

ANTI-SUIT INJUNCTION: REMÉDIO PROCESSUAL CONTRA AÇÕES PARALELAS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL? UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO

Karina Agatti Pacheco¹

Resumo: O trabalho analisa a utilização da *anti-suit injunction* como possível solução ao problema das ações paralelas em arbitragem internacional. Realiza-se o estudo comparativo entre o sistema jurídico norte-americano, onde são tipicamente empregadas, e o sistema jurídico brasileiro, para evidenciar como as diferentes concepções sobre o exercício da jurisdição afetam a compatibilidade da medida. Por fim, reflete-se sobre a perspectiva futura do instituto.

Palavras-chave: Anti-suit injunctions; Ações paralelas; Arbitragem comercial internacional; Direito comparado; Jurisdição internacional.

INTRODUÇÃO

A intensificação das relações transnacionais em matéria civil e comercial e a consolidação da vontade das partes como um dos pilares do acesso à justiça foram determinantes para a ascensão da arbitragem como principal meio de resolução de disputas nas relações comerciais internacionais.

Entretanto, diante da multiplicidade de jurisdições vinculadas a essas relações, a conjuntura da litigância transnacional esbarra no problema das ações paralelas, termo que se refere à existência de ações idênticas ou conexas perante dois órgãos jurisdicionais, seja tribunais judiciais ou arbitrais. Como potencial solução, a *anti-suit injunction* destaca-se como ordem que impõe ao litigante a obrigação de não iniciar ou abster-se de continuar a disputa em foro estrangeiro (TIBURCIO, 2019, p. 215).

Precipuamente, realiza-se breve contextualização do problema das ações paralelas na arbitragem comercial internacional como desdobramento da insuficiência do princípio da competência-competência aplicável à arbitragem.

Prossegue-se ao estudo comparado entre o Direito norte-americano e o brasileiro, por meio da análise das particularidades da jurisdição nos dois sistemas jurídicos, a fim de se

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: karinapacheco2009@gmail.com.

averiguar como os limites à jurisdição nacional, a fixação de competência, a concepção do juiz natural e a admissibilidade dos efeitos da litispendência internacional afetam o modo como cada Estado enfrenta as *anti-suit injunctions*. Assim, os principais impasses à aplicação das *anti-suit injunctions* no sistema brasileiro são demonstrados.

Por fim, cumpre discorrer sobre as possíveis modificações de barreiras às transposições de institutos jurídicos entre sistemas jurídicos nacionais para o nível internacional, atentando-se às modernas concepções sobre o acesso à justiça.

O PROBLEMA DAS AÇÕES PARALELAS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

No âmbito do comércio internacional, a busca por uma jurisdição imparcial, especializada e célere tornou a arbitragem a principal forma de resolução de litígios. Entretanto, a litigância transnacional torna-se complexa na medida em que os elementos de estraneidade envolvidos podem significar uma pluralidade de foros competentes e, eventualmente, conflitos de jurisdição (TIBURCIO, 2019, p. 22, 23).

A multiplicidade de procedimentos referentes ao mesmo litígio ou com ele diretamente conexos submetidos à jurisdição de diferentes tribunais judiciais ou arbitrais consiste nas manifestações de ações paralelas. Não obstante a existência de uma convenção de arbitragem válida entre as partes, a busca pelo êxito na demanda pode levá-las a submeterem ações onde considerem que seus interesses serão tutelados da melhor forma, de maneira que as ações paralelas podem existir perante dois tribunais arbitrais, duas cortes judiciais ou à presença de ambos (AYMONE, 2011, p. 11).

O fenômeno pode ocorrer, ainda, quando há uma dúvida genuína sobre o objeto da arbitragem, sobre a continuidade da validade da cláusula em caso de mudança do contrato principal, ou quando não iniciada a arbitragem no prazo estipulado (MA, 2009, p. 7).

Trata-se de problema que gera o risco de decisões conflitantes, além de um alto custo para manutenção das duas demandas, tanto para as partes, quanto para os tribunais, e, enfim, propicia uma situação de injustiça (MA, 2009, p. 29)².

Note-se que os diplomas normativos aplicáveis à arbitragem conferem à convenção de arbitragem efeitos positivos e negativos, de modo a estabelecer, respectivamente, a instituição da arbitragem e a impossibilidade que o Judiciário resolva o mérito da causa (TIBURCIO, 2019, p. 180).

Neste íterim, cumpre mencionar o principal tratado que regula a matéria: a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, feita em Nova Iorque

² Consequências consideradas, inclusive, nas Recomendações da ILA sobre *Lis pendens* em matéria de Arbitragem, n. 2, *in verbis*: "Nevertheless, in the interest of avoiding conflicting decisions, preventing costly duplication of proceedings or protecting parties from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to decline jurisdiction or to stay the arbitration on the basis that there are Parallel Proceedings should decide in accordance with the principles set out in paragraphs 3, 4, and 5 below".

em 10 de junho de 1958, da qual 161 Estados são partes³, incluindo os Estados Unidos da América e o Brasil, neste último promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 24 de julho de 2002.

