

AS MEDIDAS ANTIARBITRAIS COMO ENTRAVES DO ACESSO À JUSTIÇA

Suzana Santi Cremasco*

Tiago Eler Silva*

1 INTRODUÇÃO: A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Por acesso à justiça entende-se, na clássica definição de CAPPELLETTI e GARTH, a “possibilidade de as pessoas reivindicarem os seus direitos e/ou resolverem seus litígios sob os auspícios do Estado”¹. Ou, ainda, o direito assegurado ao jurisdicionado de ver os seus conflitos solucionados de forma eficiente e efetiva, dentro de uma ordem jurídica e de um procedimento justo:

É o acesso aos órgãos da justiça “encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui, também, um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado”².

** Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Processual pela UFMG. Professora Coordenadora do Núcleo de Estudos em Arbitragem - NEArb. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Advogada.

** Mestrando em Direito pela London School of Economics and Political Science, Reino Unido. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogado.

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

² CARREIRA ALVIM, J.E. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 25 out. 2011.

O acesso à justiça é uma garantia fundamental inserta nos principais ordenamentos jurídicos modernos³ que, para ser alcançada, importa na confluência de duas condições: em primeiro lugar, o sistema de solução de conflitos tem que se apresentar igualmente acessível e alcançável por todos e, em segundo lugar, ele há de produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁴ e, sobretudo, efetivos, isto é capazes de garantir “de forma prática e na medida do possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”⁵.

O alcance do acesso à justiça compreende três grandes “ondas” renovatórias em que se busca, respectivamente: (a) a ampliação dos mecanismos de assistência judiciária ao jurisdicionado; (b) o reconhecimento dos direitos e interesses metaindividuais e o desenvolvimento de instrumentos de legitimação e tutela aptos a assegurá-los; e (c) a facilitação da representação em juízo e, em última análise, do estar na justiça, por meio de alterações de diversas ordens, que englobam desde a estrutura dos órgãos encarregados do julgamento das controvérsias até o reexame de institutos clássicos de direito processual e de direito material.

Dentro do contexto da terceira grande “onda” renovatória está imersa a ideia que, para facilitar o estar em juízo, deve-se, necessariamente, ampliar o acesso aos meios de jurisdição, o que pode ser obtido através da criação de órgãos e procedimentos paraestatais para a solução de controvérsias específicas.

De fato, diante da diversidade de litígios existentes numa sociedade cada vez mais complexa - como o é a sociedade pós-moderna - nada melhor para garantir o acesso à justiça “que os procedimentos sejam adequados à sua solução, e que esta se dê por órgãos jurisdicionais e parajudiciais, sempre com vistas no custo-benefício, que deveria ser o norte de qualquer reforma das estruturas judiciárias em qualquer lugar do mundo”⁶.

Essa é, exatamente, a situação em que se enquadra a arbitragem. Como método alternativo de solução de conflitos, a arbitragem remonta aos mais pretéritos registros da convivência social humana, sendo descrita como: “um método aparentemente rudimentar de

³ Inclusive no Brasil, por decorrência do enunciado do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. *Op. cit.*, p. 9.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 110.

⁶ CARREIRA ALVIM, J.E. *Justiça: acesso e descesso*. *Op. cit.*, p. 3.

resolver disputas, que consiste em submetê-las a indivíduos comuns cuja qualificação é a de serem escolhidos pelas partes”⁷.

Contudo, mesmo que considerados os primeiros esforços no sentido de efetivação da arbitragem como instrumento de resolução de controvérsias na idade moderna - o que ocorreu com criação de Convenções Internacionais no início do século XX⁸ - foi a realidade política, econômica e social do Pós 2º Guerra Mundial que forneceu os substratos fáticos mais fortes para a remodelação da arbitragem, a fim de que tal método de solução de litígios pudesse se adaptar e responder aos clamores de uma sociedade que passou a internacionalizar suas relações de forma exponencial e, conseqüentemente, também os seus conflitos.

Para além dos movimentos de insurgência de territórios até então controlados por outros Estados, o que fez com que houvesse proliferação de entes na comunidade internacional, é a partir de meados do século XX que o termo globalização começou a ter seus efeitos práticos, com grande fluxos migratórios de pessoas, com integração de economias, com a circulação de bens, serviços e capitais e, em suma, com o crescimento de um movimento expressivo que buscava recursos, oportunidades e mercados para além das fronteiras nacionais.

A diversidade de nacionalidades, culturas e ordenamentos jurídicos que se relacionavam e as dificuldades daí decorrentes foram responsáveis por apontar a necessidade premente de que se (re)pensasse a forma de solucionar as controvérsias existentes, de modo a adequá-la àquela nova e inevitável realidade.

Mesmo que considerada toda a grande contribuição esparsa de diversos países e seus doutrinadores, o mérito inicial do desenvolvimento da arbitragem moderna é, de forma justa, atribuível à França, onde, desde muito cedo, se teve extrema devoção acadêmica e jurídica ao instituto arbitral. Neste primeiro momento, como método alternativo de solução de conflitos, seus defensores buscaram imensamente valorizar o caráter alternativo da arbitragem, em comparação à justiça estatal.

