



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Thiago Dias Delfino Cabral

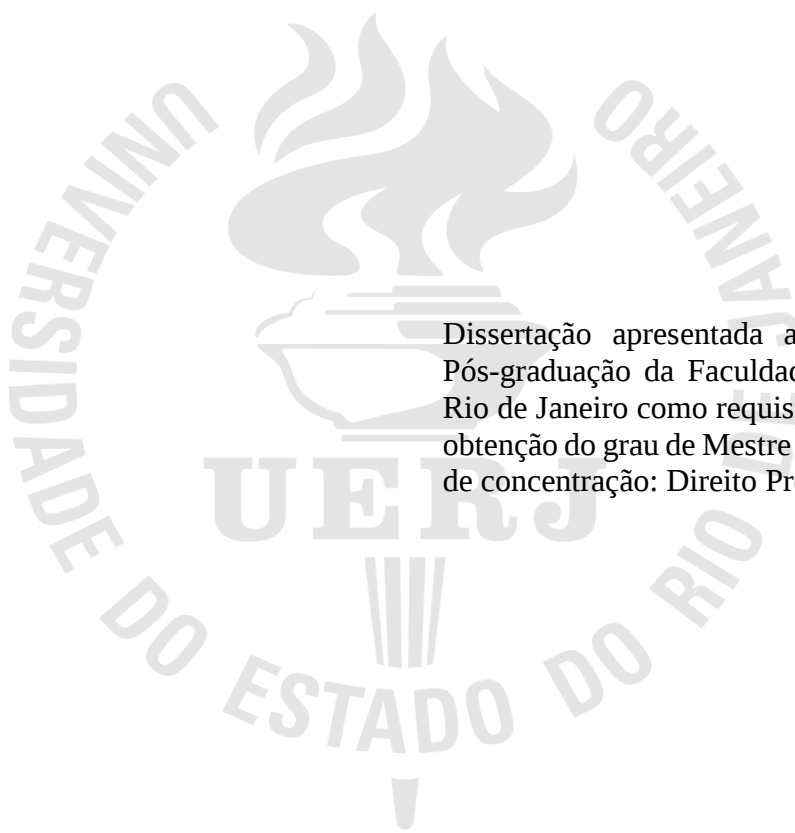
**A impecuniosidade na arbitragem: um grave problema na instauração do
procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz
do princípio do acesso à justiça**

Rio de Janeiro

2019

Thiago Dias Delfino Cabral

A impecuniosidade na arbitragem: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio Rodrigues

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C117 Cabral, Thiago Dias Delfino.

A impecuniosidade na arbitragem: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça / Thiago Dias Delfino Cabral. - 2019. 201 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Acesso à justiça - Teses. 2. Conflitos de normas (Direito) – Teses. 3. Conceitos – Teses. I. Rodrigues, Marco Antônio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.918

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thiago Dias Delfino Cabral

A impecuniosidade na arbitragem: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 18 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marco Antônio Rodrigues (orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2019

DEDICATÓRIA

In memoriam de Esther, Luzelina, Geraldo, Celeste e Alayde.

Para meus pais, Diógenes e Elizabeth.

Para minhas irmãs, Thaís e Thamiris.

Para meus amores, Ana Carolina e Lolla.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho encerra um importante ciclo de minha vida acadêmica: o mestrado em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Essa etapa, sonhada desde a graduação na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro graças ao Prof. Dr. Felipe Borring Rocha e demais integrantes do corpo docente, não seria possível sem o auxílio de diversas pessoas. As palavras que escreverei não fazem jus à ajuda prestada.

Ao Prof. Dr. Marco Antonio Rodrigues, que aceitou o difícil encargo de me orientar. Obrigado pelos ensinamentos e, principalmente, pela disponibilidade em solucionar os questionamentos jurídicos e aflições inerentes à elaboração da presente dissertação.

