

60

OUT NOV DEZ
2018

ANO XV

Revista Brasileira de
Arbitragem

O Papel do Juiz no Fortalecimento da Arbitragem: Efeito Negativo da Competência-Competência v. *Anti-Suit Injunctions*

GUSTAVO SCHEFFER DA SILVEIRA

Doutor em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Universidade de Paris II Panthéon-Assas. Advogado. Conselheiro na Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.¹

RESUMO: Apesar de ter sua origem nos países de tradição *common law*, as injunções *anti-suit* são, com certa frequência, proferidas por juízes de tradição civilista. Entretanto, além de causar uma grande desordem entre os ordenamentos jurídicos, essas medidas têm uma legitimidade duvidosa tanto do ponto de vista do direito internacional quanto do direito da arbitragem. Na prática, a maneira mais eficiente para alcançar uma melhor coordenação entre cortes nacionais e tribunais arbitrais encontra-se na aplicação generalizada do efeito negativo da competência-competência, a qual evita intervenções excessivas por parte das cortes nacionais, bem como o risco de controle paralelo e contraditório da convenção de arbitragem, além de ser mais coerente com a vontade das partes.

ABSTRACT: Even though anti-suit injunctions are a mechanism originally developed in countries of common law tradition, they are also often issued by national courts of a civil law tradition. However, in addition to creating disorder among different legal systems, the legitimacy of such injunctions seems to be questionable both from an international law and arbitration law perspective. In fact, the most efficient manner to achieve the coordination between national courts and arbitral tribunals is through the application of the negative effect of the principle of *compétence-compétence*. Such principle avoids excessive state court intervention, as well as the parallel and conflicting control of the validity of the arbitration agreement, and is more respectful of the will of the parties.

SUMÁRIO: Introdução; I – Problemas da intervenção dos juízes estatais por meio das *anti-suit injunctions*; A) A legitimidade duvidosa do ponto de vista do direito internacional público; B) A legitimidade duvidosa do ponto de vista do direito da arbitragem; II – Remédio: efeito negativo da competência-competência; A) A justificativa do efeito negativo da competência-competência; a) Equilíbrio entre eficiência e proteção contra abusos; b) Prevenção de processos paralelos e decisões contraditórias; B) Adoção em direito comparado; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A eficiência da arbitragem depende, em grande medida, da relação entre os tribunais arbitrais e as cortes nacionais, dado que estas podem promover ou impedir a realização da arbitragem ou que ela produza efeitos.

A promoção da arbitragem ocorre, entre outros exemplos, quando as cortes nacionais designam um árbitro caso uma das partes resista à constituição

do tribunal arbitral, concedem uma medida cautelar para salvaguardar a eficácia de uma futura sentença arbitral ou ordenam a execução de uma sentença arbitral. Não obstante, as cortes nacionais também podem frustrar uma arbitragem, por exemplo, ao anular ou não reconhecer e executar uma sentença estrangeira, ou ao decidir que o procedimento arbitral não pode avançar em razão da inarbitrabilidade do litígio ou da inexistência ou invalidade da convenção de arbitragem.

Dentro dessa interação entre as cortes nacionais e os tribunais arbitrais, existe um mecanismo que tem sido comumente empregado tanto para promover quanto para impedir a arbitragem: a *anti-suit injunction*². Em matéria de arbitragem, esse mecanismo permite, por exemplo, que o juiz, após determinar que uma convenção de arbitragem não é válida, emita uma *anti-suit injunction* para impedir que uma das partes inicie uma arbitragem ou, se o procedimento já estiver em curso, ordene que a parte desista desse procedimento. Por outro lado, uma *anti-suit injunction* pode promover a arbitragem quando, por exemplo, uma corte nacional se sirva dessa injunção para impedir que uma das partes recorra a uma segunda corte nacional, a fim de solicitar uma declaração de que a convenção de arbitragem é nula ou inexistente.

Hoje em dia, a interferência das cortes estatais nas arbitragens mediante o proferimento de *anti-suit injunction* pode ser considerada um aspecto central na arbitragem internacional, devido a duas razões principais. Em primeiro lugar, porque, apesar de serem consideradas como uma peculiaridade das jurisdições do *common law*, esse tipo de injunção está se tornando cada vez mais comum em países de tradição *civil law*³, especialmente na América Latina⁴. Em segundo lugar, pois, em razão de seus efeitos potencialmente extraterritoriais, esse tipo de ordem pode afetar partes situadas em distintas partes do mundo. Assim, apesar de haver sido emitida em um país da América Latina ou de *common law*, essas medidas podem incidir sobre companhias de qualquer outro país, impedindo-as, como ocorre com frequência, de começar ou continuar uma arbitragem em outros países.

2 Sobre as injunções *anti-suit* e arbitragem, v. CLAVEL S., "Anti-suit injunctions et arbitrage", *Rev. Arb.*, 2001, p. 669.

3 Na Alemanha, v. M. Lenenbach, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment Under European Civil Procedure and The Hague Convention", 20 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, p. 257, 1998; na França, v. Cass. Civ., 19 de novembro de 2002, *Banque Worms cf Epoux Brachot*, D., p. 797, 2003, nota G. Kairallah; *JCP*, p. 10201, 2002 II, concl. J. Sainte-Rose, nota S. Chaillé de Néré; *Gaz. Pal.*, p. 29, 25-26 jun. 2003, nota M.-L. Niboyet.

4 O aludido mecanismo tem sua origem nos países de tradição *common law*. Entretanto, de forma mais ou menos recente, sua utilização é cada vez mais comum em países de tradição *civil law*. Nesse sentido, v. GAILLARD E., "Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international", *Rev. Arb.*, p. 47, 2004, esp. p. 48. V., por exemplo, a decisão do juiz de primeira instância do Estado de Rio de Janeiro, no Brasil, Processo nº0160246-10.2014.4.02.5101, 31 de outubro de 2014, *Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP c/ Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras*. Sobre essa decisão, v. MONTEIRO A. L., "Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e convenção de Nova Iorque", *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 57, 2018.

1 As opiniões manifestadas neste artigo vinculam somente o autor. A CCI não é responsável por eventuais inexactidões ou opiniões contidas neste artigo.

Um caso recente, conhecido como o caso *Sulamérica* ou Jirau, demonstra com clareza as dificuldades que podem surgir diante da interferência das cortes nacionais sobre os procedimentos arbitrais por meio das *anti-suit injunctions*⁵. No caso *Sulamérica*, uma controvérsia que envolvia companhias de construção, de um lado, e companhias seguradoras, do outro, teve sua origem em duas apólices de seguros relativas à construção de uma usina hidroelétrica no Brasil. Como consequência de uma série de incidentes, as construtoras realizaram diversas reclamações fundadas nas apólices, que foram recusadas pelas seguradoras com base no fato de que as perdas não estariam cobertas por essas apólices.