A grande preocupação, então, centrava-se na ideia de que a arbitragem deveria contar com independência, apresentando-se como um instituto autônomo, perfeitamente aplicável às novas realidades e que, principalmente, não necessitava da interferência estatal para alcançar a justiça. Afinal, se não restasse clara a autonomia da arbitragem perante as instâncias estatais,

⁷ FOUCHARD, *L'arbitrage Commercial International*, The Hague: Kluwer Law International. 1965, p.1

⁸ Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (1923), Convenção de Genebra sobre a Execução de Laudos Arbitrais (1927), Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (1961), Convenção de Washington para Solução de Controvérsias.

de nada valeria a tentativa de divulgação de tal meio alternativo de solução de conflitos, já que em última análise sempre haveria o contato e mesmo a subordinação das lides - e das decisões do tribunal arbitral - à jurisdição estatal.

Especialmente no contexto do comércio internacional, tal contato era extremamente indesejável, já que os conflitos de maior vulto e importância levados à arbitragem eram justamente compensações pleiteadas por investidores contra Estados recém-criados ou independentes, que, tanto movidos pelo furor ideológico de retaliação aos então colonizadores, quanto pela premente necessidade de alcance de fontes, recursos e estruturas que permitissem aos novos governos algum modelo viável de governabilidade econômica, realizavam manobras de expropriação e esbulho dos ativos estrangeiros localizados dentro de suas fronteiras.

Confrontados com tais situações, os doutrinadores franceses sustentavam nos seus estudos e mesmo nas sugestões que apresentaram para a redação dos diplomas legais nacionais e convenções internacionais, que a arbitragem tivesse a maior independência possível em relação ao Poder Judiciário, admitindo apenas a colaboração entre árbitros e juízes estatais, mas jamais a hierarquização ou a subordinação entre os mesmos.

Nesse período, são criadas e minuciosamente estudadas, por exemplo, as noções fundamentais de independência e autonomia das cláusulas arbitrais, que haveriam de ter eficácia, mesmo no caso de invalidade do contrato, bem como a noção de não aplicabilidade do direito material da sede da arbitragem, se essa não fosse a opção das partes no momento de definição das regras aplicáveis a disputa.

Certo é que os esforços despendidos pelos doutrinadores europeus, com enfoque na contribuição francesa, obtiveram grande êxito, influenciando não apenas os ciclos acadêmicos, mas especialmente dando os contornos para as futuras legislações nacionais e tratados internacionais afetos a arbitragem. Desta forma, o aprofundado estudo sobre os conceitos basilares da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos, vez que atendia a urgente demanda existente, principalmente na esfera comercial internacional, encontrou grande permeabilidade e aceitação.

Destarte, nas décadas de 70 e 80 do Século XX, duas condições ocorrem de forma simultânea, permitindo a consolidação da arbitragem na esfera internacional. A primeira condição é que na segunda metade daquele século grande parte das importantes convenções

sobre arbitragem já estavam criadas, como a Convenção de Nova York⁹ de 1958 e a Convenção de Washington de ¹⁰ 1965, fazendo com que os diplomas legais que norteiam os parâmetros da arbitragem nos diversos ordenamentos jurídicos quando conclamada como método de resolução de conflitos estivessem consolidados. A segunda é a acentuada crise decorrente da principal matriz energética do mundo – o petróleo - que sendo detido em grande parte por países do Oriente Médio que, de forma cíclica e reiterada, apresentam insurgências e mudanças abruptas de governo, deram origem a diversos conflitos comerciais envolvendo partes das mais distintas nacionalidades.

Nesse cenário, surgindo os conflitos, a arbitragem já se encontrava devidamente aparelhada para lidar como os mesmos da forma devida, superando os entraves representados pela falta de acuidade técnica nos julgamentos estatais, a morosidade das Cortes nacionais e a publicidade a elas inerentes, bem como a desconfiança de uma eventual parcialidade de juízes estatais quando confrontados com causas nas quais em um dos pólos em litígio estivesse, justamente, o seu Estado nacional, em confronto com outro Estado ou, sobretudo, com corporações estrangeiras.

2 AS MEDIDAS ANTIARBITRAIS

Uma vez consolidada a arbitragem como método, por excelência, escolhido pelos grandes litigantes internacionais, o eixo de desenvolvimento do instituto se expandiu não apenas para outros países da Europa nos quais a arbitragem ainda era incipiente, mas especialmente para os Estados Unidos, já sendo este a principal economia do mundo e certamente país com o maior número de empresas com atividades, bem como litígios, situados para além de suas fronteiras. Assim, os escritórios de advocacia norte-americanos foram rapidamente adaptados para lidar e mesmo formatar a arbitragem, dedicando não apenas atenção à formação acadêmica de estudiosos sobre o tema, mas especialmente formando profissionais aptos a transitarem em tal seara com grande destreza.

⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention (1958). Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

¹⁰ Convenção para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (1965). Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

Tais profissionais compõem o que Dezaley e Garth¹¹ chamam de segunda geração da arbitragem. O termo atribui-se ao fato de que enquanto os doutrinadores europeus em um primeiro momento dedicaram-se ao estudo, desenvolvimento e criação de preceitos e bases para o desenvolvimento da arbitragem, como método alternativo de solução de conflitos adaptado as novas realidades existentes, preocupando-se especialmente com a não intervenção das Cortes estatais nos procedimentos arbitrais, a segunda geração, enquanto advogados eram confrontados com problema diametralmente oposto e acabaram por chegar a uma conclusão também diametralmente oposta àquela apontada para a primeira geração.

Com efeito, enquanto os *founding fathers* preocupavam-se em distinguir a arbitragem como método de solução que apresentaria alguns atributos especiais – como a celeridade, a flexibilidade do procedimento e a imparcialidade dos árbitros, entre outros - que lhe asseguraram espaço como instrumento de acesso à justiça, os advogados norte-americanos e europeus da segunda geração envolvidos em procedimentos arbitrais percebiam que a plena realização de tais atributos viria justamente confrontar ou mesmo impossibilitar a defesa dos interesses de seus clientes.

Litigantes aos quais não socorria qualquer apoio fático ou legal para a questão principal da lide sabiam que a condenação era fato certo, havendo dúvida apenas do quando ocorreria. E fato é que estando submetidos ao juízo arbitral, por certo, a consequência indesejada por tais litigantes viria de forma muito mais célere do que se o caso fosse apreciado por Cortes estatais que, em regra, independente da nacionalidade, encontram-se sobrecarregadas com volume soberbo de processos.

Assim, concluindo que a celeridade no curso arbitral seria extremamente prejudicial aos interesses de alguns litigantes, alguns advogados da chamada segunda geração houveram por bem socorrer-se justamente no mal tão combatido pelos *founding fathers*: a interferência das Cortes nacionais nos procedimentos arbitrais¹². Afinal, para além da indesejada incidência do juízo estatal nos procedimentos arbitrais, em grave desrespeito à independência dos mesmos, por certo tal interferência poderia fazer perdurar o processo por diversas formas, seja através de questionamentos acerca do objeto principal da lide, ou mesmo suscitando questões acessórias para cuja resolução demandar-se-ia tempo superior àquela necessário para a conclusão de todo um procedimento arbitral em seu curso normal.

¹¹ DEZALEY;GARTH. *Dealing with virtue*. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

¹² *Idem*.

Claro que ainda que sendo, em regra, escusos os interesses, o argumento de legitimação de tais posicionamentos adotados pelos arbitralistas da segunda geração, era de que o acesso à Justiça (estatal?) seria a todo tempo indispensável, tanto pelo prestígio da instituição para julgar incorreções ou abusos envolvidos no procedimento arbitral ou mesmo para garantir às partes que nenhum indivíduo estaria sujeito a comandos não emanados de uma autoridade estatal. Logo, sob a ótica da defesa do *due process of law* e da máxima extensão do contraditório e da (injustificada) dilação máxima da ampla defesa, argumentava-se que a interferência das Cortes estatais nos procedimentos arbitrais fazia-se necessária¹³.

Já antevendo a insurgência do litigante que participava da arbitragem, seguindo o contrato prévio existente entre as partes, os arbitralistas da segunda geração estabeleceram que seria imperiosa a existência de um instrumento contrario à insistência em prosseguir com um procedimento arbitral. E adotando o modelo das ordens judiciais contra o prosseguimento de processos nas Cortes estatais - denominadas *anti-injunctions* - em detrimento a outras Cortes, foram criadas e rapidamente disseminadas as chamadas medidas antiarbitragem (ou antiarbitrais).¹⁴

As *anti-suit injunctions*, como inspiração das medidas antiarbitragem, são conceituadas como “uma ordem dada a uma parte, ou aos próprios árbitros – dependendo da jurisdição- pelas Cortes de um Estado para não ingressar em jurisdições de um outro Estado ou tribunal arbitral, ou, se já o fez, para desistir da ação em causa.”^{15/16}

As *anti-suit injunctions* têm suas origens nos países de common law, especialmente a Inglaterra no século XIX, sendo que no ano de 1821 tem-se o registro da primeira decisão

¹³ “some measures of control and supervision by national courts is necessary to protect the integrity of the process” LYNCH, Katherine. *The forces of economic globalization. Challenges to the regime of international commercial arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 68.

¹⁴ Tais medidas são tratadas por Doak Bishop como verdadeiras iniciativas terroristas contra a arbitragem. BISHOP, Doak. *Combating arbitral terrorism: anti-arbitration injunctions increasingly threaten to frustrate the international arbitration system*. Disponível em: <<http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop7.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011. No mesmo sentido: “anti-arbitration injunctions representes a pathological situation [...]” ROZAS, José Carlos Fernandez. *Anti-suit injunctions issued by national courts: measures addressed to the parties or to the arbitrator*. Huntington: Juris Publishing Inc, 2005, p. 74.