Ao Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk, que participou de minha banca de qualificação, oportunidade na qual contribuiu com importantes sugestões e reflexões que foram incorporadas no trabalho.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial aqueles com os quais tive a honra de aprender em sala de aula: Prof. Dr. Anderson Schreiber, Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral, Prof. Dr. Humberto Dalla Bernadina de Pinho, Prof. Dr. Luiz Fux e Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Aos membros dos escritórios “Ferro, Castro Neves, Daltro e Gomide Advogados” e “Galdino, Coelho, Mendes Advogados”, que me introduziram no mundo da advocacia contenciosa cível e empresarial.

Aos membros do “Terra, Tavares, Ferrari Advogados”, que contribuíram para a minha formação profissional e, principalmente, incentivaram meu ingresso no mestrado acadêmico.

Aos membros do “Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados”, que me apoiaram na trajetória final do mestrado e com os quais tenho a honra de trabalhar diariamente.

Agradeço ao Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, grupo de fomento ao estudo da arbitragem no Rio de Janeiro, em especial à Renata Auler Monteiro, que me auxiliou em pesquisa jurisprudencial sobre o tema da dissertação.

Aos meus amigos, que perdoaram minhas ausências ao longo desses dois anos em prol do mestrado. Dentro desse grupo, preciso agradecer, especialmente, ao Alexandre Barroco e ao Eduardo Castro, que fizeram importantes apontamentos após a leitura do presente trabalho, bem como ao Mauro Noli e Max Rumjanek, que me auxiliaram nos textos estrangeiros.

Aos mentores de minha vida acadêmica e profissional: Luiz Roberto Ayoub, Natália Mizrahi Lamas e Leonardo de Campos Melo. Obrigado pelos conselhos.

À Sandra Valverde, por quem tenho muito carinho e que, nos últimos seis anos, torce pelo meu sucesso, tanto no campo pessoal como no profissional, tendo estado presente em momentos marcantes.

Aos meus pais, Diógenes Delfino Cabral e Elizabeth Dias Guimarães, pelo amor e apoio incondicional, e por serem responsáveis diretos por quem sou, onde estou e para onde irei. Não há palavras que expressem o que sinto e o quão grato sou por vocês.

Às minhas irmãs, Thaís Dias Delfino Cabral e Thamiris Dias Delfino Cabral, pela fraternidade que nos une desde nossas infâncias e que foi (e será) responsável por memórias marcantes.

À Ana Carolina Valverde Freixo, “amor da minha vida, daqui até a eternidade”. Obrigado por, nos últimos seis anos, ter estado ao meu lado, compartilhando todos os momentos de minha vida. Sem você, esse trabalho e diversos outros projetos não seriam possíveis. Te amo.

RESUMO

CABRAL, Thiago Dias Delfino. *A impecuniosidade na arbitragem*: um grave problema na instauração do procedimento arbitral, um novo conceito e uma proposta de solução à luz do princípio do acesso à justiça. 2019. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, , Rio de Janeiro, 2019.

A arbitragem é mecanismo de resolução de conflito cuja escolha implica, necessariamente, a impossibilidade de utilização do Poder Judiciário para solucionar um litígio. Entretanto, é possível que, no momento do surgimento do conflito, uma das partes não possua recursos financeiros para instaurar o procedimento arbitral. O presente trabalho visa, justamente, analisar as consequências dessa situação, que consiste em uma faceta da impecuniosidade, partindo da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro garante o acesso do cidadão ao sistema multiportas de resolução de conflitos. De forma mais específica, pretendemos apresentar um conceito objetivo para a impecuniosidade na arbitragem, analisar seus efeitos sobre a convenção de arbitragem e apresentar uma proposta para solucionar o conflito entre os princípios do *pacta sunt servanda* e do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Métodos adequados de resolução de conflitos. Arbitragem. Impecuniosidade. Conceito. Efeitos.

ABSTRACT

CABRAL, Thiago Dias Delfino. *The impecuniosity in arbitration*: a serious problem in the advent of the arbitration procedure, a new concept and a proposed solution in light of the principle of access to justice. 2019. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, , Rio de Janeiro, 2019.