Aponta-se, dentre os dispositivos da Convenção de Nova Iorque, a previsão do princípio da competência-competência, assim expresso:

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

Sob a égide deste princípio, a autoridade que deve decidir sobre a competência do tribunal arbitral, ou seja, verificar se a convenção de arbitragem preenche os requisitos de existência, validade, legalidade e se sua extensão abarca o conflito a ser analisado, são os árbitros (BORN, 2014, p. 1047). Assim, segundo este raciocínio, cabe ao árbitro decidir sobre sua própria jurisdição, sujeito, somente posteriormente, a uma revisão judicial (BORN, 2014, p. 1205).

O princípio da competência-competência foi incorporado pela quase totalidade de instituições que envolvem a arbitragem internacional e pelas legislações nacionais. A Lei Brasileira de Arbitragem, inclusive, o estabelece no parágrafo único do artigo 8º e no *caput* do artigo 20 (FITCHNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 299).

Há uma ressalva, porém, pela qual o dispositivo II.3 da Convenção de Nova Iorque permite a análise do caso pelo tribunal judicial: quando este constata que a convenção é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável (ARAGÃO, 2007, p. 180, 181). Para Fitchner, Manheimer e Monteiro (2019, p. 300), tratam-se de casos em que notadamente há vício na manifestação de vontade ou quando a inarbitrabilidade é facilmente aferida.

Malgrado a exceção pareça simples, a “manifesta nulidade” é interpretada de maneiras diferentes de acordo com cada ordenamento jurídico, de forma que a aplicação da Convenção pode sofrer variações propensas à insegurança jurídica (BORN, 2014, p. 1052).

Assim, a falta de uniformidade sobre a aplicação do princípio da competência-competência favorece a ocorrência de ações paralelas, tipicamente na hipótese de o tribunal judicial entender que a convenção que instituiu a arbitragem é inválida, enquanto o tribunal arbitral prossegue com o procedimento ao manifestar-se competente (MA, 2009, p. 6).

A fim de dirimir o imbróglio, a International Law Association, em 2006, preocupou-se em elaborar as Recomendações sobre Litispêndência em matéria de Arbitragem, pela qual fixou critérios para que os tribunais arbitrais possam suspender ou prosseguir com o julgamento do caso quando verificadas ações paralelas levando em consideração itens como a possibilidade de execução da sentença arbitral, *case management* e a vontade das partes (MA, 2009, p. 51, 52).

Não obstante o avanço no assunto, as regras tratam do problema de forma *a posteriori*, não no intuito de efetivamente prevenir as ações paralelas. Vale dizer que as referidas Recomendações

³ Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en>. Acesso em 15 dez. 2019.

deixaram de adotar os critérios de fixação de competência internacional usualmente utilizados, seja o critério da *lis pendens*, comum nos países da família jurídica romano-germânica, seja o *forum non conveniens*, típico dos países de *Common Law*, de modo a considerar a excessiva rigidez do primeiro e a imprevisibilidade do segundo (MA, 2009, p. 10).

Em verdade, tais critérios servem à fixação da competência para julgamento do mérito da questão, não propriamente a competência para reconhecimento da jurisdição, ocorrido em momento prévio, pelo que as ações paralelas em arbitragem escapam às soluções usualmente conhecidas (MA, 2009, p. 10).

Neste sentido, convém destacar a utilização de medidas como as *anti-suit injunctions*.

A ANTI-SUIT INJUNCTION COMO MEDIDA PARA A BOA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

As *injunctions* são medidas destinadas a prevenir ou impedir a comissão futura de um ato ilícito, com origem no Direito Inglês, quando remédios jurídicos passaram a ser decretados pelo Chanceler através da jurisdição da *Equity*, um "conjunto de normas jurisprudenciais fixadas em precedentes, que em caso de conflito primam sobre as do *common law*" (VICENTE, 2008, p. 237, 239).

Incorporado pelo direito norte-americano, o *writ of injunction* possui emprego amplo para pretensões preventivas ou inibitórias, mas o manejo do instrumento pressupõe a necessidade de se impedir injustiças ou o descumprimento de ordem judicial (BARBOSA, 2010, p. 41).

Na litigância transnacional, a *anti-suit injunction* é uma ordem judicial dirigida a uma das partes para impedir o ajuizamento ou prosseguimento de uma ação num tribunal estrangeiro (BORN, 2014, p. 1291). Apesar de direcionada a uma das partes do litígio, fato é que tal medida gera impactos na jurisdição do tribunal estrangeiro, suscitando questões de *comity* e de ordem pública (MOSES, 2017, p. 100).

O termo *anti-suit injunction* também pode ser utilizado de forma ampla para abarcar tanto as *anti-suit injunctions* quanto as *anti-arbitration injunctions*. Estas últimas são medidas utilizadas para impedir a instauração da arbitragem quando uma das partes alega não ter concordado com a arbitragem ou quando afirma que ela não se aplica ao caso (MOSES, 2017, p. 102).