Com fundamento nas convenções de arbitragem contidas nas apólices, as seguradoras notificaram o início de uma arbitragem, na qual solicitavam a declaração de que, nos termos das apólices, elas não eram responsáveis pela cobertura dos danos. Como resposta, as construtoras, relutantes a participar da arbitragem, apresentaram um pedido diante das cortes do Brasil solicitando a declaração da nulidade das convenções de arbitragem. Por sua vez, para proteger a arbitragem, as seguradoras recorreram às cortes inglesas (pois a arbitragem tinha sede em Londres), solicitando a emissão de uma ordem que impediria as construtoras de iniciar ou continuar processos judiciais no Brasil.

Ambas as jurisdições tomaram posições firmes, adotando decisões completamente opostas sobre a validade das convenções de arbitragem, e emitiram duas *anti-suit injunctions* contraditórias. A primeira decisão, da *High Court* inglesa⁶ (decisão mantida pela *Court of Appeal*), determinou que as convenções de arbitragem eram válidas e ordenou que as construtoras (sob a ameaça de incorrer em *contempt of court*) desistissem do processo iniciado no Brasil, para que o processo arbitral pudesse avançar em Londres. Do outro lado do Atlântico, as Cortes brasileiras⁷, em reação, determinaram que as convenções de arbitragem não eram válidas e ordenaram que as partes se abstivessem de iniciar ou continuar com a arbitragem, sujeitas a uma multa diária extremamente elevada.

Além de colocar as partes em posições complicadas, tendo em conta que estavam sujeitas por ambos os lados a duas *anti-suit injunctions* contraditórias,

5 Para um comentário detalhado dessas decisões, v. DEBOURG C., SCHEFFER DA SILVEIRA G., "Injonctions contradictoires anglaises et brésiliennes quant à la compétence arbitrale: Affaire Jirau", *B-Arbitra*, p. 457, 2013; PERETTI L. A., "Caso Jirau: Decisões na Inglaterra e no Brasil Ressaltam Métodos e Reações Distintas na Determinação da Lei Aplicável à Convenção de Arbitragem", *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, v. 37, 2013, p. 29.

6 Diante da corte inglesa: *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court 19 de janeiro de 2012, Sulamérica Cia. Nacional de Seguros SA e outros. c/ Enesa Engenharia SA e outros*, [2012] EWHC 42 (Comm), § 5. *Court of Appeal (Civil Division) 16 de maio de 2012, Sulamérica Cia. Nacional de Seguros SA e outros c/ Enesa Engenharia SA e outros*, [2012] EWCA Civ 638, § 9.

7 Diante do Judiciário brasileiro: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) 19 de abril de 2012, *Enesa Engenharia e outros c/ Sulamérica Cia Nacional de Seguros e outros, Agravo de Instrumento nº 0304979-49,2011.8.26.0000*.

essa situação põe em evidência o perigo que existe diante de uma interferência excessiva das cortes nacionais nos tribunais e procedimentos arbitrais.

Esse controle da validade da convenção de arbitragem, de forma prematura e paralela, que originou as duas *anti-suit injunctions* contraditórias, dá lugar a uma série de perguntas relacionadas à intervenção das cortes nacionais na arbitragem. Primeiro, no que se refere aos (I) problemas legais e práticos derivados da aludida intervenção e, segundo, quanto ao (II) remédio adequado para evitar os ditos problemas.

I – PROBLEMAS DA INTERVENÇÃO DOS JUÍZES ESTATAIS POR MEIO DAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Apesar de existirem, em casos limitados, partidários das *anti-suit injunctions* emitidas pelos juízes estatais⁸, elas podem ser consideradas inapropriadas tanto da perspectiva do direito internacional (A) quanto do direito da arbitragem (B).

A) A LEGITIMIDADE DUVIDOSA DO PONTO DE VISTA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Da perspectiva do direito internacional, as injunções *anti-suit* são dirigidas, exclusivamente, às partes, com o objetivo de "proteger o foro natural do litígio em um ambiente propício ao *forum shopping*"⁹. Assim, estritamente falando, elas não violariam qualquer princípio do direito internacional. Entretanto, é possível considerar essas injunções como inapropriadas em vista de seus possíveis efeitos extraterritoriais, os quais podem ser qualificados como uma interferência na soberania de outros países. Na prática, as *anti-suit injunctions* podem afetar a soberania de um Estado estrangeiro na medida em que indiretamente ou *de facto* interferem na determinação da competência estrangeira¹⁰. Nesse sentido, o *Privy Council* reconheceu expressamente no caso inglês *Aerospatiale* que "*since such an order indirectly affects the foreign court, the jurisdiction is one which must be exercised with caution*"¹¹.

8 Falamos aqui exclusivamente das *anti-suit injunctions* emitidas pelos juízes estatais. No que se refere às *anti-suit injunctions* emitidas pelos árbitros, nos parece que as críticas que serão tratadas a seguir não seriam aplicáveis, principalmente porque os árbitros são competentes para julgar sua própria competência e o fazem em respeito à vontade das partes expressada pela convenção de arbitragem. Sobre as *anti-suit injunctions* emitidas pelos árbitros, v. Sentença Arbitral CCI nº 8307, proferido por P. Tercier, *Bull. CCI*, suplemento especial 2011, p. 13; e Sentenças CCI nº 8887 y nº 9593, *Bull. CCI* 2000, p. 91 e p. 105, respectivamente. V., igualmente, L. Lévy "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators", Conferencia IAI, Paris 21 de novembro de 2003, p. 115.

9 BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, PUF, 2010, 2, ed., t. 1, p. 100, esp. 84. Nesse sentido, v., igualmente, NIBOYET M.-L., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, LGDJ, 2015, 5, ed., esp. p. 388, n. 589.

10 Nesse sentido, v. ARRUE MONTENEGRO C., *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, LGDJ, 2011, esp. p. 95, n. 159; NIBOYET M.-L., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, LGDJ, 2015, 5, ed., esp. p. 390, n. 591.

11 *Privy Council* no caso *Aerospatiale* [1987] 1 A.C. 871.