Arbitration is a conflict resolution mechanism whose choice necessarily implies the impossibility of using the Judiciary to resolve a dispute. However, it is possible that, at the time of the conflict, one of the parties does not have the financial resources to establish the arbitration procedure. The purpose of this paper is to analyze the consequences of this situation, which is a facet of impecuniosity, starting from the premise that the Brazilian legal system guarantees citizen access to the multi-door courthouse system of conflict resolution. More specifically, we intend to present an objective concept for impecuniosity in arbitration, to analyze its effects on the arbitration agreement and to present a proposal to resolve the conflict between the principles of *pacta sunt servanda* and access to justice.

Keywords: Access to justice. Adequate methods of conflict resolution. Arbitration. Impecuniosity. Concept. Effects.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	O ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
1.1	A modificação da clássica concepção do Poder Judiciário como método exclusivo de resolução de conflitos	15
1.2	O sistema multiportas da resolução de conflitos.....	20
1.3	O sistema multiportas de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro	24
1.4	Redefinido o princípio do acesso à justiça à luz do sistema multiportas ..	30
2	A ARBITRAGEM	36
2.1	A arbitragem no Brasil.....	36
2.2	Conceito, autonomia e natureza da arbitragem	39
2.3	A convenção de arbitragem: espécies e efeitos.....	43
2.4	As vantagens da Arbitragem	49
3	OS CUSTOS DA ARBITRAGEM	52
3.1	Custas da arbitragem	55
3.2	Despesas da arbitragem	56
3.3	A responsabilidade definitiva pelos custos da arbitragem.....	60
3.4	Uma análise dos custos da arbitragem	62
3.4.1	<u>Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá ..</u>	<u>63</u>
3.4.2	<u>Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil</u>	<u>65</u>
3.4.3	<u>Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem</u>	<u>66</u>
3.4.4	<u>Câmara de Arbitragem do Mercado da BOVESPA</u>	<u>67</u>
3.5	A arbitragem é cara? A importância da análise econômica	68
4	A IMPECUNIOSIDADE	74
4.1	Conceito	74

4.2	O problema da impecuniosidade: acesso à justiça vs <i>pacta sunt servanda</i>	76
4.3	Um panorama da impecuniosidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros	80
4.3.1	<u>A impecuniosidade na França</u>	80
4.3.2	<u>A impecuniosidade na Inglaterra</u>	88
4.3.3	<u>A impecuniosidade na Alemanha</u>	90
4.3.4	<u>A impecuniosidade nos Estados Unidos</u>	94
4.3.4.1	Tony Brower v. Gateway 2000 INC	95
4.3.4.2	Green Tree Financial Corp v. Larketta Randolph	96
4.3.4.3	Emanuel Licitra v. Gateway INC	98
4.3.4.4	American Express v. Italian Colors Restaurant	99
4.3.4.5	Conclusão sobre a impecuniosidade nos Estados Unidos	99
4.3.5	<u>Conclusão sobre a impecuniosidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros</u>	100
5	A IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM NO BRASIL	102
5.1	Recuperação judicial, falência e arbitragem	103
5.1.1	<u>Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre convenções de arbitragem preexistentes</u>	105
5.1.2	<u>Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre convenções de arbitragem futuras</u>	108
5.1.3	<u>Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre as arbitragens em andamento</u>	111
5.1.4	<u>Conclusões sobre a relação entre a arbitragem e os procedimentos judiciais de insolvência</u>	114
5.2	Os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro	114
5.2.1	<u>O posicionamento da doutrina sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro</u>	114