As *anti-arbitration injunctions* possuem uma receptividade maior nos países de *civil law*, visto que são direcionadas aos tribunais arbitrais, de modo que não há problemas referentes à limitação da jurisdição estatal, enquanto as *anti-suit injunctions*, em regra, são dificilmente admitidas nesses países por constituírem uma interferência à soberania estatal em determinar sua própria jurisdição (BORN, 2014, p. 297, 298).

Na jurisprudência brasileira verificou-se a concessão de uma *anti-arbitration* no caso *Copel (Companhia Paranaense de Energia) v. UEG Araucária (UEGA)*. As empresas firmaram contrato para construção e operacionalização de usina elétrica que previa que as controvérsias

seriam resolvidas pelas regras da arbitragem da Câmara Internacional do Comércio (ICC) em Paris. Apesar de instituída a arbitragem, a Copel demandou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba a declaração de nulidade da cláusula arbitral, sob o fundamento de que a empresa, controlada pelo Estado do Paraná, não poderia ser submetida à arbitragem, bem como requereu fosse a UEGA condenada a não dar prosseguimento ao procedimento arbitral, pretensão julgada procedente com a incidência de multa em caso de descumprimento da obrigação (LEW, 2007, p. 212). Apesar de reformada a sentença nos tribunais superiores, as bases para a reforma não representaram uma rejeição às *anti-arbitration injunctions*, mas referiram-se a aspectos processuais (LEW, 2007, p. 213).

Esclarece-se, porém, que o objeto de estudo deste trabalho consiste nas *anti-suit injunctions* em seu sentido restrito, para designar ordens que determinam à parte o não ajuizamento ou prosseguimento de uma ação perante um tribunal judicial estrangeiro em violação à convenção de arbitragem.

Neste sentido, essas ordens são utilizadas como recursos em casos excepcionais. Em que pese a aptidão de cortes norte-americanas ao uso de *anti-suit injunctions* para proteger a arbitragem, Chetan Phull (2011, p. 2, 13) pôde vislumbrar, através da análise dos precedentes, cinco questões que normalmente são analisados pelo julgador diante do pleito mandatário, com a ressalva de que o tratamento da matéria não é uniforme entre os diferentes Circuitos Federais. São elas: a) há uma recusa de uma das partes pela arbitragem e o risco de prejuízo diante de ações paralelas, como inconveniência, inconsistência, excessiva demora, etc, na manutenção dos dois procedimentos?; b) a autoridade competente para reconhecer e executar a sentença arbitral poderá rejeitá-la?; c) há decisão proferida pelas cortes nacionais em favor da arbitragem?; d) a cláusula arbitral é redigida de forma ampla a permitir às cortes norte-americanas a aplicação de sua política pública em favor da arbitragem?; e) a parte que busca frustrar a arbitragem demonstrou agir por má-fé?.

Sublinha-se, por fim, que o sucesso de uma *anti-suit injunction* na nação estrangeira depende, também, do poder coercitivo sobre a parte à qual se dirige, pois a medida pode não ser reconhecida no referido território (MOSES, 2017, p. 105), posto que inviável a interferência de um Estado na jurisdição de outro.

Lado outro, questões como o princípio da efetividade e da boa administração da justiça são centrais na resolução dos conflitos de jurisdição (TIBURCIO, 2019, p. 196), de modo que o regime da competência internacional adotado por um país interfere diretamente na compatibilidade das *anti-suit injunctions* com o tecido jurídico, conforme se demonstrará através do estudo comparativo entre a jurisdição no direito brasileiro e no direito norte-americano.

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL NO ESTUDO COMPARATIVO

A jurisdição consiste no poder/dever para dirimir litígios através da aplicação de lei específica, compreendida na forma tradicional como expressão da soberania estatal e regulada

pela *lex fori* (TIBURCIO, 2019, p. 21). Ressalve-se que a jurisdição não se confunde com competência, pois, na qualidade de poder uno e indivisível, aquela possui forma genérica, ao passo que esta se refere à autoridade específica para julgar determinado caso, pressupondo desde já a existência de jurisdição, como ocorre com a distribuição de competência no plano interno (TIBURCIO, 2019, p. 21, 22).

Assim, Carmen Tibúrcio (2019, p. 23) elucida que na hipótese de questionamento acerca da existência de poder de um Estado para solucionar litígios que possuam elementos de estraneidade está-se diante da jurisdição no plano internacional. Outrossim, pode-se vislumbrar a competência internacional quando já considerada a jurisdição, mas organizada a competência de acordo com tratados ou normas internacionais.

De modo semelhante, Ralf Michaels (2016, p. 2) conceitua *jurisdição* em Direito Internacional Privado como “as regras e os princípios que determinam as circunstâncias em que uma Corte tem a prerrogativa de analisar e proferir uma decisão sobre um conflito que envolva conexões internacionais (tradução livre)”.