¹⁵ GAILLARD, Emmanuel. *Une évolution remarquable de la jurisprudence américaine*. Journal du Droit International. Paris: Jurisclasseur. 2003.

¹⁶ Em tal conceito, já é trazida até mesmo a noção de ingresso ou permanência de procedimentos arbitrais, contra os quais a medida se insurge, em favor de determinada Corte, sendo já antecipação brilhante do arbitralistas francês. Contudo, a conceituação em regra trata apenas das medidas proferidas contra procedimentos iniciados em Corte nacionais: “um procedimento, originalmente conhecido somente nos sistemas de common law, pelo qual o juiz de um Estado X, que entende ser competente para resolver um litígio internacional, proíbe que uma das partes, eventualmente estrangeira, busque o juiz de um outro Estado que ele considera como incompetente ou ao menos cuja competência lhe pareça ser menos apropriada que a sua” DERAIS, Yves. *L’Abus des “anti-suit injunctions”*. De Lege Ferenda. Études pour le Professeur Alain Hirsch. Geneve: Slatkine, 2004, p. 105-106.

para a qual uma medida nos moldes próximos às *anti-suit injunctions* modernas, foi proferida.

Nos casos subsequentes, os critérios para que a Corte emitisse ordem a uma das partes para que não ingressasse ou mesmo suspendesse o curso de procedimentos que corriam perante outras Cortes (estatais ou mesmo arbitrais), foram sendo aprimorados com ponderações sobre os motivos para ingresso ou permanência de procedimentos, concluindo as Cortes inglesas que sempre que tais processos fossem “opressivos” ou “vexatórios” ao demandante contrário, haveria perfeito cabimento da ação das *anti-suit injunctions*:

quando um demandante ingressa com uma ação em uma Corte estrangeira, não porque acredita de forma genuína que será o melhor meio para resolver a controvérsia, mas sim porque ele deseja gerar à outra parte dificuldades, talvez na tentativa de obter um resultado que lhe seja favorável¹⁷

Assim, as *anti-suit injunctions* são utilizadas ou em momento prévio ao início da arbitragem, de forma a impelir que uma das partes comece o procedimento ou em momento posterior, no curso do procedimento arbitral, visando à sua paralisação.

As medidas antiarbitrais contam, simultaneamente, com dois efeitos: (a) impelir determinado comportamento a uma das partes, no sentido de abstenção no prosseguimento de determinado feito, e (b) mitigar o exercício de jurisdições estrangeiras, por vezes consideradas “muito generosas na apreciação de sua competência”¹⁸.

E mesmo que extensas sejam as discussões sobre a adequabilidade ou mesmo cabimento de tais *anti-suit injunctions*, a existência de medidas que pudessem travar ou mesmo protelar a duração da arbitragem - dando assim a uma das partes maior tempo para manobras transversas que mitigassem os efeitos de uma condenação que certamente lhe seria imputada - apresentou-se como precioso recurso de defesa de tais litigantes, em total afronta

¹⁷ HARTLEY, Trevor, C. *Comity and the use of anti-suit injunctions in international litigation*. American Journal of Comparative Law, vol. 35, n. 3, summer, 1987, p. 499.

¹⁸ CLAVEL, Sandrine. Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux. Paris, 1999. Tese Faculdade de Direito, Universidade Paris I, Pantheon-Sorbonne, p.301.

aos interesses legítimos da parte contrária, tirando desta o inalienável direito de acesso a Justiça¹⁹.

Tal efeito adverso decorrente das medidas anti-arbitragem se manifestam especialmente nas situações que em o país no qual se pleiteia com sucesso a medida há de ser o mesmo a reconhecer e executar a sentença arbitral em momento futuro. Afinal, mesmo considerando o grande avanço representado pela Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais - que elencou no art. V as restritas hipóteses para as quais estaria um Estado signatário autorizado a denegar reconhecimento ou execução, dentre tais situações o desrespeito a ordem pública se faz presente - é certo que diversas Cortes nacionais consideram que o prosseguimento em um procedimento arbitral em total afronta a uma ordem antiarbitragem emanada pelas Cortes nacionais poderia sim ser considerada como violação da ordem pública, e, por conseguinte ensejar que tal laudo não produza quaisquer efeitos²⁰.

Contudo, se nas décadas finais do Século XX, o recurso às medidas antiarbitragem concentravam-se nos litígios internacionais, especialmente aqueles em que uma das partes era o Estado, seja diretamente ou através de empresas por ele controladas²¹, não demorou para que a prática protelatória fosse assimilada por litigantes em arbitragens nacionais, que se valem da insipiência, ainda existente, de alguns juízes em não apenas perceber a arbitragem como método alternativo de solução de conflitos, mas especialmente em dar cumprimento a legislação que a rege.