5.2.2	<u>O posicionamento dos tribunais brasileiros sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro</u>	117
5.2.2.1	O posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....	118
5.2.2.2	O posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	119
5.2.2.2.1	Os julgamentos da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	119
5.2.2.2.1.1	Rosângela Guimarães Salermo v. Walmir Aparecido Frade e outros	119
5.2.2.2.1.2	Regra Comércio e Serviço de Estética Ltda. (“Regra”) e outras v. JC Comércio de Produtos de Beleza e Máquinas de Depilação Ltda. (“JC”)	120
5.2.2.2.1.3	Alexandre de Azevedo Rego e outros v. Icemellow Franchising Ltda.	120
5.2.2.2.1.4	Luiz Carlos Sambo e Morbo Comercio Varegista de Artigos de Vestuários e Acessórios LTDA. v. SPR Indústria de Confecção e Tecelagem LTDA.	121
5.2.2.2.1.5	Vinícius Chaves Christ Wandenkolk v. BR Insurance Corretora de Seguros SA	122
5.2.2.2.2	Os julgamentos da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial	123
5.2.2.2.2.1	Valter De Lima v. Jonas Zotelli e Lizofer Ferro e Aço Ltda.....	123
5.2.2.2.2.2	Ibirapuera Assessoria Idiomática Ltda. v. Central de Produções Gwup Ltda	123
5.2.2.2.2.3	Robson Levi Halagisnki vs Supera Instituto de Educação Limitada.....	124
5.2.2.2.2.4	Calçados Suplicy Ltda. EPP. vs Bellíssima Calçados Ltda. ME.....	125
5.2.2.2.3	Conclusões sobre o Posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo ..	127
5.2.2.3	O Posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná.....	127
5.2.2.4	O Posicionamento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de Goiás	129
5.2.3	<u>Conclusões sobre os efeitos da impecuniosidade no Brasil</u>	130
6	POR UM NOVO CONCEITO DE IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM	132
6.1	Noções sobre a boa-fé objetiva	132
6.2	A boa-fé objetiva na arbitragem	134
6.3	As táticas de guerrilha na arbitragem	136
6.4	Um novo conceito de impecuniosidade à luz da boa-fé objetiva	139

6.4.1	<u>As tentativas de obtenção de recursos financeiros e de transferência dos custos do procedimento arbitral para terceiros</u>	141
6.4.1.1	O seguro de tutela jurisdicional	143
6.4.1.2	O third party funding	144
6.4.2	<u>O auxílio do ex adverso</u>	147
6.5	Conclusões sobre o conceito de impecuniosidade na arbitragem.....	148
7	A IMPECUNIOSIDADE NA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL	150
7.1	Os efeitos da impecuniosidade na convenção de arbitragem.....	150
7.1.1	<u>A impecuniosidade e o plano da existência da convenção de arbitragem</u>	151
7.1.2	<u>A impecuniosidade e o plano da validade da convenção de arbitragem</u>	153
7.1.2.1	O plano da validade: a capacidade das partes para celebração da convenção de arbitragem	154
7.1.2.2	O plano da validade: objeto lícito, possível, determinado ou determinável a ser submetido à arbitragem.....	155
7.1.2.3	O plano da validade: a forma da convenção de arbitragem.....	157
7.1.2.4	Conclusões sobre a impecuniosidade e o plano da validade da convenção de arbitragem.....	159
7.1.3	<u>A impecuniosidade e o plano da eficácia da convenção de arbitragem</u>	161
7.2	A impecuniosidade: um empecilho ao acesso à justiça arbitral?	164
7.3	Proposta de solução para a impecuniosidade na instauração do procedimento arbitral	168
	CONCLUSÃO.....	177
	REFERÊNCIAS.....	184

INTRODUÇÃO

A arbitragem consolidou-se, nos últimos 20 (vinte) anos, como um efetivo método de resolução de conflitos à disposição do cidadão brasileiro.¹ Esse fato, contudo, não impede o surgimento de controvérsias jurídicas que precisam ser enfrentadas pelos operadores do direito.²

O presente trabalho visa, justamente, analisar uma dessas controvérsias, qual seja, a impecuniosidade na arbitragem, situação na qual uma parte não possui recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com um procedimento arbitral.