Essa possível violação do direito internacional público resultante das *anti-suit injunctions* parece ficar bem demonstrada no caso *Pertamina*¹². De maneira simplificada, no aludido caso, Pertamina iniciou um procedimento na Indonésia para impedir a execução de uma sentença arbitral nos Estados Unidos. Em resposta ao aludido pedido, após a solicitação da parte contrária (KBC), o juiz estadunidense (do Texas) emitiu uma *Temporary Restraining Order* para que Pertamina suspendesse a ação na Indonésia. Essa decisão não foi respeitada por Pertamina e o juiz indonésio emitiu uma medida, conforme solicitado por Pertamina, para impedir o processo de execução da sentença nos Estados Unidos. O juiz estadunidense, dado que Pertamina havia violado sua ordem, voltou a ordenar a retirada do procedimento na Indonésia e declarou Pertamina em *contempt of court*. Em resposta à decisão americana, o Tribunal de Jacarta emitiu uma nova medida *anti-suit* para que KBC não executasse a sentença, sob sanção do pagamento de multa diária de US\$ 500.000. Ora, como apontado por E. Gaillard, o resultado dessas decisões é “a impressão de incômodo que deixam as ordens contraditórias e igualmente ilegítimas de um ponto de vista do direito internacional público, no sentido de que as aludidas ordens são destinadas, na realidade, às jurisdições estrangeiras com o pretexto de sancionar as partes que fazem uso delas”¹³.

Entretanto, alguns autores se mostram favoráveis a essas injunções quando são emitidas dentro dos limites estritos – por exemplo, para garantir a proteção da parte demandada contra um comportamento processual abusivo por parte da requerente, “especialmente quando o juiz que a emite é competente para julgar o mérito do litígio”¹⁴. Outros exemplos nos quais o proferimento de *anti-suit injunctions* poderia ser considerado legítimo são aqueles em que as cortes estatais buscam proteger uma cláusula atributiva de jurisdição¹⁵ ou de arbitragem firmada pelas partes. Nesse sentido se pronunciou o Instituto de Direito Internacional, em sua resolução de 2 de setembro de 2003, mediante a

- 12 *Karaha Bodas Company LLC c/ Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara, US Court of Appeals for the Fifth Circuit*, decisão de 18 de junho de 2003, 335 F.3d 357, comentário de E. Gaillard, “Anti-suit injunctions and reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine”, *JDI*, p. 1105, 2003.
- 13 GAILLARD E., “Il est interdit d’interdire: réflexions sur l’utilisation des *anti-suit injunctions* dans l’arbitrage commercial international”, *Rev. Arb.*, p. 47, 2004, esp. p. 56, n. 13. Entretanto, em uma decisão de 2005, o juiz do cantão de Genebra afirmou que as *anti-suit injunctions* não contrariavam o direito internacional público, no que não desconsideravam a soberania dos Estados. V. République et Canton de Genève, Tribunal de primeira instância. Decisão de 2 de maio de 2005, ref. C/1043/2005-15SP, *Air (PTY) Ltd. c/ International Air Transport Association (IATA) and C. SA en liquidation, Stockholm International Arbitration Review*, n. 3, p. 191, 2005, esp. p. 198; *Bull. ASA*, p. 728, 2005. Sobre as decisões *anti-suit* em Direito suíço, ver SCHERER M., WERNER J., “Anti-Suit and Anti-Arbitration: A Swiss Perspective”, *Int. A. L. R.*, p. 66, 2009.
- 14 NIBOYET M.-L., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, LGDJ, 2015, 5. ed., esp. p. 390, n. 591.
- 15 Cass. Civ., 14 de outubro de 2009, nº 08-16369, *JDI*, p. 146, 2010, nota S. Clavel; *D.*, p. 177, 2010, nota S. Bollée.

qual reconheceu a legitimidade das *anti-suit injunctions* em casos muito limitados, tendo em consideração as exigências da *comity*¹⁶.

É certo que os fundamentos para proferir uma *anti-suit injunction* a favor de uma convenção de arbitragem (ou cláusula de eleição de foro) não são os mesmos que para as *anti-suit injunctions* tradicionais. Isso porque estas garantem a proteção da competência do juiz do foro¹⁷, enquanto que, naquelas, o juiz se pronuncia para proteger uma competência alheia a sua (*i.e.*, a competência dos árbitros) e, sobretudo, para salvaguardar a autonomia da vontade das partes¹⁸. Consequentemente, as *anti-suit injunctions in favorem voluntatis* podem efetivamente ser consideradas legítimas.

Entretanto, as *anti-suit injunctions* a favor da arbitragem não parecem ser o melhor mecanismo para prevenir ou remediar o problema da violação das convenções de arbitragem. Em primeiro lugar, porque, sendo uma medida dirigida às partes, ela necessita de respeito voluntário delas para poder alcançar o resultado desejado, o que nem sempre se sucede, como demonstra o caso *Sulamérica*. Em segundo lugar, porque esse mesmo exemplo demonstra que as *anti-suit injunctions* em proteção da arbitragem frequentemente vão dar origem a uma *anti-anti-suit injunction*, o que reduzirá enormemente a sua eficácia, colocará as partes em uma situação delicada e causará uma grande desordem entre os ordenamentos jurídicos¹⁹.

B) A LEGITIMIDADE DUVIDOSA DO PONTO DE VISTA DO DIREITO DA ARBITRAGEM

A partir da ótica da arbitragem, tal como advertiu a corte de primeira instância do cantão de Genebra em uma decisão de 2005, a regularidade das medidas *anti-suit* contra a arbitragem deixa dúvidas²⁰.

Em primeiro lugar, essas medidas seriam inapropriadas devido ao fato de que se fundam na ambição das cortes nacionais de impor sua própria con-

