera complementariedade entre os princípios, mas sim uma verdadeira simbiose. Sobre a indissociabilidade dos princípios, discorre Eduardo Talamini (2016, p. 6):

Afirmar a competência-competência e ao mesmo tempo excluir de tal princípio as hipóteses em que se alegasse a própria inexistência, invalidade ou ineficácia do contrato em que inserida a cláusula arbitral seria o mesmo que negar a competência-competência. O princípio seria inócuo, em termos práticos, se pudesse sempre ser afastado por alegações dessa espécie. (...) Portanto, se verdadeiramente incide a competência-competência, vigora necessariamente a autonomia da convenção arbitral. Por outro lado, é impensável a afirmação da autonomia da convenção arbitral sem o substrato da competência-competência.

Por outro lado, Gary Born apesar de reconhecer a intersecção entre os dois, entende ser errado explicar e conceituar um princípio com base no outro (BORN, 2021, p. 1165). Fato é que não se trata de uma regra absoluta, nem que limita a decisão dos árbitros, apenas indica que a cláusula compromissória não é um acessório do contrato que está inserida, mas um negócio jurídico distinto e que deve ser tratado como tal (NETO, 2017, p. 115).

Assim como o princípio *competence-competence*, a autonomia da convenção arbitral também possui largo reconhecimento nas legislações nacionais (BORN, 2021, p. 1164; GAILLARD e SAVAGE, 1999), a Model Law prevê em seu artigo 16(1)¹⁹ que a nulidade do contrato não acarreta a imediata nulidade da cláusula compromissória. A Lei de Arbitragem dispõe em seu artigo 8º, *caput*:

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.²⁰

Existe ainda um efeito indireto extraído da soma do princípio da autonomia da convenção de arbitragem com o efeito negativo da competência-competência, contudo, para este requer-se cautela e aqui se comenta de maneira breve, já que não se adentra no escopo da presente discussão. Trata-se de interpretação ainda mais liberal e pró arbitragem, que garante autonomia ampla à arbitragem.

Para as poucas correntes adeptas dessa interpretação a arbitragem está dissociada do Estado, contudo, constitui efeito provisório, uma vez prolatada a sentença arbitral a ordem jurídica estatal é plenamente restaurada, é a chamada deslocalização da arbitragem (ANCEL, 2005, p. 55; BORN, 2021).

¹⁹ “Article 16. Competent of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction
(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, and arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.” UNICTRAL. Model Law. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>. Acesso em 19 de outubro de 2022.

²⁰ BRASIL. Lei N. 9.307/1996. Lei de Arbitragem. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 18 de out. 2022.

3. VIABILIDADE DAS *ANTI-SUIT INJUNCTIONS* NO DIREITO ARBITRAL BRASILEIRO

Contextualizados e esmiuçados os dois conceitos principais deste trabalho, cabe agora a análise acerca da viabilidade das *anti-suit injunctions* no direito arbitral brasileiro. Como e se, este remédio processual se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio e com a interpretação e aplicação dada ao princípio da competência-competência.

Conforme exposto, a aplicação do princípio competência-competência no Brasil é bem rígida, sendo admitida a intervenção estatal anterior à instauração do procedimento arbitral, somente nos casos de manifesta e inequívoca patologia da convenção de arbitragem (TALAMINI, 2016, p. 6). Ou seja, somente nos casos em que a patologia da convenção de arbitragem pode ser auferida *prima facie* é que o tribunal estatal poderá decretar pela sua nulidade ou anulabilidade antes do tribunal arbitral (CAHALI, 2018, p. 153).

Por *prima facie*, deve se entender uma cognição sumária, não profunda ou exauriente, sobre o tema, analisa o Prof. Francisco José Cahali (2018, p. 153):

Como exceção à regra, a análise é circunstancial, ou seja, dependerá do quanto apresentado na hipótese submetida a exame. O relevante é saber que, diante de uma anomalia evidente, detectada *prima ictu oculi*, há que se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) do vício pelo Judiciário.