Ao servir-se desta definição, o autor afirma ser possível dividir a jurisdição em três níveis: num primeiro nível estão normas hierarquicamente superiores ou abstratas que instituem limites à jurisdição, como os princípios e normas de Direito Internacional Público, a observância de legislações supranacionais sobre direitos humanos, os tratados em Direito Internacional Privado quando surgem como restrições ao exercício da jurisdição e não propriamente representam um sistema de bases, e as normas constitucionais dos Estados; no segundo nível encontram-se as regras específicas que delimitam as bases da jurisdição de cada Estado; o terceiro nível, por fim, diz respeito à discricionariedade de decidir sobre a jurisdição caso a caso, dependendo dos interesses e fatores que estão em jogo (MICHAELS, 2016, p. 4, 5).

Esta divisão aclara, de modo preliminar, as diferenças estruturais da jurisdição em ordenamentos jurídicos distintos, visto que no sistema jurídico norte-americano vislumbra-se a predominância do primeiro e terceiro nível de jurisdição, contraposto a uma menor relevância das normas do segundo nível, de modo que o exercício da jurisdição está intrinsecamente relacionado à atividade discricionária. A fonte normativa da jurisdição, para o Direito norte-americano, consiste majoritariamente em normas constitucionais, designadamente as referentes ao devido processo legal (*due process of law*), preceituado na 5ª e 14ª Emendas à Constituição, sobre as quais se desenvolveu a jurisprudência a respeito da matéria, enquanto na família jurídica romano-germânica o segundo nível, pelo qual são fixadas as bases de jurisdição, é o mais importante, e o exercício da atividade jurisdicional observa a parâmetros rígidos (MICHAELS, 2016, p. 4, 7).

Limitações à jurisdição nacional segundo o ordenamento jurídico brasileiro

No Direito brasileiro, as normas que instituem os limites da jurisdição nacional estão contidas nos arts. 21 a 25 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). A legislação

prevê hipóteses de competência concorrente e exclusiva, de modo que, na primeira situação, o caso pode ser submetido tanto à jurisdição brasileira quanto estrangeira, já no segundo, somente a autoridade nacional é reconhecida, de forma que às duas sistemáticas recaem normas próprias (TIBURCIO, 2019, p. 41, 42).

Nos casos em que a ação possa ser ajuizada tanto em território brasileiro quanto em outro país (competência concorrente), admite-se a possibilidade de existência de duas ou mais demandas idênticas perante jurisdições diferentes (artigo 24 do CPC/15), de maneira que, diferentemente do que ocorre no plano interno, não se reconhece o efeito impeditivo da litispendência em âmbito internacional (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 230).

Neste sentido, a existência de ação que contenha as mesmas partes, pedido e causa de pedir pendente em tribunal estrangeiro não o torna preventivo ou implica na suspensão da ação perante tribunal nacional por prejudicialidade, ressalvada a existência de tratados internacionais ou bilaterais em sentido diverso (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 231).

A regra, conjugada ao fato de que o país não é signatário de instrumentos internacionais de alcance significativo em matéria de competência, não propicia as relações comerciais e econômicas com outros países, visto que a existência de decisões diferentes acerca da mesma questão causa insegurança jurídica e compromete a efetividade das decisões (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 236).

Assim, surgem os negócios processuais como instrumentos capazes de garantir às partes contratantes em relações comerciais internacionais efetiva previsibilidade sobre o tribunal competente para o julgamento de possíveis conflitos, tais como a convenção de arbitragem e a cláusula de eleição de foro.

Entretanto, mesmo com o modelo cooperativo do processo instituído pelo Código Civil de 2015 (artigo 6º do CPC/15) e com a permissão de negócios processuais atípicos (artigo 190 do CPC/15), não podem as partes afastarem a jurisdição do Poder judiciário brasileiro nos casos de jurisdição exclusiva e, caso haja conflito entre a lei contratual e a lei nacional que fixa a competência, esta prima sobre àquela, em virtude da prevalência das normas de direito público sobre a norma privada (NERY, 2014, p. 4).

Apesar dos avanços relativos ao reconhecimento da arbitragem, é possível deparar-se com ações paralelas ainda que se tente evitá-las através do princípio da competência-competência. Assim, a busca pela jurisdição adequada aos interesses das partes aponta pela premente necessidade de adoção de medidas capazes de impedir as ações paralelas na arbitragem comercial internacional ante os efeitos indesejáveis da litispendência.

A discricionariedade quanto ao exercício da jurisdição no Direito norte-americano

O sistema jurídico norte-americano estabelece os limites à jurisdição estatal parte através de normas de direito internacional, parte através de doutrinas desenvolvidas com base em *international comity* (DODGE, 2015, p. 2124).

Apesar da nebulosidade acerca do conceito de *comity* na doutrina e jurisprudência norte-americanas, William S. Dodge define que, nas relações jurídicas transnacionais, *international comity* consiste na deferência ou respeito a atores estrangeiros envolvidos quando tal consideração não possui caráter obrigatório sob as normas de direito internacional, mas é internalizada pelo ordenamento jurídico doméstico (DODGE, 2015, p. 2076, 2078).