- 16 Ponto 5 da Resolução: “As jurisdições que emitam *anti-suit injunction* devem ser sensíveis às exigências da *comity* e, em particular, só devem emitir tais medidas quando a) há uma violação de um acordo relativo à eleição de um tribunal ou convenção de arbitragem; b) há um comportamento abusivo ou opressivo de uma requerente diante de uma jurisdição estrangeira; ou c) se busca a proteção de sua própria competência em matérias como a administrações de bens e processos de insolvência”.
- 17 Nesse sentido, S. Bollée afirmou que as críticas apresentadas contra as *anti-suit injunctions* clássicas não têm pertinência quando a medida é proferida em favor de uma convenção de arbitragem, BOLLÉE S., “Quelques remarques sur les *injonctions anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale”, *Rev. Arb.*, p. 223, 2007.
- 18 Sobre o fundamento das *anti-suit injunctions in favorem voluntatis*, v. ARRUE MONTENEGRO C., *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, LGDJ, 2011, esp. 156 a 169. Nesse sentido também se pronunciou a Corte de Cassação francesa, Cass. Civ., 14 de outubro de 2009, nº 08-16369, *JDI*, p. 146, 2010, nota S. Clavel *anti-suit injunctions in favorem voluntatis*; *D.*, p. 177, 2010, nota S. Bollée.
- 19 Nesse sentido, v. DEBOURG C., *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2012, esp. p. 504, n. 626. A autora desaconselha o uso das *anti-suit injunctions*, contra e a favor da arbitragem, afirmando que “ainda que ela tenham por objetivo evitar a contrariedade das decisões, elas são frequentemente a causa dessa contrariedade”.
- 20 República e cantão de Genebra, Tribunal de primeira instância. Decisão de 2 de maio de 2005, ref. C/1043/2005-15SP, *Air (PTY) Ltd. c/ International Air Transport Association (IATA) e C. SA en liquidation, Stockholm International Arbitration Review*, n. 3, p. 191, 2005, esp. p. 198; *Bull. ASA*, p. 728, 2005.

cepção de validade da convenção de arbitragem sobre a concepção de outras cortes nacionais²¹. Como assinala E. Gaillard²², essa prática, comum a todos os tipos de litígios, é particularmente frequente nos litígios que envolvem Estados, que recorrem às suas próprias jurisdições para impedir seus cocontratantes de iniciar ou dar seguimento a uma arbitragem fundada em uma convenção de arbitragem firmada com o próprio Estado²³.

Em segundo lugar, as *anti-suit injunctions* que impedem a arbitragem infringem o efeito positivo do princípio da competência-competência, o qual é expressamente reconhecido pelas leis domésticas²⁴. O efeito positivo da competência-competência é o que outorga aos tribunais arbitrais competência para determinar sua própria competência. Esse princípio, muito amplamente reconhecido no mundo²⁵, permite ao tribunal arbitral dar continuidade a procedimentos nos quais se questionou a existência, a validade ou o alcance da convenção de arbitragem. Entretanto, as *anti-suit injunctions* contra a arbitragem usurpam essa competência dos tribunais arbitrais²⁶.

No exemplo do caso *Sulamérica*, ambos juízes (brasileiros e ingleses): (i) analisaram a validade das convenções de arbitragem antes que o tribunal arbitral tivesse a oportunidade de fazê-lo, (ii) aplicaram suas próprias leis e (iii) buscaram impor um ao outro sua própria concepção de validade de convenção de arbitragem, bem como para o resto dos ordenamentos jurídicos que tinham algum vínculo com o litígio, o que incluía a Alemanha e a Suíça. Além disso, essas medidas *anti-suit* deixaram as partes em uma situação similar à de uma denegação de justiça²⁷. No exemplo, as partes se encontravam, por um lado, impedidas de iniciar ou continuar a arbitragem e, por outro, impedidas de continuar o pedido diante das cortes do Brasil, pois estavam sujeitas a graves sanções (*contempt of court*, do lado inglês, e multa de R\$ 400.000 para cada dia de arbitragem, do lado brasileiro).

Por essas razões, a intervenção das cortes nacionais na arbitragem mediante o proferimento de injunções *anti-suit*, que trouxe como consequência

21 Nesse sentido, GAILLARD E., "Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international", *Rev. Arb.*, p. 47, 2004, esp. p. 51.

22 GAILLARD E., "Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international", *Rev. Arb.*, p. 47, 2004, esp. p. 52.

23 V. o exemplo o caso *Hubco v. WAPDA*, citado por L. Barrington em seu artigo "*Hubco v. WAPDA: Pakistan Top Court Rejects Modern Arbitration*", 11 *Am. Rev. Int'l Arb.*, p. 385, 2000.

24 DEBOURG C., *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2012, esp. p. 495, n. 617.

25 Ver por exemplo o artigo II da Convenção de Nova York de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras. BORN G. B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, 2. ed., p. 1047.

26 Nesse sentido, MONTEIRO A. L., "Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem *Petrobras v. ANP*: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e convenção de Nova Iorque", *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 57, 2018: "A interferência prematura do Poder Judiciário na [sic] definição da jurisdição do tribunal arbitral, [...] contraria o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o parágrafo único do art. 8º, o caput do art. 20, ambos da Lei de Arbitragem".

27 DEBOURG C., SCHEFFER DA SILVEIRA G., "Injonctions contradictoires anglaises et brésiliennes quant à la compétence arbitrale: *Affaire Jirau*", *B-Arbitra*, p. 457, 2013, esp. p. 469.

no exemplo citado um controle prematuro e contraditório da convenção de arbitragem, deve ser evitada.

A pergunta então é: Qual a melhor forma de coordenar a relação entre as cortes nacionais e os tribunais arbitrais, com o objetivo de garantir o respeito do acordo das partes de se submeter à arbitragem e, ao mesmo tempo, manter o possível o controle das cortes nacionais sobre a arbitragem?

II – REMÉDIO: EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

O remédio que permitiria uma melhor coordenação entre os diferentes aspectos em jogo seria a aplicação por parte das cortes nacionais do efeito negativo da competência-competência, em adição ao efeito positivo previamente mencionado. De fato, seu reconhecimento e sua aplicação teriam várias vantagens muito claras, que constituem a própria justificativa desse efeito (A). Por essa razão, ainda que sua adoção no direito comparado siga sendo tímida, a regra tem vocação à popularização (B).

A) A JUSTIFICATIVA DO EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Ainda que o efeito positivo da competência-competência permita aos árbitros determinar sua própria competência, é unicamente o efeito negativo que dá aos árbitros a prioridade temporal para fazê-lo. Isso significa que as cortes nacionais têm a proibição, salvo em casos excepcionais, de se pronunciar sobre a competência do tribunal arbitral antes que esse tenha tido a oportunidade de fazê-lo. No entanto, as cortes nacionais conservaram o controle sobre a competência do tribunal arbitral em sede de anulação, reconhecimento ou execução da sentença arbitral²⁸.