Por uma opção metodológica, somente verificaremos as consequências decorrentes da impossibilidade de instauração da arbitragem. Assim, não analisaremos a ausência de recursos financeiros para prosseguir com o procedimento arbitral. Também não analisaremos os efeitos da impecuniosidade em arbitragens envolvendo a administração pública, pois as pessoas jurídicas de direito possuem características que merecem detida análise em outra sede doutrinária.

Delimitado o objeto do presente trabalho, devemos explicar o motivo de sua escolha. Em geral, os operadores do direito, consideram que a arbitragem é um método de resolução de conflitos caro, sendo, inclusive, referenciada como uma “justiça luxo”.³ Isso decorre dos valores necessários com que as partes precisam arcar para instaurar e prosseguir com um procedimento arbitral, os quais tendem a ser mais elevados do que os praticados pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, não é difícil imaginar que, após ter escolhido resolver seus litígios por arbitragem, uma pessoa, por eventualidade, não possua recursos financeiros para instaurar o procedimento arbitral.⁴

¹ GIUSTI, Gilberto. Os vintes anos da Lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

² LEVY, Daniel. Os pressários da reforma brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

³ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado. In: Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 151.

⁴ Judith Martins-Costa ensina que “o tempo está no cerne de todo e qualquer contrato, mas tem um peso particular nos contratos duradouros em que, nem sequer como ilusão, a fixidez se pode manter. Estes vivem no tempo dinâmico, móvel, compreendendo-se, assim, estarem muito fortemente sujeitos à sua ação. Entre seus traços peculiares está a suscetibilidade ao risco do desequilíbrio econômico motivado pelos mais diversos fatores: financeiros, climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de

Trata-se, aliás, de uma situação muito comum no sistema capitalista em que vivemos, no qual crises econômico-financeiras podem afetar uma pessoa específica ou todo o sistema financeiro.

Ocorre que, por força dos efeitos da escolha pela via arbitral, o Poder Judiciário, via de regra, está impedido de analisar o litígio existente entre as partes. Assim, em última instância, a parte sem recursos financeiros não receberá a tutela sobre um direito lesado ou ameaçado, afinal, o Tribunal Arbitral não será constituído, tampouco o Poder Judiciário terá permissão para analisar o conflito.

A validade dessa situação, por óbvio, deve ser questionada e analisada à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do princípio do acesso à justiça, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. É exatamente o que pretendemos fazer.

No caso, iniciaremos o presente estudo pela análise do novo sistema de resolução de conflitos brasileiro, fruto de uma série de reformas que culminaram na adoção do “sistema multiportas” criado por Frank Sander, que impõe uma releitura do princípio do acesso à justiça.

Concluída essa análise, discorreremos sobre a arbitragem, um dos mecanismos incorporados em nosso ordenamento no final do século XX. Nesse capítulo, além de indicarmos sua base normativa, apresentaremos o conceito de arbitragem e sua natureza jurídica. Em seguida, trataremos da convenção de arbitragem, instrumento necessário para a adoção desse mecanismo de resolução de conflitos, e seus efeitos. Por fim, mostraremos as vantagens que levam à utilização da via arbitral.

No terceiro capítulo, examinaremos os custos da arbitragem para verificarmos se, de fato, tal elemento consiste em uma desvantagem da arbitragem. De forma mais específica, após indicarmos os custos de um procedimento arbitral, realizaremos uma sucinta pesquisa nas principais câmaras arbitrais brasileiras. Ao final, demonstraremos a importância da análise econômica da arbitragem sob pena de reproduzirmos um discurso sem fundamento fático.

A partir do quarto capítulo, passaremos a nos dedicar à impecuniosidade. No caso, apontaremos seu conceito e realizaremos uma análise de decisões proferidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros relevantes para o mundo da arbitragem, quais sejam (i) França, (ii)

outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas em que o inadimplemento de um contrato tem reflexo direto sobre os demais.” (COSTA, Judith Martins. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, p. 11-39, abr-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, versão eletrônica).