¹⁹ “advogados tendem a considerar como responsabilidade profissional, de empregar todos os argumentos e procedimentos possíveis para defender os interesses de seus clientes – ou ao menos ganhar tempo a eles, o que muitas vezes tem a mesma consequência – quando os impactos financeiros são suficientemente significativos. Tais esforços levam tais advogados a forçarem ao máximo os meios de apelação e recurso e assim expandem o controle das Cortes nacionais sobre os métodos de Justiça Privada. DEZALEY; GARTH. *Dealing with virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Op. cit.*

²⁰ “se o laudo puder ser executado apenas no Estado no qual a medida anti-arbitragem foi obtida, então o prosseguimento da arbitragem pode se mostrar inútil. Ainda que apenas algumas situações para evitar o reconhecimento e execução de laudos arbitrais podem ser arguidos sob a égide da Convenção de Nova York e Panamá, uma das situações se refere a ordem pública. Prosseguir com a arbitragem violando uma medida prolatada pela Corte nacional poderá ser considerado como hipótese de violação da ordem pública, ainda que em momento posterior tal medida seja considerada imprópria” (tradução livre) BISHOP, Doak. *Combatting arbitral terrorism: anti-arbitration injunctions increasingly threaten to frustrate the international arbitration system. Op.cit., p. 1.*

²¹ “uma estratégia de crescente uso pelas sociedades de países em desenvolvimento – especialmente aqueles detidas ou controladas pelo governo – é a busca por medidas em suas Cortes nacionais para prevenir procedimentos arbitrais de terem prosseguimento normal. Tal estratégia permite que as Cortes locais frustrem todo o sistema internacional arbitral, através da criação de mecanismos de protecionismo em favor das sociedades locais e entidades governamentais.” (tradução livre) *Idem, ibidem.*

Assim, traçando um paralelo com os procedimentos que tramitam perante o Poder Judiciário no qual litigantes temerários socorrem seus interesses escusos na dinâmica protelatória de recursos, no procedimento arbitral, os mesmos litigantes atentam contra a celeridade e autonomia do procedimento arbitral através do clamor, injustificado, pela intervenção estatal. Tal interferência, conforme observou BISHOP, no melhor dos cenários, confere ao litigante temerário oportunidade imerecida de protelar procedimento no qual nenhum direito lhe assiste.

Mas, ainda mais graves são as situações²² em que a intervenção do Judiciário representa, de fato, a impossibilidade absoluta de desfecho a lide, ou, ainda quando este é possível, se traduz em decisão que refletirá nem tanto as noções de Justiça, mas muito mais os interesses de alguns poucos particulares²³.

Fato é que a assimilação de tal instituto em procedimentos arbitrais tem sido, corretamente, combatida em diversos julgamentos que, apontando como uma das obrigações contidas na Convenção de Nova York, o respeito das Cortes estatais em relação a convenções arbitrais válidas, quando proferem *anti-suit injunctions*, o fazem em defesa, e não contra, o desenvolvimento regular de procedimentos arbitrais. Contudo, por não ser posicionamento unânime, assiste-se, especialmente em arbitragens envolvendo entes governamentais, verdadeira guerra de *anti-suit injunctions*, umas contra o procedimento arbitral e outras contra as *anti-suit injunctions* de outros Estados (chamadas de *anti-anti-suit injunction*) o que fere a credibilidade do instituto arbitral, interfere nas relações entre Estados – no caso *KBC v Pertamina* levaram a necessidade de negociações diretas entre o governo norte-americano e o governo indonésio – levam, em todos os casos, ao agravamento da disputa e, jamais, à sua solução.

3 O USO DAS MEDIDAS ANTIARBITRAIS COMO ENTRAVE AO ACESSO À JUSTIÇA

É pacífico o entendimento e a recepção, hoje, da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos não apenas como capaz de se adequar às necessidades sociais e

²² Especial referência aos conflitos envolvendo o Estado e entes controlados em litígio com investidores estrangeiros.

²³ Exemplo citado por BISHOP é o caso indiano, que em momento posterior a aprovação do Indian Arbitration Act no ano de 1996, assistiu a reiterados pronunciamentos contra procedimentos arbitrais bem como aplicação de soluções inusitadas a determinadas lides, nas quais de alguma forma os interesses estatais estavam envolvidos.

garantir o acesso à justiça, especialmente como instrumento de resposta à forte crise que se abate sobre os sistemas Judiciários de diversos países, inclusive do Brasil.

Logo, enquanto iniciativas legislativas e mesmo práticas favoráveis a arbitragem apresentam-se como regra no cenário doméstico e internacional, a permissibilidade por parte de Cortes estatais em conceder medidas anti-arbitragem compromete seriamente a credibilidade deste método de solução de conflitos²⁴, como também imprime a parte contra a qual a medida é estabelecida dano imediato em franca negação de Justiça²⁵. Afinal, se se tem como consagrado no direito internacional a inadequação e flagrante ilegalidade da postura de qualquer Estado que nega a um estrangeiro acesso as suas Cortes, analogicamente, ilegal e inadequada seria, também, a conduta estatal no sentido de recusar a garantia ao acesso às Cortes arbitrais quando tal foi a opção, expressa contratualmente, das partes envolvidas no litígio, especialmente quando o recurso as instâncias estatais se mostra injustificado e protelatório.