Em vista disso, como explicaremos a seguir, o efeito negativo da competência-competência permite, em primeiro lugar, aumentar a eficácia da arbitragem, sem sacrificar as garantias fundamentais da partes (a) e, em segundo lugar, evitar processos paralelos e decisões contraditórias sobre a competência arbitral, isto é, sobre a existência, a validade e o alcance da convenção de arbitragem (b).

a) Equilíbrio entre eficiência e proteção contra abusos

A aplicação do efeito negativo da competência-competência é um princípio de longa data consolidado no ordenamento jurídico francês²⁹, o qual

28 Como explicado por B. Ancel, "o efeito negativo é dirigido ao juiz, ele faz a competência-competência do árbitro oponível ao juiz e o impõe o dever de se abster de analisar a questão da competência antes que o árbitro se pronuncie sobre ela" (nossa tradução) (ANCEL B., *O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 6, 2005.

29 A França parece ter sido um dos primeiros países, senão o primeiro, a consagrar tal efeito. Nesse sentido, v. Cass. Com., 22 février 1949, *Cauliez*, *JCP* 1949, II, 4899, obs. H. Motulsky.

prevê que, se o tribunal arbitral já tiver sido constituído, e as cortes francesas receberem uma controvérsia em torno da convenção de arbitragem, as cortes francesas deverão declarar que não têm competência para analisar a questão; e, se o tribunal arbitral ainda não tiver sido constituído, também deverão se declarar incompetentes. A exceção – unicamente aplicada em circunstâncias muito limitadas – se dá quando a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou inaplicável³⁰. Nesse sentido, o art. 1.448 do Código de Processo Civil francês dispõe que “[q]uando um litígio coberto por uma convenção de arbitragem for interposto diante de uma jurisdição do Estado, essa deve se declarar incompetente, salvo se o tribunal não tiver sido constituído e se a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou manifestamente inaplicável”³¹.

Essa solução parece encontrar um melhor equilíbrio entre, por um lado, aumentar a eficiência da arbitragem e, por outro, assegurar a proteção dos direitos fundamentais das partes e a proteção contra os abusos.

No que se refere à eficácia da arbitragem, em primeiro lugar, o efeito negativo da competência-competência é mais coerente com a vontade das partes. Na prática, ele outorga preferência ao aparente acordo das partes de submeter sua controvérsia a uma arbitragem. Frente a uma convenção de arbitragem que não é manifestamente nula ou inaplicável, é razoável considerar que o árbitro seja o juiz natural da disputa. Resulta, assim, natural outorgar a ele preferência para determinar sua competência, em vez de outorgá-la a um juiz estatal, o que, *a priori*, constituiria uma violação da convenção de arbitragem.

Em segundo lugar, a prioridade outorgada aos árbitros e a primazia reservada para as decisões das cortes nacionais assegura um melhor equilíbrio entre a prevenção de medidas dilatórias e a proteção dos interesses legítimos de uma parte que poderia reclamar a falta de competência de um tribunal arbitral. Como explica C. Arrue Montenegro, a prioridade [não é] incondicional nem permanente: a prioridade não é absoluta, porque a mera invocação de um acordo de arbitragem não implica na incompetência do juiz. Sem entrar na análise pormenorizada, o juiz estatal diante do qual se invoca o pacto arbitral deve proceder a uma verificação mínima sobre a existência *prima facie* do acordo de arbitragem. Consequentemente, o efeito negativo da competência-competência evita que uma parte possa solicitar uma *anti-suit injunction* contra a arbitragem, visto que as cortes nacionais não controlariam a fundo a competência do tribunal arbitral e remeteriam ao assunto aos árbitros. Ademais,

30 Sobre os benefícios dessa prioridade temporal, resguardada a possibilidade de controle posterior pelo juiz estatal, v., principalmente, MAYER P., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *RCADI*, t. 217, p. 319, 1989, esp. p. 346, n. 15 e ss.

31 Sobre o tema, v. GAILLARD E., "L'effet négatif de la compétence-compétence", *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387; BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

a prioridade não é permanente nem definitiva, já que depois de que o tribunal decide sobre sua competência mediante uma sentença parcial ou final declarando ter competência ou declarando carecer de competência, a parte insatisfeita pode solicitar diante de um juiz estatal a anulação da sentença arbitral ou pode ser opor ao *exequatur*. A falta de competência do tribunal arbitral e o motivo de anulação ou não reconhecimento de sentenças arbitrais.³²

Dito isso, é certo que, em certas ocasiões, essa solução implicará que uma parte que considere que a convenção de arbitragem seja inválida se veja forçada a passar por um procedimento arbitral, apenas para se deparar com a decisão de que o tribunal arbitral carece de competência, ou tenha que esperar até o final da arbitragem para questionar a sentença. Entretanto, esse argumento não deve ser sobrestimado por uma razão principal: é muito mais provável que uma parte questione a existência, a validade ou o alcance de uma convenção de arbitragem diante das cortes nacionais simplesmente para retardar o processo arbitral, do que um árbitro determinar incorretamente que tem competência. Isso nos leva à segunda justificativa do efeito negativo da competência-competência.

b) Prevenção de processos paralelos e decisões contraditórias

Ao reservar qualquer discussão em torno da competência do tribunal arbitral para os árbitros, o efeito negativo de competência-competência evita processos parasitas paralelos e decisões contraditórias.

Sobre o primeiro ponto, na prática, uma parte relutante à continuação da arbitragem pode utilizar processos paralelos sobre a validade da convenção de arbitragem como manobra dilatória destinada a perturbar o desenvolvimento do processo arbitral³³. Conhecendo a existência e a importância do procedimento estatal sobre a validade e o alcance da convenção de arbitragem, as partes se sentirão obrigadas a dedicar uma grande parte de seus esforços de tempo e financeiros a esse procedimento, o que, provavelmente, acarretará atrasos e custos adicionais no procedimento arbitral. Além disso, o fato de que o princípio positivo da competência-competência seja unicamente destinado aos árbitros faz com que ele não seja suficiente para garantir o respeito da convenção de arbitragem e impedir a proliferação de processos paralelos, como os pedidos de medidas antiarbitragem. Consequentemente, apenas o efeito negativo da regra da competência-competência, que “é um mecanismo processual

32 ARRUE MONTENEGRO C., "Precisiones Conceptuales y Prácticas sobre el Efecto Negativo de la regla Competencia-Competencia", *Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, p. 41, 2017. Essas duas razões também explicam como o efeito negativo da competência-competência não viola o direito de acesso ao Judiciário, o que é frequentemente alegado na América Latina.

33 GAILLARD E., "L'effet négatif de la compétence-compétence", *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387, esp. p. 397.

de proteção do acordo da arbitragem dirigido aos juízes estatais³⁴, é capaz de assegurar esse resultado³⁵.