Em verdade, David L. Shapiro leciona que as disposições da Constituição norte-americana facultam aos tribunais judiciais, conjuntamente ao poder jurisdicional que lhes é conferido, o poder discricionário para não proceder com determinada demanda, de modo que a jurisdição é percebida como uma autorização para o julgamento da causa, mas não uma obrigação inflexível (SHAPIRO, 1985, p. 574).

Na conjuntura do poder discricionário do juiz, destaca-se a doutrina do *forum non conveniens*, um sistema de controle de competências pelo qual se analisa a conveniência e adequabilidade do juízo quando há mais de um competente para julgar o caso (PEIXOTO, 2019, p. 378).

A determinação da competência adequada a partir do *forum non conveniens* permite que o tribunal judicial norte-americano decline sua competência a partir da observação de alguns critérios, alguns deles elencados no caso *Piper Aircraft Co. c. Reyno*⁴, quais sejam a existência de jurisdição alternativa competente, a presunção de que o foro estrangeiro é adequado, e a ponderação dos interesses privados e públicos envolvidos, sendo aqueles exemplificados como o acesso às provas e conexão com o local do fato, enquanto este vincula-se a necessidade de se evitar um grande volume de processos perante determinados foros e de impedir uma onerosidade excessiva às Cortes nacionais (PEIXOTO, 2019, p. 380).

Há que se observar que o *forum non conveniens* passou por uma evolução jurisprudencial, pois quando inicialmente utilizado para o afastamento da competência do tribunal nacional em favor de um foro estrangeiro no caso *Gulf Oil Corp v. Gilbert*, fundou-se numa situação excepcional de abuso de direito, enquanto a jurisprudência atual aponta para a centralidade da análise da conveniência (PEIXOTO, 2019, p. 380, 381).

A identificação do foro mais adequado para processar e julgar a ação favorece a construção de um sistema transnacional de cooperação jurídica na gestão dos conflitos, de modo que, para além da doutrina do *forum non conveniens*, os juízes atentos às facetas da globalização podem fazer uso de outros mecanismos, como a suspensão de um processo sob o fundamento da *lis alibi pendens* ou o direcionamento das partes ao foro adequado através de *anti-suit injunctions* (BUXBAUM, 2004, p. 187).

Relativamente aos procedimentos paralelos, na tradição anglo-saxônica não há uma correspondência ao reconhecimento ou não dos efeitos da litispendência internacional. Em verdade, a doutrina *lis pendens* possibilita a suspensão ou extinção do processo ante a pendência em tribunal estrangeiro, desde que observada a aptidão deste para resolver o litígio,

⁴ Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/454/235.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

apesar de o ponto central normalmente consistir na determinação acerca da necessidade de se restringir ou não o procedimento em trâmite no estrangeiro (AYMONE, 2011, p. 43, 45).

(IN)APLICABILIDADE DA *ANTI-SUIT INJUNCTION* NO DIREITO BRASILEIRO

A princípio, a compatibilidade das *anti-suit injunctions* parece limitar-se aos países de tradição jurídica anglo-saxã.

Vale dizer que no Direito Comunitário tais medidas foram consideradas inaplicáveis, posto que as normas de fixação da competência, sobretudo as previstas no Regulamento nº 44/2001 (Regulamento Bruxelas I), já proveem os mecanismos necessários à prevenção de ações paralelas, tais como os efeitos da litispendência, as normas de conexão e de coisa julgada (TIBURCIO, 2019, p. 219,220)⁵.

Todavia, como se demonstrou, a matéria de competência internacional no Brasil pauta-se basicamente em normas unilaterais sobre jurisdição, ante a ausência de tratados internacionais expressivos, diversamente ao contexto Comunitário, de modo que, como se demonstrou, admite-se a pendência de ações idênticas em matéria de jurisdição concorrente.

Apesar do novo Código de Processo Civil possuir inovações importantes para garantir a segurança jurídica no plano transfronteiriço, Flávia Pereira Hill (2016, p. 2, 14) entende que a manutenção da regra da inexistência dos efeitos da litispendência internacional conserva o caráter restritivo e autocentrado da competência internacional do Código anterior, de maneira a dificultar o acesso à justiça do envolvido em conflitos transnacionais, bem como representa o desbaratamento de recursos financeiros e temporais de tribunais que já enfrentam grande volume de processos, problema comum a múltiplas nações.

Em contrapartida, a previsão do artigo 25 do CPC/15 sobre a exclusão da competência da autoridade brasileira para processar e julgar demanda quando eleito pelas partes o foro de tribunal estrangeiro demonstra a atenção do legislador à autonomia privada (MOSCHEN; ZANETI; LINO, 2019, p. 472, 473).