O Ministro Luis Felipe Salomão, bem pormenorizou os limites da apreciação da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário em momento anterior ao procedimento arbitral (Recurso Especial 1.278.852/MG):

2. A cláusula compromissória 'cheia', ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). 3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente as questões inerentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade, - excluindo-se a hipótese de cláusula patológica (em branco) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momento procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível

tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.²¹

Não sendo esse o caso, as partes devem alegar a existência de convenção de arbitragem e o juiz deve extinguir o processo sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VII, do Código de Processo Civil, remetendo as partes ao juízo arbitral. É o tribunal arbitral, ou árbitro, que terá a primeira oportunidade para decidir sobre sua competência, decisão que poderá ser revista pelo Poder Judiciário após ser proferida a sentença (CAHALI, 2018, p. 263; CARMONA, 2009; BERALDO, 2014).

As *anti-suit injunctions* nascem da demanda dos preceitos da *equity* de sempre fornecer um remédio processual para as partes (FRISON, 1993, p. 61), característica idiossincrática da *common law*, sem paralelo no nosso ordenamento jurídico. Enquanto o sistema jurídico *common law* resolve conflitos de jurisdição por meio do *fórum non conveniens*, o sistema jurídico *civil law* utiliza do instituo da litispendência.

Assim, percebe-se que conceitualmente a aplicação da medida no Brasil carece de fundamentação, uma vez que a medida se constitui com base em conceitos estranhos ao ordenamento jurídico nacional.

Apesar das medidas serem entendidas como uma proibição à parte, não um controle de legalidade do procedimento arbitral – conforme exposto o controle de legalidade anterior pelo Poder Judiciário é vedado em nosso ordenamento -, sua concessão necessariamente implica na análise da existência, validade e eficácia de uma convenção de arbitragem.

Dita abordagem se coaduna com a interpretação e aplicação do princípio *competence-competence* na Inglaterra e principalmente nos Estados Unidos, que pouca aplicação prática dá ao efeito negativo da convenção de arbitragem (GAILLARD e SAVAGE, 1999, p. 408; TALAMINI, 2016, p. 5). Contudo, a aplicação da medida não se coaduna com o princípio competência-competência nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, que se difere diametralmente dos Estados Unidos.

Por mais que se busque um fundamento para concessão dessas medidas no direito brasileiro, sua aplicação não é possível devido a própria essência das *anti-suit injunctions*, que descumpra necessariamente o artigo 8º e o *caput* do artigo 20 da Lei de Arbitragem, assim como o artigo II(3) da Convenção de Nova York. Nos casos mais graves ainda, com a arbitragem em andamento, a medida violaria ainda o artigo 485,

²¹ MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1.278.852/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, J. 21.05.2013.

VII, do CPC, que demanda a extinção sem resolução do mérito de demandas abarcadas pela convenção de arbitragem.

Resta claro que, caso haja alguma irresignação de uma das partes, esta deve ser levada ao Poder Judiciário após a prolação da sentença arbitral, não podendo ser feita antes (BERALDO, 2014; WALD, 2006, p. 29-43; NUNES, 2005, p. 50-51; NETO, 2017, p. 196-201), no mesmo sentido, leciona Arnaldo Wald (2004, p. 44):

casos real e ostensivamente aberrantes, aplicando-se, por analogia, contra a possível utilização do Juízo Arbitral o critério que se aplica à utilização do mandado de segurança em relação às decisões judiciais das quais caiba recurso com efeito suspensivo. (...) podemos afirmar que, de acordo com a nossa legislação, que aliás acompanha a posição da legislação da maioria dos países que trataram da matéria recentemente, assim como as lições da melhor doutrina, a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos Tribunais após o julgamento dos árbitros, não podendo precedê-lo.