No que se refere ao segundo ponto, o efeito negativo da competência-competência é, ademais, uma ferramenta eficaz para evitar as decisões contraditórias. De fato, nas arbitragens internacionais, que por definição envolvem os interesses de mais de um Estado, o efeito negativo permite concentrar toda a controvérsia sobre a validade e o alcance da convenção de arbitragem em um único procedimento diante do árbitro. Na ausência do efeito negativo, todas as jurisdições que têm, de algum modo, uma conexão com a arbitragem poderiam potencialmente se manifestar sobre a existência e validade da convenção de arbitragem³⁶. Consequentemente, como ocorreu no já mencionado caso *Sula-mérica*, o juiz de um país poderia considerar a cláusula válida e o de outro país poderia declará-la nula, deixando as partes em uma situação muito complicada, o que implica, inclusive e consequentemente, denegação de justiça³⁷.

Por essas razões, parece ficar demonstrado que as vantagens do mecanismo do efeito negativo da competência-competência superam largamente as possíveis críticas a ele endereçadas³⁸. Entretanto, seu reconhecimento e sua aplicação no direito comparado seguem tímidos.

34 ARRUE MONTENEGRO C., "Precisiones Conceptuales y Prácticas sobre el Efecto Negativo de la regla Competencia-Competencia", *Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, p. 41, 2017, esp. p. 45. Consequentemente, esse autor afirma que "[a] diferencia del efecto positivo, el efecto negativo no es parte de la lex arbitri, sino de la lex procesalis, lo cual tiene repercusiones prácticas ante situaciones internacionales".

35 DIMOLITSA A., "Autonomie et Kompetenz-Kompetenz", *Rev. Arb.*, p. 305, 1998, esp. p. 338, n. 36; GAILLARD E., "L'effet négatif de la compétence-compétence", *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* 1999, p. 387, esp. p. 398.

36 Poder-se-ia contestar essa afirmação com o argumento de que o efeito negativo da competência-competência não impede que, no momento da execução da sentença, cada Estado analise a existência, o alcance ou a validade da convenção de arbitragem segundo suas próprias concepções e que, em consequência, cheguem a decisões contraditórias. Entretanto, este tipo de contradição de decisões é uma consequência natural de um mundo organizado em diferentes Estados soberanos, o que permite a cada Estado estabelecer as condições para receber em seu território uma decisão estrangeira.

Nesse sentido, v. SCHEFFER DA SILVEIRA G., "Os efeitos da sentença anulada em seu país de origem em direito francês", *Rev. Bras. Arb.*, p. 35, 2010, esp. p. 63. Na realidade, como foi demonstrado por J. Paulsson, nem sequer a Convenção de Nova York teve por objetivo a uniformização das decisões relativas à execução das sentenças arbitrais (PAULSSON J., "L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *Rev. Arb.*, p. 637, 1998).

37 DEBOURG C., SCHEFFER DA SILVEIRA G., "Injonctions contradictoires anglaises et brésiliennes quant à la compétence arbitrale: Affaire Jirau", *B-Arbitra*, p. 457, 2013, esp. p. 469.

38 Ademais, o efeito negativo da competência-competência se enquadra perfeitamente na tendência favorável e de confiança que beneficia hoje em dia a arbitragem comercial nos mais variados ordenamentos jurídicos. De fato, em uma grande quantidade de países se pode notar uma ampliação da noção de arbitralidade. Cada vez mais ordenamentos jurídicos estão aceitando como arbitráveis matérias que anteriormente não eram. Assim, como se pergunta E. Gaillard, "[s]e é possível depositar a confiança nos árbitros para assegurar o respeito das exigências da ordem pública internacional com o controle posterior dos juiz estatais, por que não seria, sob as mesmas reservas, para que decidam sobre questões geralmente de interesse privado, como são a existência e a validade da convenção de arbitragem?" (GAILLARD E., "L'effet négatif de la compétence-compétence", *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387, esp. p. 400)

B) ADOÇÃO EM DIREITO COMPARADO

Se, em um passado não tão distante, a França parecia estar isolada na aplicação desse efeito negativo, o direito comparado começa a dar indícios de uma evolução em direção ao modelo francês³⁹.

No Brasil, por exemplo, já faz alguns anos, o Tribunal Superior de Justiça ("STJ") afirmou que o princípio de competência-competência, consagrado pelo parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, contém os efeitos positivo e negativo. Esse foi claramente o sentido da decisão no caso *Ferroatlântica SL c/ Zeus Mineração Ltda.*⁴⁰, em que o STJ afirmou que "[i]mpasse acerca da competência do juízo arbitral que pode ser resolvido pelo próprio árbitro, considerando que à arbitragem também se aplica a regra da "Kompetenz-Kompetenz". Em continuação, o STJ afirmou que, "[a] previsão de cláusula compromissória consubstancia a vontade das partes de não submeter suas controvérsias à jurisdição estatal, de modo que a intervenção do Poder Judiciário ensejaria afronta ao princípio da autonomia privada". De maneira recente, o efeito negativo do princípio da competência-competência vem sendo reafirmado pelo STJ com ainda mais força. Por exemplo, em um caso muito recente⁴¹, o STJ decidiu que,

[c]omo corolário do princípio competência-competência, dispostos nos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/1996, a legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma *precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral*. [...] Em consequência, todos os incidentes procedimentais da arbitragem devem ser resolvidos pelo próprio tribunal arbitral – e somente por ele – sendo a intervenção do Poder Judiciário indesejável e incabível, enquanto não prolatada definitivamente a sentença arbitral. (grifo nosso)⁴²

Um ponto que merece atenção é que, salvo a afirmação geral de "exceções apenas em hipóteses verdadeiramente patológicas"⁴³, em nosso conheci-

39 Ademais, dois exemplos citados a seguir, a Corte Suprema da Venezuela, em uma decisão de data 03.11.2010, reconheceu expressamente que o princípio da competência-competência tem um efeito positivo e negativo, *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentença de 3 de novembro de 2010, Astivenca Astilleros de Venezuela C.A. c/ Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore*.

40 STJ, Medida Cautelar nº 17868/BA (2011/0061155-6), 29 de junho de 2011, *Ferroatlântica SL c/ Zeus Mineração Ltda.*, *Rev. Arb.*, p. 752, 2004, note C, Debourg e G. Scheffer da Silveira.

41 Recurso Especial nº 1.614.070/SP, 26 de junho de 2018, *SPPATRIM Administração e Participações Ltda. c/ BNE Administração de Imóveis SA*.