De início, faz-se lamentável a constatação de que predomina entre as Cortes nacionais que concedem medidas antiarbitrais o profundo desrespeito a um contrato prévio existente entre as partes - manifestação inequívoca do princípio da autonomia da vontade - no qual foi elencada a arbitragem como método de solução de conflitos relativos àquele objeto determinado²⁶.

Tal desconsideração do acordo pactuado não encontra qualquer amparo legal, notadamente nas hipóteses em que a escolha da arbitragem se deu de forma regular e lícita, além de afrontar a segurança jurídica e o preceito basilar do *pacta sunt servanta*. Mas não é só: certamente, ao permitir a inserção de mecanismos que visam apenas prolongar o embate judicial entre as partes e alijar um dos sujeitos envolvidos no conflito de direitos que lhe são devidos, viola igualmente preceitos tão amplamente aceitos que se encontram repetidos em diversos dispositivos, como a Constituição do Brasil (art. 5º, LXXVIII) e a Convenção

²⁴ Neste sentido, tem-se o pronunciamento do ex-presidente da Corte Internacional de Justiça que, tratando do tema na esfera internacional, elucida bem as consequências aplicáveis também no âmbito da arbitragem doméstica: “*The subject of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration [...] is a timely and serious subject. The threats to and breaches of the efficacy, the integrity, and in some cases the very viability of international arbitration are profound*”. SCHWEBEL, Stephen M. Anti-Suit Injunction in International Arbitration – An Overview,” in E. Gaillard (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2, (2005). p. 5.

²⁵ “[...] *the legality of [the anti suit injunctions] remains very much in question*”. *Idem*.

²⁶ Tem-se como exemplo na esfera internacional o pronunciamento das Cortes paquistanesas nos casos *Hubco v. Wapda* e ainda *SGS v. Pakistan*. Já como exemplo interno tem-se o caso apreciados pelas Cortes do Parana: *Companhia Paranaense de Energia – COPEL v.UEG Araucária Ltda*.

Europeia de Direitos Humanos (art. 6), como é o caso do princípio da razoável duração do processo.

Por certo, a inadmissibilidade de medidas antiarbitrais não toca diretamente o caráter da celeridade, sendo este importante elemento agregado ao instituto da arbitragem que muitas vezes o faz ser o método de solução de controvérsias mais adequado frente ao caso concreto. O que está em jogo, destarte, é algo muito maior: é o direito das partes de terem um julgamento guiado pelo *due process of law*, no qual haja o zelo pela duração razoável do processo, incluindo-se aqui a expressa vedação a qualquer tática empregada por uma das partes com vistas a prolongar a demanda²⁷, pois é certo que na vetusta e acertada definição de Rui Barbosa: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do árbitro (juiz) contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

Por outro lado, a interferência injustificada de determinadas Cortes estatais ao ordenarem medidas para a paralisação de procedimentos arbitrais em curso ou para que não sejam iniciados novos, mesmo quando a matéria controversa recai dentro do escopo para o qual existe a eleição da arbitragem como método de solução de conflitos, apresenta-se também como grave violação a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York, 1958), ratificada por mais de 140 países, inclusive o Brasil.

Tal convenção prevê no artigo II.3 que as Cortes dos Estados signatários deverão remeter à arbitragem todas as causas, ainda quando uma das partes ingressa com a ação em pleno descumprimento a determinada convenção arbitral. Logo, a ação de Cortes estatais ao ordenarem uma das partes envolvidas em litígios a não prosseguirem ou sequer iniciarem procedimentos arbitrais viola basilares preceitos contratuais, que pela adequabilidade encontram reconhecimento nos mais distintos sistemas jurídicos, como também ignora um compromisso firmado por diversos Estados sobre o reconhecimento de convenções arbitrais, sendo que a observância a tal convenção há de ser tida pelas Cortes dos países signatários

²⁷ “what is interesting is that, increasingly, lawyers are looking for ways to protect their client’s interests, rather than necessarily to settle a dispute. Anti-suit injunctions are just an element that is being used as mechanism to undermine, destabilise or avoid an arbitration [...] it’s clear that they were used as a device to stop or delay the arbitration process”. LEW, Julian, D. M Anti-Suit Injunction in International Arbitration – An Overview,” in E. Gaillard (ed.), Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 2, at 5 (2005). p.25.

como obrigatória e não facultativa, sob pena de existirem procedimentos estatais ilegais e certamente injustos²⁸.

Fato é que se as partes, de forma livre, consciente e, portanto, lícita, acordaram pela arbitragem como método de solução de conflitos, uma vez instaurada a situação litigiosa para a qual a arbitragem foi exatamente escolhida, não há porque qualquer Corte estatal, sem qualquer razão para desconsiderar o que foi pactuado entre os litigantes, exercer jurisdição sobre a causa²⁹.