Especificamente após o aumento do número de arbitragens com a administração pública aumentaram os pedidos de concessão de medidas antiarbitragens. Conforme afirmado antes, é comum a percepção por parte de Estados e entes estatais que o procedimento judicial é mais benéfico em relação à arbitragem, por entender que esta última seria favorável aos particulares.

Contudo, essa visão não passa de desconhecimento. Apesar do uso da arbitragem no Brasil ser de larga escala, inclusive com a administração pública, cresceram nos últimos anos casos em que a esta tentou se desvincular de convenção de arbitragem.

Dois casos bem recentes ganharam grande notoriedade inclusive na mídia, não apenas pela soma dos valores em discussão, mas pela inovação. Em ambos os casos o STJ concedeu ordens antiarbitragem, reconhecendo a competência estatal para decidir sobre a causa, em detrimento à arbitragem.

No Conflito de Competência 151.130/SP, o STJ analisou o conflito entre a *American International Group Inc Retirement Plan* e outros, contra a União, que discutiam em sede arbitral administrado pela CAM-Bovespa, o ressarcimento de prejuízos pela desvalorização dos ativos da Petrobrás S.A. em face dos ilícitos desvendados pelos desdobramentos da operação Lava Jato (Conflito de Competência 151.130/SP). As partes também discutiam em ação declaratória, o vincula da União ao procedimento arbitral (Conflito de Competência 151.130/SP). A União buscava se ver

desobrigada de participar da arbitragem, por entender que não tinha consentido com a convenção de arbitragem.

Já no Conflito de Competência 177.437/SP o STJ também analisou o conflito entre uma arbitragem e uma ação declaratória proposta perante o Poder Judiciário, com o intuito de desvincular a União da relação jurídica entre Petrobrás e a Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social, as outras partes na disputa (Conflito de Competência 177.437/SP). A arbitragem também foi instaurada para reparar eventuais danos causados por atos de abuso praticados pela gestão da empresa (Conflito de Competência 177.437/SP).

No último caso o tribunal arbitral já tinha reconhecido a sua própria competência e a vinculação da União ao procedimento, mas a 22ª Vara Cível de São Paulo aceitou a ação de declaração para desvincular a União. No STJ a Ministra Fátima Nancy Andrighi suspendeu a ação de declaração que corria na 22ª Vara Cível de São Paulo, por entender que a decisão invadiu a esfera arbitral (Conflito de Competência 177.437/SP). Em sessão plenária a Ministra foi voto vencido, sendo o voto vencedor de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconhecendo competência ao Poder Judiciário Federal (Conflito de Competência 177.437/SP).

O STJ concedeu as medidas antiarbitragens, por entender que não havia consentimento da União para fazer parte das arbitragens. A cláusula compromissória que fundamenta a disputa está prevista no estatuto social da Petrobrás S.A., e o entendimento do STJ foi de que a referida cláusula não vinculava a União pela ausência arbitralidade subjetiva, ou seja, não houve consentimento expresso, um requisito em se tratando de administração pública, no entendimento do STJ no referido acórdão.

As decisões contrastam com a jurisprudência do próprio STJ, que em diversos julgados privilegiou a arbitragem e o princípio da competência-competência, afastando a intervenção judicial prematura (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 976.218/SP), considerando que a cláusula de estatuto social vinculava todos os acionistas (Recurso Especial 1.727.979/MG) e que não haveria óbice à participação do Poder Público em arbitragens, ainda que não houvesse lei expressa nesse sentido (Recurso Especial 904.813/PR). Apesar do entendimento, em ambas as situações, a Corte ressaltou que tais decisões seriam casos específicos de exceção ao princípio da competência-competência.