Inglaterra, (iii) Alemanha e (iv) Estados Unidos. O quinto capítulo, por sua vez, será dedicado ao posicionamento da doutrina e dos tribunais brasileiros.

No sexto capítulo, apresentaremos um novo conceito de impecuniosidade na arbitragem, fundado na boa-fé objetiva, que permita um tratamento adequado e igualitário da questão. Por fim, no último capítulo, verificaremos os efeitos da impecuniosidade sobre a instauração do procedimento arbitral.

De forma mais específica, analisaremos se a insuficiência de recursos financeiros para instauração de arbitragem viola o princípio do acesso à justiça e, caso a resposta seja positiva, apresentaremos uma proposta para solucionar o problema.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 A modificação da clássica concepção do Poder Judiciário como método exclusivo de resolução de conflitos

Em qualquer sociedade, por mais civilizada que seja, surgem conflitos entre seus membros.⁵ Nos primórdios, esses litígios eram resolvidos pelos próprios litigantes, que usavam a força para definir quem tinha razão.⁶ Entretanto, conforme apontam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco

À medida que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência de absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos⁷.

Na visão de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, essa mudança trouxe “uma solução para as hipóteses de impossibilidade de autocomposição”, ao mesmo tempo em que “possibilitava a vedação da autotutela como meio de pôr fim à disputa”.⁸

Assim, tradicionalmente, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, solucionar os conflitos surgidos em nossa sociedade.⁹ Essa atividade veio a ser denominada de Jurisdição,

⁵ De acordo com Araken de Assis, “as necessidades intrínsecas à vida em sociedade geram conflitos individuais e transindividuais. Esse fenômeno natural reclama, todavia, mecanismos de resolução e restauração da paz, impondo a supremacia do direito objetivo.” (ASSIS, Araken de. *Direito fundamental do acesso à Justiça*. IN: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. P. 47).

⁶ Moacyr Amaral Santos aponta que “a fim de desfazer o conflito surge uma primeira solução – a violência. É a forma primitiva, e ainda não totalmente extinta, de solução dos conflitos de interesses individuais ou coletivos”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – Volume 1*. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 26).

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. P. 28.

⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*. vol. 195, p. 195-116, set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, versão eletrônica.

⁹ A utilização do termo tradicionalmente decorre do fato de que, segundo Leonardo Greco, “desde a Antiguidade, desde o período da *cognitio extraordinaria*, no direito romano, a partir do século III d.C., passando pela Idade Média, pela Idade Moderna e chegando até a Idade Contemporânea, os governantes assumiram para si o monopólio da jurisdição.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Volume 1*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. P 55).

termo que, do latim, significa “dizer o direito”¹⁰ e é conceituado por Humberto Dalla Bernadina de Pinho como “o dever estatal de solucionar conflitos, abarcando as modalidades chiovendiana, atividade substitutiva, e a carneluttiana, de resolução de conflitos”¹¹, no qual cabe ao Judiciário “resolver os conflitos na forma negativa, ou seja, pela resolução deles com a imposição de vontade do juiz, determinando um vencedor e um vencido”¹².

No mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sustentam que a jurisdição “é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões”.¹³

Entretanto, recentemente, passou-se a questionar essas concepções em decorrência (i) da nova dinâmica social, (ii) do movimento de acesso à justiça e (iii) do surgimento do sistema multiportas de resolução de conflitos.