É de se destacar que, mesmo sendo arguida determinada invalidade ou vício que comprometa a validade da convenção arbitral, uma vez reconhecida a aplicação do princípio da competência-competência na arbitragem, caberá primordialmente aos árbitros, e não as Cortes estatais, analisarem o exercício de jurisdição sobre determinado caso. E por certo, em se constatando a irregularidade que comprometeria a validade da decisão arbitral, de pronto, declinariam do exercício de jurisdição sobre o mérito da questão, remetendo as partes para o Judiciário.

Com efeito, “a consistência de tais injunções (medidas anti-arbitragem) com os princípios que governam a arbitragem, é mais do que duvidosa, já que contradizem o efeito negativo do principio “Kompetenz-Kompetenz” sobre os quais as Cortes não estão autorizadas a regular questões de jurisdição arbitral até que os árbitros tenham eles mesmos se pronunciado sobre sua própria jurisdição”³⁰.

E justamente a prontidão dos árbitros em declinarem do exercício de jurisdição quando constatarem irregularidades em contraste com a morosidade do mesmo procedimento quando analisado sob os auspícios das Cortes estatais que leva litigantes, com o claro

²⁸ “*Can a State whose court issues an anti-suit injunction of an international arbitration be said to implement the State’s obligation under the New York Convention? Not in my view. When a domestic court acts, it acts as an organ of the State for whose actions that State is internationally responsible. When a domestic court issues an anti-suit injunction blocking the international arbitration agreed to in the contract, that court fails “to refer the parties to arbitration” (Art. II). In substance, it fails anticipatorily to “recognize arbitral awards as binding and enforce them”, (Art. III) and it preemptively refuses recognition and enforcement on grounds that do not, or may not, fall within the bounds of article V of the New York Convention.* SCHWEBEL, Stephen M. *Anti suit injunctions in international arbitration. Op. cit.*, p. 10.

²⁹ No sentido de deferimento de anti-suit injunctions, apenas para que as partes não se esquivem do cumprimento de eventuais compromissos arbitrais, tem-se o caso “The Angelic Grace”, no qual os juízes concluem que: *But in my judgment there is no good reason for diffidence in granting an injunction to restrain foreign proceedings on the clear and simple ground that the defendant has promised not to bring them.*

³⁰ “*However, consistency of such injunctions with the principles governing arbitration is more than doubtful, as they contradict the negative effect of the principle of 'Kompetenz-Kompetenz' under which courts are not entitled to rule on the jurisdiction of an arbitral tribunal until after the arbitrators have themselves meld on their own jurisdiction*”. République et Canton de Genève, Tribunal de première instance. Order of May 2, 2005, réf. C/1043/2005-15SP, Air (PTy) Ltd v International Air Transport Association(IATA) and C. SA en liquidation. Tradução livre.

propósito protelatório e de má-fé, a darem início a procedimentos no juízo estatal já que, mesmo que a Corte venha futuramente a declinar do exercício de jurisdição, o fará em um lapso temporal suficiente para que a mesma parte desenvolva diversas manobras no sentido de frustrar pretensões legítimas que são contrárias a seus interesses, como alienação de bens, remessa de ativos para outros países, dissolução de sociedades, entre outras.

Ainda que no curso histórico as *anti-suit injunctions* tenham apresentado vigorosa evolução, em especial nos critérios de aplicação, tais medidas, em regra, são utilizadas tendo como escopo fático manobras de uma das partes envolvidas em litígios que de forma unilateral buscavam em outros foros, vantagens ilícitas sendo que as principais consistiam ora na mitigação da capacidade de defesa e intervenção da parte adversa nos procedimentos, ora em táticas protelatórias dando início a procedimentos em sistemas judiciários cuja principal característica e a morosidade.

Assim é que, no contexto da arbitragem, faz-se quase impossível prever situação para a qual uma das partes há de, unilateralmente, realizar manobras para acionar determinada Corte arbitral em prejuízo da parte contrária. Afinal, para que uma Corte arbitral possa dar início a procedimentos, bem como em momento posterior analisar os méritos da disputa em questão, elemento *sine qua non* é a apresentação de uma convenção arbitral que expresse de forma inequívoca a intenção das partes em submeter seus litígios a arbitragem. E se tem como cenário mais do que improvável que qualquer parte há de acionar um tribunal arbitral sem que esteja respaldada de tal convenção, ainda que opte por tal temeridade, certamente não tardará – especialmente se comparado com o tempo demandado em uma Corte estatal – para que seja declarada a inadequabilidade da conduta da parte, e o caso seja direcionado à Corte devida.

Em regra, a aplicabilidade de medidas derivadas das *anti-suit injunctions* contra arbitragens demonstra de forma latente sua inviabilidade, quando analisada sob o critério imperativo de que a intervenção das Cortes estatais em procedimentos arbitrais não apenas deve ser extremamente restrita, mas especialmente, apenas serão justificadas para realização de fins de Justiça, e jamais na frustração dos mesmos³¹.