Lado outro, quanto à posição da jurisprudência brasileira sobre a observância da vontade das partes, Carmen Tiburcio (2019, p. 212) observa a opção do aplicador do Direito pelo exercício da jurisdição nas hipóteses legais inobstante a existência de fatores a contrassenso, como os negócios processuais, o que suscita a necessidade pela discussão da questão.

Neste sentido, um caso paradigmático indicou a posição do Superior Tribunal de Justiça pelo não reconhecimento no Brasil de uma *anti-suit injunction* ordenada por um tribunal norte-americano.

⁵ A Corte Europeia decidiu pela inaplicabilidade das *anti-suit injunctions* no Direito Comunitário no julgamento do caso *Allianz Spa and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.* Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72841&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1207595>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

O caso originou-se de contrato firmado entre *Paramedics Electromedicina Comercial LTDA (Tecnimed)*, distribuidora brasileira de produtos, e *GE Medical Systems Information (GEMS IT)*, empresa sediada nos Estados Unidos da América. O contrato entre elas possuía cláusula arbitral que elegia a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), então em vigor, como instituição responsável para julgar eventuais conflitos entre as partes. A *Tecnimed*, no entanto, ajuizou ação no Supremo Tribunal do Estado de Nova Iorque pela qual requereu a suspensão definitiva da arbitragem iniciada pela GEMS IT perante a CIAC, e paralelamente ajuizou ação na Décima Vara Cível de Porto Alegre para análise da mesma matéria. A GEMS IT, por sua vez, ajuizou reconvenção na ação que tramitava na Justiça americana demandando fosse mantida a jurisdição arbitral e que fosse determinado à *Tecnimed* o não prosseguimento da ação intentada na justiça brasileira, uma *anti-suit injunction*.

O Tribunal Distrital Federal dos Estados Unidos – Distrito Sul de Nova Iorque reconheceu a validade da cláusula arbitral e concedeu a *anti-suit injunction*, e, não tendo a *Tecnimed* desistido do processo no Brasil, aplicou-lhe multa pelo descumprimento da ordem.

A GEMS IT requereu, portanto, o reconhecimento da sentença no Brasil para que pudesse executá-la. No entanto, ao decidir o caso, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), na Homologação Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 854/US, julgado em 2013, reconheceu parcialmente a sentença, pois, apesar de reconhecer a competência da jurisdição arbitral, considerou que a “medida cautelar obstativa de ação judicial” viola o princípio de acesso à justiça consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, XXXV, bem como configura uma afronta aos princípios de direito internacional no que concerne à soberania estatal e ao princípio de jurisdição concorrente adotado em matéria de processo civil no âmbito internacional no país, sendo considerada válida a sentença que primeiro transitar em julgado.

Vale sublinhar, neste aspecto, o fundamento do Ministro Relator Luiz Fux (STJ, SEC nº 854/EX, p. 26) de que “[...]o direito de agir é abstrato, por isso que o recurso ao judiciário é cláusula pétrea e o seu acesso não pode ser criminalizado, sob pena de ofensa à ordem pública, que ocorre quando atenta-se contra os direitos fundamentais”.

Assim, apesar de reconhecer a parte da sentença estrangeira que preserva a cláusula arbitral, o STJ não reconheceu a parte que determina a *anti-suit injunction*. Até a decisão da Corte Superior, entretanto, estenderam-se múltiplas ações referentes ao reconhecimento da jurisdição arbitral, às penas de recursos humanos e financeiros despendidos pelas partes e tribunais, além do risco de decisões conflitantes.

O caráter intervencional da *anti-suit injunction* sobre a jurisdição estrangeira e seus reflexos à soberania estatal são, de fato, impensáveis sob o enfoque romano-germânico e temeráveis à manutenção das relações harmônicas entre os países, de modo que mesmo no sistema jurídico norte-americano há controvérsias quanto a sua aplicação (PHUL, 2011, p. 2). Entretanto, o instituto jurídico é recepcionado de modo mais favorável quando o manejo tem por fim assegurar a arbitragem (TIBURCIO, 2019, p. 218).

Convém destacar que a Corte Europeia, ao julgar o caso *Gazprom OAO v. Lituania*⁶ em 2015, decidiu pela possibilidade de um tribunal arbitral expedir uma *anti-suit injunction* contra uma parte que pretenda ajuizar ação judicial perante um Estado-Membro (TIBURCIO, 2019, P. 221), apesar de constatada a incompatibilidade da medida com o Regulamento n. 44/2001 na hipótese desta ser expedida por um tribunal judicial no caso *Allianz Spa and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*

Além disso, o debate sobre a importação de institutos jurídicos originários da tradição anglo-saxônica no Brasil tem-se expandido.

A formação do ordenamento jurídico nacional, em verdade, é híbrida, posto que, apesar da influência advinda do direito português, incorporou também institutos da *common law* após a constitucionalização, como o controle de constitucionalidade das normas e o *judicial review*, o que lhe permite uma maior abertura às técnicas utilizadas para o alcance da justiça, denominada por Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 51, 52) como a “vantagem dos mestiços”.