Pelo que se verifica, houve uma mudança de entendimento na Corte e que não se alinha com a aplicação do artigo 8º, *caput* e parágrafo único da Lei de Arbitragem, notadamente o efeito negativo da convenção de arbitragem, já havia em ambos os casos procedimentos arbitrais instaurados, de modo que a análise em sede judicial viola o referido dispositivo legal. No mesmo sentido leciona Paulo Kogo:

Ou seja, a prerrogativa de o juiz analisar a alegação de vícios na cláusula compromissória depende da inexistência de processo arbitral, sob pena de, caso assim não se entenda, violar-se o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/1996.

No caso do Conflito de Competência 177.437/SP onde inclusive já havia decisão do tribunal arbitral reconhecendo a sua própria competência houve clara violação do artigo 485, VII, que claramente determina a extinção do processo sem resolução mérito quando o juízo arbitral já tiver reconhecido a sua competência. Assim, apesar posicionamento recente do STJ nos dois casos suscitados, não parece ser esse o sentido dado pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a jurisprudência da mesma Corte vai no sentido contrário, há mais de anos.

CONCLUSÃO

Ambas as abordagens *civil law* e *common law* possuem suas próprias vantagens e desvantagens. As medidas antiarbitragem podem economizar tempo e recursos, impedindo de imediato que as partes se aprofundem em um procedimento arbitral nulo para depois adentrar em uma disputa judicial para anulação da sentença arbitral e posteriormente, rediscutir a questão de mérito no Poder Judiciário. Apesar de alguns autores serem favorável à aplicação das *anti-suit injunctions* (MEJIAS, 2015, p. 211-215), não parece ser esse o entendimento à luz do direito brasileiro.

A proibição das medidas antiarbitragem e aplicação do efeito negativo da convenção de arbitragem com força plena, atuam para combater partes que atuam com má-fé para procrastinar o procedimento. Ainda, seria possível levantar um argumento contrário às medidas antiarbitragem, alegando que na verdade, é a prevalência do efeito negativo que garante a economia de tempo. Uma vez que a estabilização da decisão arbitral é muito mais rápida, dada a ausência de recursos. Não seria razoável esperar o julgamento do último recurso possível para se decidir que a convenção é

válida e só então iniciar ou retomar o procedimento arbitral, anos após o início da disputa.

No mais, sendo um vício crasso, gravíssimo e auferível em cognição sumária, não existem motivos para acreditar que a decisão do árbitro seria outra que não a ausência de competência. Dado tais ponderações, parece melhor saída o juiz relegar a matéria ao árbitro, em respeito à Lei de Arbitragem e o CPC. Ainda que se permita algum controle judicial excepcional anteriormente à arbitragem não seria cabível a limitação da jurisdição arbitral, uma vez que não há hierarquia entre o juiz e o árbitro.

Existem no direito brasileiro outros meios e outras ferramentas para o controle judicial da jurisdição do árbitro, até antes da prolação da sentença arbitral, que são alternativas válidas e viáveis, contudo, as medidas antiarbitragem não parecem ter aplicação legal no direito brasileiro, não só por sua fundamentação sem paralelo para tanto no direito pátrio, mas por desfigurar totalmente o princípio da competência-competência.

Dentre as alternativas viáveis que se apresentam no direito brasileiro para a controle jurisdicional inclui o conflito de competência. Tal ferramenta se apresenta para resolver situações de conflitos de competência, quando dois ou mais juízes se declaram competentes, ou incompetentes, para decidir determinada causa. Apesar de alguma divergência doutrinária, parece pacífico o entendimento do STJ para o cabimento de conflito de competência entre juiz e árbitro (Conflito de Competência 146.939/PA).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, R. F. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no Direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ANCEL, B. O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da "Competência-Competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Abr-Jun 2005. 52-64.

BERALDO, L. D. F. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BORN, G. B. **International Commercial Arbitration**. 3ª. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2021.

BRASIL. Decreto Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. **Convenção de Nova York**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em 29 de out. de 2022.

BRASIL. Lei N. 9.307/1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 18 de out. 2022.

BRASIL. Lei N. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 16 de out. 2022.

CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CEARÁ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.972.512/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., J. 24 de mai. de 2022.

CHARLES, Philippa. **European Union: Anti -suit Injunctions: ECJ Decision of 10 February 2009. In: West Tankers Case**. United Kingdom: Mondaq, 2009. Disponível em: <[Anti-Suit Injunctions: The ECJ Decision of 10 February 2009 in the West Tankers Case - European Union - European Union \(mondaq.com\)](https://www.mondaq.com/eu-law/anti-suit-injunctions)> . Acesso em 13 de out. de 2022.

CLAVEL, S. Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux. **Tese de Doutorado - Paris I Pantheon-Sorbonne**, Paris, 1999.

COELHO, E. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem - Adoção do Principio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, S. M.; CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, C. A. D. **Efeitos processuais da convenção de arbitragem**. Campinas: Servanda, 2006.

CREMASCO, S. S. O Artigo 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o Reconhecimento de Competência pelo Árbitro Como Pressuposto Negativo no Processo Juidical. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Jan-Mar 2017. 7-23.

FILHO, C. D. M. V. **Poder Judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

FINKELSTEIN, C. Arbitragem na administração pública. **Revista Comercialista**, São Paulo, Trimestral 2007.

FRANÇA. Corte de Cassação Francesa. **Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors**. 121 Clunet 432 (1994), j. 20/12/1993.

FRISON, D. **Droit Anglais, Institutions britanniques**. Paris: Ellipses, 1993.

GAILLARD, E. **Anti-Suit Injunctions in International Arbitration**. Paris: Juris Publishing Inc., 2003.

GAILLARD, E.; SAVAGE, J. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GUERRERO, L. F. Convenção de arbitragem da revolução de 1996 a uma prática em consolidação. In: CARMONA, C. A.; LEMES, S. M. F.; MARTINS, P. A. B. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Muniz**. São Paulo: Altas, 2017.

ICC. **ICC lança escritório da corte internacional de arbitragem em São Paulo durante brazilian arbitration day**. 2017. Disponível em: <https://www.iccbrasil.org/icc-lanca-escritorio-da-corte-internacional-de-arbitragem-em-sao-paulo-durante-brazilian-arbitration-day/>. Acesso em 10 de out. de 2022.

JOLIDON, P. **Commentaire du Concordat Suisse Sur L'Arbitrage 185**. Paris: Ellipses, 1984.

KHAN, Khursheed. **Pakistan Supreme Court Bars Hubco From Approaching ICC**. Pakistan: Mondaq, 15 de jun. de 2000. Disponível em: <https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/8788/pakistan-supreme-court-bars-hubco-from-approaching-icc>. Acesso em 09 de out. 2022.

LEE, J. B. Parecer. Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, Trimestral 2006.

LEMES, S. F.; BARROS, V.; HELLMEISTER, B. **Arbitragem em Números - Pesquisa 202/2021**. São Paulo. 2022.

LEW, J. D. M. Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To Prevent Arbitration Proceedings. In: GAILLARD, E. **Anti-suit Injunctions in International Arbitration**. Paris: Juris Publishing Inc., 2003. p. 25-39.

LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International , 2003.

MEJIAS, L. B. **Controle da atividade do árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.278.852/MG**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, J. 21.05.2013.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.727.979/MG**. Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 12 de jun. de 2018.

MUNIZ, J. P.; BASÍLIO, A. T. P. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e recurso de apelação. Respeito à lei de arbitragem. Atividade jurisdicional do tribunal arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São paulo, Trimestral 2002.

NETO, J. L. L. A Competência-Competência no Novo Código de Processo Civil: Decisão Arbitral Como Pressuposto Negativo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Out-Dez 2015. 22-38.

NETO, J. L. L. Arbitragem e Poder Judiciário: a Definição da Competência do Árbitro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Jul-Set 2017. 198-206.