Em primeiro lugar, no decorrer do século XX, houve avanços tecnológicos que, na visão do filósofo canadense Marshall McLuhan, implicaram o surgimento de uma “aldeia global”, em que há estreita proximidade entre as sociedades que habitam o planeta Terra.¹⁴

¹⁰ Gilberto Giusti ensina que “derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), o termo jurisdição é formado pelas expressões *jus dicere*, *jus dictio*, ou seja, dizer e fazer atuar o direito. A noção de jurisdição sempre esteve atrelada ao poder do Estado, sendo a jurisdição tida e havida como uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. No século passado, teve inegável influência entre nossos juristas a posição de CHIOVENDA, para quem o Estado detém não apenas o monopólio da confecção, mas também da aplicação da lei. Essa ideia de jurisdição, portanto, é associada ao próprio poder soberano do Estado, único e exclusivo responsável pela paz social perseguida pelo sistema de resolução dos conflitos. Daí porque somente aqueles que personificam ou representam o Estado, mais precisamente o Poder Judiciário - os magistrados -, podem e devem dizer o direito, isto é, exercer a jurisdição. (GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, p. 7-14, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 7).

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O novo marco legal da arbitragem no direito brasileiro: anatomia do instituto no Código de Processo Civil de 2015 e as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. In: JATAHY, Carlos Roberto *et al.* *Reflexões sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. P. 475.

¹² *Ibidem*.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. P. 30.

¹⁴ Segundo Marshall McLuhan “a aceleração de hoje não é uma lenta explosão centrífuga do centro para as margens, mas uma implosão imediata e uma inter fusão dos espaços e das funções. Nossa civilização especializada e fragmentada, baseada na estrutura centro-margem, subitamente está experimentando uma reunificação instantânea de todas as suas partes mecanizadas em um todo orgânico. Este é o mundo novo da aldeia global.” (MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix. 2007. P.112)

Uma consequência direta desse fenômeno foi a preocupação do ser humano com novos bens e valores, que, por sua vez, levaram ao surgimento de novos direitos e conflitos.¹⁵ Cite-se, como exemplo, a valorização do meio ambiente. Se antes não existia preocupação em protegê-lo, atualmente, ganhou *status* constitucional¹⁶.

Outro efeito dessa revolução tecnológica consiste no aprofundamento da percepção de lentidão do processo judicial. Embora seja um problema atemporal e existente em qualquer sociedade¹⁷, Antonio do Passo Cabral é preciso ao apontar que

A sociedade passou a exigir urgência na resposta estatal, o que evidentemente viria a transbordar no processo, pois muitos dos seus mecanismos para a solução de controvérsias ainda possuem formato milenar, em descompasso com as necessidades de provimentos céleres e respostas imediatas.¹⁸

Essa evolução tecnológica também alterou o pensamento cultural da sociedade a ponto de surgir o “contraculturalismo”, movimento que, segundo Marcela Kohlbach de Farias, “desafiava as autoridades, pregando valores de individualismo, populismo, *laissez-faire* e igualitarismo” e, conseqüentemente, “revelou-se facilitador dos ‘meios comunitários’ de solução de conflitos, com estímulo à mediação e à conciliação”.¹⁹

¹⁵ Na visão de Marcela Kohlbach de Farias, “é possível observar nas sociedades contemporâneas que, além da tão falada explosão de litigiosidade, com a evolução tecnológica e social, novos tipos de conflitos surgiram, inclusive mais complexos. Assim, as estratégias estatais utilizadas para o tratamento dos litígios não correspondem à complexidade conflitiva atual.” (FARIAS, Marcela Kohlbach de. Meios alternativos de solução de conflitos: mais um caminho para a efetividade de direitos constitucionais. In: FUX, Luiz (coord). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 823)

¹⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁷ Para José Carlos Barbosa Moreira, o problema da duração razoável do processo “é multissecular. Para não ir mais longe – e sem esquecer a extrema diversidade das circunstâncias históricas, que tornam arriscado qualquer confronto com a situação atual -, recordarei que no início do século XIV as reiteradas queixas sobre a lentidão do processo canônico levaram o Papa Clemente V a criar, mediante a bula conhecida pela denominação de Clementina Saepe, um rito simplificado, sem muitas formalidades, que os historiadores do direito incluem entre os antecedentes dos atuais procedimentos sumários ou sumaríssimos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de Direito Processual* – Nona Série. Rio de Janeiro: Forense. 2007. P. 369).