Na virada do milênio, José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 4) alertou para a existência de alguns mitos referentes às perspectivas futuras para o desenvolvimento do campo jurídico, dentre eles a “supervalorização de modelos estrangeiros”. Na oportunidade, o jurista clarificou que a importação de técnicas alienígenas deve ser antecedida tanto por minucioso exame de seu funcionamento no país de origem, quanto pelo convencimento acerca da compatibilidade com o ordenamento pátrio (BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 5).

Assim, enquanto possível solução às ações paralelas em arbitragem internacional, a aplicação das *anti-suit injunctions* no Brasil encontra, em suma, duas barreiras inevitáveis: I) o fato de serem vistas como uma afronta à soberania estatal ao indiretamente imporem limites à jurisdição de outro Estado e; II) a incompatibilidade com a ordem pública, visto que a medida é interpretada como violação ao princípio da não denegação da justiça.

PERSPECTIVAS FUTURAS

Em que pese as alegadas incompatibilidades entre as *anti-suit injunctions* e o sistema jurídico brasileiro, tem-se por oportuno, à semelhança de Barbosa Moreira (2000, p. 1), o momento de virada da década para a elucidação de alguns mitos referentes ao futuro da justiça.

Primeiramente, o conceito de jurisdição afasta-se gradualmente da tradicional correspondência com a soberania estatal e passa por uma modulação frente às tendências do Estado Democrático Constitucional, pois procura atender à “tutela dos direitos e das pessoas” (ZANETI, 2019, p. 110, 111).

Em segundo lugar, a concepção de ordem pública está em constante construção. Malgrado seja um conceito indeterminado que depende do exercício cognitivo do juiz em atenção ao caso concreto, pode ser entendida como o atendimento ao interesse público,

⁶ Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164260&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1210201>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

fundada no equilíbrio e na regularidade das relações e prima pelas garantias da segurança e da justiça (NERY JR., 2014, p. 7, 11).

Por fim, a concepção moderna do acesso a justiça amplia as portas disponíveis para a resolução do conflito para além do Poder Judiciário, de modo que o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser ressignificado sob o enfoque dos princípios da cooperação, efetividade e adequação (PINHO; STANCATI, 2016, p. 5).

Apesar das prospecções feitas indicarem uma conjectura futura mais favorável à importação das *anti-suit injunctions* pelo sistema jurídico brasileiro no contexto da arbitragem, sabe-se que, atualmente, as *injunctions* não são recepcionadas pelos tribunais brasileiros.

Assim, diante da permanência de ações paralelas e em reconhecimento ao princípio da efetividade, cumpre considerar alguns métodos capazes de atenuar a incidência deste problema.

Neste ínterim, quanto à necessidade de evolução principiológica do aplicador do Direito, afirma Carlos Alberto Carmona:

A interpretação gramatical (e aplicação automática) de normas de procedimento, cujo envelhecimento é sempre galopante em qualquer ordenamento jurídico, é um equívoco imperdoável e o juiz que age de modo tão conservador erra por medo de errar. As normas processuais, portanto, exigem arejamento diário (2009, p. 2).

Em que pese o referido "arejamento" das normas processuais, tema já considerado pela doutrina concerne à aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, visto que a noção de competência adequada adquiriu destaque no processo civil internacional. Ravi Peixoto propõe, inclusive, uma releitura do princípio do juiz natural a permitir maior flexibilidade e adaptabilidade ao caso concreto (PEIXOTO, 2019, p. 987, 389), o que certamente possibilitaria a atuação jurisdicional em maior atenção ao procedimento arbitral, com ênfase ao princípio da competência-competência, deixando de valer-se da rígida e decadente inafastabilidade do Poder Judiciário e da inexistência dos efeitos da litispendência internacional.

CONCLUSÃO

A discussão acerca de métodos para a harmonização das relações transnacionais está na ordem do dia. O processo civil internacional depara-se com os desafios desencadeados pela multiplicidade de foros competentes para julgar disputas transfronteiriças.

O problema adquire relevo em matéria de arbitragem comercial internacional, visto que põe em xeque a observância da vontade das partes ao convencionarem a arbitragem.

Verificou-se a ocorrência das ações paralelas a despeito do efeito negativo da convenção de arbitragem e de as normas aplicáveis à arbitragem, notadamente a Convenção de Nova Iorque de 1958, estipularem o princípio da competência-competência, pelo qual cabe aos árbitros decidirem sobre sua própria competência.

Nesta conjuntura, as *anti-suit injunctions* surgem como potencial instrumento para a boa administração da justiça, na medida em que tem por finalidade evitar ações paralelas. Não obstante, enquanto institutos jurídicos advindos da tradição anglo-saxônica, há que se examinar preliminarmente as condições à importação da medida, sobretudo em que pese suas implicações aos limites à jurisdição nacional.

O estudo comparativo realizado apontou para a discricionariedade do julgador para exercer a jurisdição como principal divergência entre o sistema jurídico norte-americano e o brasileiro, de modo que, enquanto neste o Poder Judiciário vincula-se às hipóteses legais em que deve atuar quando demandado, naquele a jurisdição é vista como simples autorização para julgar.