A prática da arbitragem, em especial no âmbito internacional, tem demonstrado que, em regra, o pleito por medidas anti-arbitragem tem como real fundamento o intuito protelatório deliberado de uma das partes, que, mesmo tendo voluntariamente acordado a submissão a uma cláusula ou compromisso arbitral, na iminência do conflito, ao prever que a

³¹ FISHER, Geoffrey. *Anti suit injunctions to restrain foreign procedures in breach of an arbitration agreement*. Bond Law Review, v. 22, issue 1, article 1. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss1/1>>. Acesso em: 25 out. 2011.

celeridade e demais benefícios da arbitragem se reverteriam contra seus interesses, busca no Judiciário abrigo ilegítimo e inescusável às suas pretensões de postergar o desfecho da lide.

E, ao assim proceder, lançando mão de medidas anti-arbitrais, acabam por atentar contra a garantia do acesso à justiça de duas formas: (a) de um lado, porque dificultam ou impedem que a parte contrária alcance aquilo que ela tem o direito de obter, no tempo adequado, como obteriam se o procedimento corresse de forma regular perante as Cortes arbitrais; e (b) de outro, porque invadem e ocupam as Cortes Estatais com pretensões descabidas e infundadas, que não têm qualquer razão jurídica de ser, subtraindo-lhes um tempo precioso que poderia ser melhor e mais adequadamente empregado para a solução de processos que, enquanto isso, aguardam a sua vez de serem apreciados.

Em suma, considerando o propósito primordial das *anti-suit injunctions* como instrumento utilizado pelas Cortes a fim de evitar situações vexatórias e opressivas derivadas da escolha de um *forum* no qual a participação (efetiva e completa) de uma das partes se encontraria mitigada ou mesmo anulada, a proliferação de tal instituto adaptado para a arbitragem – ou de fato contra a mesma – mostra-se incabível pela violação de um tratado internacional sobre a questão (art. II (3), Convenção de Nova York, 1958), pela violação de diversos dispositivos nacionais que reforçam a posição pro-arbitragem contida na Convenção, pela manifesta consequência denegatória de Justiça a um dos litigantes bem como pelo desrespeito a princípios contratuais amplamente absorvidos pelos sistemas jurídicos modernos (*pacta sunt servanda*).

Tão logo, considerado o desiderato, em regra, que estimula as partes a pleitearem a intervenção estatal através de medidas anti-arbitrais, Cortes nacionais devem, tanto por serem órgãos estatais cuja atuação esta restrita pelos tratados e Convenções ratificados por aquele Estado bem como representarem aparato em defesa e não em combate à Justiça, tanto se absterem de proferirem medidas anti-arbitrais, e quando confrontadas com medidas *anti-injunction* advindas de Estados estrangeiros, devem, ao invés de fomentarem o litígio com a prolação de novas medidas (*anti-anti-suit injunctions*), remeter as partes a arbitragem e assegurarem o decorrer regular do procedimento.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rafael Francisco. *Inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

BISHOP, Doak. *Combatting arbitral terrorism: anti-arbitration injunctions increasingly threaten to frustrate the international arbitration system*. Disponível em: <<http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop7.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun., 1994.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 25 out. 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

CLAVEL, Sandrine. *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*. Paris, 1999. Tese Faculdade de Direito, Universidade Paris I, Pantheon-Sorbonne, p.301.

DERAINS, Yves. *L'Abus des "anti-suit injunctions"*. De Lege Ferenda. Études pour le Professeur Alain Hirsch. Geneve: Slatkine, 2004.

DEZALEY; GARTH. *Dealing with virtue*. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

FISHER, Geoffrey. *Anti suit injunctions to restrain foreign procedures in breach of an arbitration agreement*. Bond Law Review, v. 22, issue 1, article 1. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss1/1>>. Acesso em: 25 out. 2011.

FOUCHARD, L'arbitrage Commercial Internacional, The Hague: Kluwer Law International. 1965.

GAILLARD, Emmanuel. *Une evolution remarquable de la jurisprudence américaine*. Journal du Droit International. Paris: Jurisclasseur, 2003.

HARTLEY, Trevor, C. *Comity and the use of anti-suit injunctions in international litigation*. American Journal of Comparative Law, vol. 35, n. 3, summer, 1987, p. 487-511.

LEW, Julian, D. M.. *Anti-Suit Injunction in International Arbitration – An Overview*," in E. Gaillard (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2, (2005)

LYNCH, Katherine. *The forces of economic globalization*. Challenges to the regime of international commercial arbitration. Hague: Kluwer Law International, 2003.

ROZAS, José Carlos Fernandez. *Anti-suit injunctions issued by national courts: measures addressed to the parties or to the arbitrator*. Huntington: Juris Publishing Inc, 2005.

SCHWEBEL, Stephen M. *Anti-Suit Injunction in International Arbitration – An Overview*," in E. Gaillard (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2, (2005).

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.