42 Note que, apesar de o STJ já ter afirmado várias vezes, com muita clareza, sua posição de que os árbitros têm prioridade temporal para decidir sobre sua própria competência, alguns juizes de primeira instância continuam hesitando em aplicar o efeito negativo. V., por exemplo, o caso entre a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e Petrobras S.A., onde o juiz federal do Estado do Rio de Janeiro não considerou oportuno deixar aos árbitros a decisão sobre a arbitralidade do litígio, considerando que ele teria competência para controlar, ao final, a decisão dos árbitros. Entretanto, depois de vários recursos, essa questão chegou ao STJ, o qual acertadamente decidiu que a questão teria que ser determinada em primeiro lugar pelos árbitros (STJ, *Conflito de Competência nº 139.519/RJ*, 11 de outubro de 2017, *Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras c/ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*). Entretanto, considerando a firmeza da afirmação do princípio no Direito brasileiro pelo STJ, no futuro é provável que os tribunais inferiores terminem por aplicá-lo sistematicamente.

43 Nesse sentido, v. CC 139.519/RJ (1ª Seção, DJe 10.11.2017), REsp 1550260/RS (3ª Turma, DJe 20.03.2018), SEC 854/EX (Corte Especial, DJe 07.11.2013), REsp 1597658/SP (3ª Turma, DJe 10.08.2017), entre outros,

mento, o STJ ainda não se pronunciou em detalhe sobre casos específicos em que a prioridade temporal do poder arbitral encontraria limites. Nesse ponto, é de se esperar que, assim como fazem as cortes francesas, a exceção fique limitada a casos em que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou inaplicável⁴⁴.

No Peru, o efeito negativo da competência-competência se manifesta por meio da soma de dois princípios. Em primeiro lugar, a *competência-competência* em seu efeito positivo, consagrado pelo art. 41 da lei peruana de arbitragem, segundo o qual “o tribunal arbitral é o único competente para decidir sobre sua própria competência”. Em segundo lugar, o princípio que a doutrina chamou de “princípio da inevitabilidade da arbitragem”, disposto no art. 3 da lei peruana de arbitragem. Conforme esse princípio, “primeiro se inicia a arbitragem, após se pergunta se esse início foi justificado: a pergunta se faz depois”⁴⁵. De fato, o efeito negativo do princípio da inevitabilidade da arbitragem na legislação peruana consagra “a não intromissão judicial”⁴⁶. Conjuntamente, esses dois princípios dão prioridade ao árbitro para decidir qualquer questão relativa à sua competência, sendo o controle judicial efetuado unicamente após a decisão do árbitro, em sede de recurso⁴⁷ de anulação ou ação de execução da sentença arbitral.

- 44 Sobre a inaplicabilidade ou nulidade manifesta da convenção de arbitragem em Direito francês, v. TRAIN F.-X., “L’unité de la notion de nullité ou d’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage devant le juge du fond et le juge d’appel”, nota sobre Cass. Civ., 14 de novembro de 2007, *Rev. Arb.*, p. 453, 2008; TRAIN F.-X., “La nullité ou l’inapplicabilité de la convention d’arbitrage ne peut être manifeste si elle doit être démontrée”, nota sobre Cass. Civ., 11 de fevereiro de 2009, *Rev. Arb.* 2009, p. 155; e TRAIN F.-X., “La clause compromissoire désignant deux institutions d’arbitrage différentes n’est pas manifestement inapplicable”, nota sobre Cass. Civ., 20 de fevereiro de 2007, *Rev. Arb.* 2007, p. 775.
- 45 BULLARD G. A., “Qué fue primero: ¿el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”, *Revista Internacional de Arbitraje*, p. 55, jul./dez. 2013, esp. p. 64. No entanto, temos que manifestar que não estamos de acordo com o autor em sua posição de que a arbitragem tenha uma natureza contratual. Entendemos que, ainda que a arbitragem provenha de uma fonte contratual, o árbitro exerce uma missão jurisdicional. O árbitro, que decide um litígio entre as partes com consequência jurídica de sua constatação, é um verdadeiro juiz. Nesse sentido, v. FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996, esp. p. 14, n. 13; MOTULSKY H., “La nature de l’arbitrage”, in *Écrits. Études et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 1974, réed. 2010, p. 5; RUBELLIN-DEVICHI J., *L’arbitrage, nature juridique*, LGDJ, 1965, esp. p. 211, n. 307. Para uma definição da noção de arbitragem, inclusive de sua natureza jurídica, ver, principalmente, JARROSSON Ch., *La notion d’arbitrage*, LGDJ, 1987. V., igualmente, SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, BRUYLANT, a ser publicada em 2018, esp. n. 95. Esta também é a posição consagrada pela jurisprudência de vários países, como mostra, por exemplo, a decisão do Tribunal Superior de Justiça do Brasil (CC 113.260, de 7 de abril de 2011 ou Recurso Especial nº 1.614.070/SP, de 26 de junho de 2018). Na França, esta é a posição firmemente consagrada na jurisprudência da Corte de Cassação. V., por exemplo, Cass. Civ. 2ème, 25 mai 1962, *Soc. Romand c/ de Montmort*, *Rev. Arb.*, p. 103, 1962. V., igualmente, OPPETIT B., “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel – à propos d’une jurisprudence récente”, *Rev. Arb.*, p. 315, 1977.
- 46 SANTIESTEVEAN DE NORIEGA J., “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana”, *Revista Peruana de Arbitraje* (DL 1071), esp. p. 114, 2009.
- 47 Em Direito peruano, trata-se de verdadeiro “recurso de anulação”, interposto diretamente diante da Corte Superior (Corte de Apelação) competente, nos termos do art. 64 da *Ley Peruana de Arbitraje*. Esse sistema de *recurso de anulação*, similar ao sistema há muitos anos adotado pelo Direito francês, parece ser mais eficiente do que o sistema de ação autônoma de “declaração de nulidade da sentença arbitral” adotado pela lei brasileira. Enquanto nos sistemas peruano e francês de *recurso de anulação* o recurso é apresentado diretamente diante da Corte Superior e da Corte de Apelação, respectivamente, a ação do art. 33 da Lei Brasileira de Arbitragem é apresentada diante do juiz de primeira instância, o que prolonga inevitavelmente o contencioso pós-arbitral. Nesse sentido, v. VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal”, in *Estudos de Arbitragem*,

No Panamá, a regra competência-competência foi inicialmente considerada inconstitucional pelo pleno da Corte Suprema de Justiça do Panamá⁴⁸. Entretanto, graças ao fato de que, depois de ser reformada em 2004, a Constituição panamenha agora prevê que “os tribunais arbitrais podem conhecer e decidir por si mesmos acerca de sua própria competência”, e à Lei nº 131, de 31 de dezembro de 2013, que regula a arbitragem no Panamá, como foi constatado, “não cabe dúvida de que a regra competência-competência constitui um pilar fundamental do direito panamenho”⁴⁹. Além disso, em seu conceito, “o direito panamenho reconhece tanto o efeito positivo como o efeito negativo do princípio da competência-competência”⁵⁰. Nesse sentido, o art. 17 da lei panamenha de arbitragem dispõe que

o juiz ou tribunal diante do qual se apresenta um pedido, ação ou pretensão relacionada à controvérsia que deva ser resolvida mediante arbitragem se inibirá do conhecimento da causa, rejeitando de plano a demanda, sem mais trâmites, e enviando de imediato as partes à arbitragem, na forma que tenha sido acordada por elas e em conformidade com o previsto na presente Lei.