A referida discricionariedade permitiu o desenvolvimento de doutrinas como o *forum non conveniens* e *lis pendens*, que flexibilizam o procedimento de acordo com o caso concreto, ambiente que permite, em situações extraordinárias, a expedição de *anti-suit injunctions*.

Apesar de se reconhecer a controvérsia da medida jurídica quanto à interferência indireta à jurisdição de outro Estado soberano e, particularmente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, quanto à incompatibilidade com normas processuais que ditam a inafastabilidade do Poder Judiciário e a inexistência de efeitos da litispendência internacional, a reflexão é pertinente frente à releitura do princípio do acesso à justiça no Estado Democrático Constitucional, pelo qual a apreciação jurisdicional é ampliada para além da atividade desempenhada pelo Estado.

Em síntese, face à multiplicidade das relações transfronteiriças e a conseqüente pluralidade de jurisdições, a aplicação de normas rígidas e prévias de competência internacional mostra-se insuficiente à garantia dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, enquanto a existência de ações paralelas perante um tribunal arbitral e judicial configura situação indesejável às relações comerciais, enfraquecendo a atratividade do país.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Paulo Cezar. A Brazilian View of the Kompetenz-Kompetenz Principle. In: Albert Jan van den Berg, International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, Volume 13. Kluwer Law International, 2007.
- AYMONE, Priscila Knoll. A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://teses.usp.br/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: Revista de Processo, vol. 99/2000, p. 141-150, jul-set. 2000. Revista dos Tribunais Online, 2000.

- BARBOSA, A.V.O. O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufes.br/handle/10/2708>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- BORN, Gary. International commercial arbitration. 2 ed. Kluwer Law International, 2014.
- BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras. Brasília, DF, 23 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 854/EX, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16/10/2013, DJe 07/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501238031&dt_publicacao=07/11/2013>. Acesso em: 20 de abril de 2019.
- BUXBAUM, Forum selection in international contract litigation: The Role of judicial discretion. In: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, v. 12, n. 2, p. 185-210, 2004. HeinOnline.
- CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. In: Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VI, p. 7-21, 2009. Kluwer Law International, 2009.
- DODGE, William S. International Comity in American Law. In: Columbia Law Review, vol. 115, n. 8, p. 2071-2142, dec. 2015. HeinOnline.
- FINKELSTEIN, Cláudio; SKITNEVSKY, Karin; VIEIRA, Fábio. A função dos tribunais nacionais estatais no processo arbitral. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos; a prática no CAM-CCBC. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- FITCHNER, José Antônio; MANHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, André Luis. Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras e Código de Processo Civil de 2015. In: Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC. V. 13. Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- HILL, Flávia Pereira. Os limites da jurisdição nacional no Código de Processo Civil e a densificação do acesso à justiça. In: Revista de Processo. Vol. 262/2016, p. 23-59, dez. 2016. Revista dos Tribunais Online, 2016.
- LEW, Julian D. Control of jurisdiction by injunctions issued by national courts. In: International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, v. 13, ed. Albert Jan van der Berg, p. 185-220. Kluwer Law International, 2007.
- MA, Winnie. Parallel Proceedings and International Commercial Arbitration: The International Law Association's Recommendations for Arbitrators. Contemp. Asia Arb. J. 2, 2009.
- MICHAELS, Ralf. Jurisdiction, foundations. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series, n. 2016-53, 2016.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI JUNIOR, Hermes; LINO, Daniela Bermurdes. A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de

- Processo Civil Brasileiro de 2015. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues, JusPodivm, 2019.
- MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2017.
- NERY JR., Nelson. *Competência Concorrente - Jurisdição Internacional e jurisdição brasileira*. In: *Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Júnior*. Vol. 3/2015. p. 123-165, set. 2014. *Revista dos Tribunais Online*, 2014.
- PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o Processo Civil Brasileiro: limites e possibilidade*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues, JusPodivm, 2019.
- PHULL, Chetan. *U.S. Anti-suit injunctions in support of international arbitration: five questions american courts ask*. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, v. 28, p. 21-50, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015*. In: *Revista de Processo*, vol. 254/2016, p. 17-44, abril 2016. *Revista dos Tribunais Online*, 2016.
- RODRIGUES, Marco Antonio; VELMOVITSKY, Alex. *A litispendência internacional entre as expectativas por maior interação entre países, os limites legais e a vontade das partes*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- SHAPIRO, David L. *Jurisdiction and discretion*. In: *New York University Law Review*, vol. 60, n. 4, p. 543-589, out. 1985. HeinOnline.
- TIBURCIO, Carmen. *As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13. Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. rev e atual., Ed. JusPodivm: Salvador, 2019.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução e parte geral*. Almedina, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI, Graziela Argenta. *Jurisdição adequada no Brasil (competência internacional): uma técnica de tipicidade flexível aplicável também aos processos coletivos transnacionais*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.