NUNES, T. M. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Jan-Mar 2005. 15-51.

PAKISTAN. **HUBCO v. WAPDA**. Supreme Court of Pakistan. 20 de jun. de 2000.

PARÁ. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 146939/PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 23 de nov. de 2016.

PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.813/PR**. Terceira Turma; Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 20 de out. de 2011.

PORTUGAL. **Lei de Arbitragem Voluntária**. Procuradoria Geral de Lisboa, Portugal, Lisboa, 2011. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis>. Acesso em 09 de out. de 2022.

RANZOLIN, R. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

REDAÇÃO JOTA. **Os riscos do ‘PL antiarbitragem’ em trâmite no Congresso**. Jota, São Paulo, 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/os-riscos-do-pl-antiarbitragem-em-tramite-no-congresso-15082022>>. Acesso em 10 out. 2022.

SÃO PAULO. **Conflito de Competência nº 151.130/SP**. Segunda Seção; Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 27 de nov. de 2019.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça **Medida Cautelar 14.295-SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 09.06.2008.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 976.218/SP**. Terceira Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro. J. 17 de jun. de 2019.

SAYED, A. **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

SIVA, L. C. P. D.; COSTA, S. C. L. O Controle das anti-suit injunctions concedidas por juízes em face de arbitragens no cenário da União Europeia. Lo caso C-185/07 do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. **Revista do Programa de Direito da União Europeia**, Rio de Janeiro, 2012. 15-26.

SWITZERLAND. Bundesgericht - Companhia Minera Condesa SA und Companhia de Minas Buenaventura SA v. BRG-Pérou S.A.S. und Tribunal Arbitral CIA. 19 de dez. 1997. Disponível em:
<https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1421>. Acesso em 23 de nov. 2022.

TALAMINI, E. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Julho - Setembro 2016.

TEPEDINO, G. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, E.; MACHADO, R. B. **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

THEODORO JR., H. Arbitragem e terceiros - Litisconsórcio fora do pacto arbitral - Outras intervenções de terceiros. **Revista de Arbitragem Brasileira**, São Paulo, 2011.

UNICTRAL. Model Law. Disponível em:
<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>. Acesso em 19 de outubro de 2022.

UNITED KINGDOM. **AdActive Media Inc. v. Ingrouille**. England and Wales Court of Appeals, Civ 313. 05 de mar. de 2021. Disponível em:
<<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/313.html>>. Acesso em 28 de nov. de 2022.

UNITED KINGDOM. **Arbitration Act 1996**. UK Public General Acts, United Kingdom, London, 1996. Disponível: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>. Acesso 11 de out. de 2022.

UNITED KINGDOM. **Splithoff's Bevrachtingskantoor BV v. Bank of China Ltd**. England and Wales High Court, 999. 17 de abr. de 2015. Disponível em:
<<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-031->

5244?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true>. Acesso em 16 de nov. 2022.

UNITED KINGDOM. **Supreme Court Act 1981**. UK Public General Acts, United Kingdom, London, 1981. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/contents/enacted>>. Acesso 10 de out. de 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Iraq Middle Market Dev. Found. v. Harmoosh**. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 947 F.3d 234, 2020. Disponível em: <<https://casetext.com/case/iraq-middle-mkt-dev-found-v-harmoosh-6>>. Acesso em 21 de nov. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Montebueno Marketing, Inc. v. Del Monte Corporation-USA**. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 570 F. App'x 675, 2014. Disponível em: <<https://casetext.com/case/montebueno-mktg-2>>. Acesso em 07 de nov. 2022.

VALLE, M. D. Considerações sobre os Pressupostos Processuais em Arbitragens. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Out-Dez 2006. 8-30.

VERÇOSA, F. Efeito Negativo da Competência-Competência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, jun. 2005. 82-90.

WALD, A. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, jan.-abr. 2004. 40-65.

WALD, A. As Anti-suit injunctions no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Trimestral 2006.