Na Suíça, o princípio do efeito negativo da competência-competência não está previsto expressamente na LDIP⁵¹. A jurisprudência aceitou inicialmente que os árbitros tivessem prioridade para apreciação de sua competência em arbitragens internacionais⁵², mas já na mesma decisão previu uma exceção⁵³. Em seguida, a jurisprudência seguiu delimitando a aceitação do efeito negativo⁵⁴. Dito isso, é interessante notar que, na decisão antes mencionada

- Juruá, 2007, p. 339, esp. p. 352, e *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, a. 3, n. 9, jul./set. 2000.
- 48 Suprema Corte de Justiça, Pleno, sentença de 13 de dezembro de 2001, *Pycsa Panamá, S.A. c/ artigo 17 do Decreto-Lei nº 5 de 8 de julho de 1999* (Relator: A. Hoyos; votos dissidentes de A. Arjona y J. Jacome De La Guardia, G. Dixon y J. Troyano).
- 49 ARRUE GONTENEGRÓ C., “Precisiones Conceptuales y Prácticas sobre el Efecto Negativo de la regla Competencia-Competencia”, *Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, p. 41, 2017.
- 50 Ibidem.
- 51 *Loi fédérale sur le droit international privé*.
- 52 Tribunal Federal suíço, 19 de abril de 1994, *Émirats Arabes Unis c/ Westland Helicopters*, ATF 120 II 155.
- 53 A prioridade do árbitro era rejeitada quando um procedimento era apresentado diretamente ao juiz suíço para que ele decidisse sobre uma questão de mérito e que uma exceção de arbitragem fosse apresentada pela parte contrária. Nesses casos, o juiz poderia operar uma verificação completa da validade da convenção de arbitragem. Em uma decisão de 1995, o Tribunal Federal suíço decidiu que, se a sede da arbitragem não fosse na Suíça, o juiz não teria que limitar seu exame da validade da convenção de arbitragem a um exame *prima facie*. Ou seja, o exame deveria ser completo. Neste sentido, v. Tribunal Federal suíço, 16 de janeiro de 1995, *Compagnie de Navigation et Sports SA c/ MSC Mediterranean Shipping Company SA*, ATF 121 III 38, *Bull. ASA* 1995, p. 503, 2017; YCA, v. XXI, p. 690, 1996. Entretanto, em 1996, o Tribunal Federal suíço clarificou que, se a sede da arbitragem fosse na Suíça, esse exame deveria ser superficial. Consequentemente, os árbitros poderiam ter uma prioridade de análise de sua competência, com o controle do juiz estatal somente em sede de recurso de anulação. Nesse sentido, v. Tribunal Federal suíço, 29 de abril de 1996, *Fondation M. c/ Banque X.*, ATF 122 III 139, *Bull. ASA*, p. 361, 1996, nota. C.U. MAYER; Tribunal Federal suíço, 13 de setembro de 2004, *Bull. ASA*, p. 145, 2005, e a note de J.-F. POUDET, p. 401. Vale notar aqui que, na realidade, a lógica e justificativa do efeito negativo militam por uma aplicação generalizada, e não exclusiva aos casos com sede no país que possa vir a ser chamado a se manifestar sobre a validade e existência da convenção de arbitragem em sede de anulação. Para uma explicação da justificativa do efeito negativo da competência-competência, v. GAILLARD E., “L’effet négatif de la compétence-compétence”, in *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387.

de 2005 do cantão de Genebra, o juiz se negou a conceder a medida antiarbitragem solicitada pela parte, com base no fato de que a medida mencionada violaria os efeitos positivo e negativo da competência-competência integrados plenamente no ordenamento jurídico suíço⁵⁵. Devido à necessidade de maior clareza com relação ao efeito negativo da competência-competência, tem havido debates em torno de uma possível modificação do art. 7 da LDIP, com a finalidade de incorporá-lo expressamente ao direito suíço⁵⁶.

CONCLUSÃO

A desordem criada pelas *anti-suit injunctions* milita contra esse mecanismo. De fato, as medidas mencionadas parecem ser mais uma fonte de desordem que de cooperação entre cortes nacionais e tribunais arbitrais. Consequentemente, a intervenção das cortes nacionais na missão dos tribunais arbitrais mediante as *anti-suit injunctions* deve ser combatida.

A eficiência da arbitragem depende da possibilidade de alcançar uma melhor coordenação entre cortes nacionais e entre cortes nacionais e os tribunais arbitrais, a qual parece se encontrar na aplicação generalizada do efeito negativo da competência-competência. Esse princípio impede intervenções excessivas por parte das cortes nacionais nos processos arbitrais, evita o risco de controle paralelo e contraditório da convenção de arbitragem e, especialmente, é mais coerente com a vontade das partes.

Além disso, de um ponto de vista de política jurídica, como ressalta E. Gaillard, “o efeito negativo da competência-competência constitui hoje, sem dúvida, um dos indicadores essenciais de confiança real que os diferentes ordenamentos jurídicos tem na arbitragem”⁵⁷.

55 Nesse caso, o juiz faz referência expressa aos arts. 7 e 186 da LDIP suíça. No entanto, nenhum desses artigos prevê expressamente a consagração no Direito suíço do efeito negativo da competência-competência. V. V. GAILLARD E., “La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence”, *Liber Amicorum Robert Briner*, 2005, p. 311.

56 TSCHANZ P.-Y., “De l’opportunité de modifier l’art. 7 LDIP”, *Bull. ASA*, p. 478, 2010.

57 GAILLARD E., “L’effet négatif de la compétence-compétence”, *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387, esp. p. 402.