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (coord.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: Jus Podium. 2013. P. 74.

¹⁹ FARIAS, Marcela Kohlbach de, op. cit., nota 15, p. 815.

Ao analisar essa nova dinâmica social no Brasil, Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa sustentam que

O desenvolvimento social e econômico experimentado por nosso país (especialmente nas duas últimas décadas, após a estabilização monetária), para além da intensificação significativa da interação entre agentes econômicos, trouxe como consequência um aumento igualmente significativo de situações de ‘choques de direitos’, nas quais os interesses motores desses agentes entram em conflito. O aumento da conflituosidade acarreta o aumento da litigiosidade (submissão dos conflitos a métodos heterocompositivos) e passa a exigir, consequentemente, o maior e melhor aparelhamento dos sistemas de heterocomposição para que se possa outorgar soluções adequadas e céleres aos conflitos surgidos entre tais agentes econômicos (agora litigantes).²⁰

A sociedade brasileira, portanto, não passou incólume às mudanças tecnológicas e culturais que vieram a questionar a utilização exclusiva do Poder Judiciário na solução de conflitos.

Não bastasse esse novo pensamento social, verifica-se, na segunda metade do século XX, o surgimento do movimento do acesso à justiça²¹, que, conforme exposto por Mauro Cappelletti, visava “analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas”²².

Por meio desse movimento, buscou-se superar obstáculos de ordem: (i) econômica, consistente nos custos que uma pessoa precisa suportar para obter a tutela jurisdicional²³; (ii) geográfica, que, de acordo com Humberto Dalla Bernadina de Pinho, “configura-se pela dificuldade de um indivíduo, sozinho, postular direitos da coletividade e pela dispersão das

²⁰ SCALETSKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

²¹ Humberto Dalla Bernadina de Pinho aponta que “[...], historicamente, a problematização das questões relacionadas ao acesso à justiça, originaram-se em um projeto de 1971, na cidade de Florença, Itália, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil. No decorrer daquela década, o estudo teve continuidade, tratando dos temas da assistência judiciária aos hipossuficientes, da proteção aos interesses difusos e, finalmente, da necessidade de implementação de novas soluções processuais.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 63).

²² CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. In: *Revista de Processo*, v. 74, p. 82-97, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994, Versão Eletrônica.

²³ GRECO, Leonardo. Acesso ao direito e à justiça. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005. P. 206.

peças afetadas, impedindo a formação de estratégia jurídica comum”²⁴; e (iii) burocrática, decorrente dos problemas estruturais da Justiça fornecida pelo Estado²⁵.

O movimento de acesso à justiça, após ser responsável pelo fortalecimento da assistência jurídica aos necessitados e da tutela coletiva²⁶, teve influência direta na valorização e utilização de outros métodos de resolução de conflitos devido à constatação de que não existe uma forma única e perfeita de resolver todos os conflitos²⁷. No Brasil, conforme mencionado por Napoleão Casado Filho,

A ideia de que o Estado deveria assegurar o acesso a uma ordem jurídica justa a todos os seus cidadãos, independentemente da condição financeira, é que fomentou a consolidação das Defensorias Públicas e universalização da gratuidade processual para aqueles que declaram não poder arcar com as custas sem prejuízo do seu próprio sustento.²⁸

Entretanto, conquanto a Lei Federal nº 1060/50 tenha sido promulgada para estabelecer “normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”, o movimento de acesso à justiça somente ganhou força a partir da década de 80 do século passado²⁹ e, diferentemente do vislumbrado na Europa, caracteriza-se por ter sido centrado em um curto espaço de tempo, no

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 65.

²⁵ GRECO, Leonardo. Acesso ao direito e à justiça. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005. P. 209.

²⁶ Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que “a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes à proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. P. 31).

²⁷ Segundo Mauro Cappelletti, “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (strictu sensu) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais. Essa ideia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas.” (CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. In: *Revista de Processo*, v. 74, p. 82-97, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994, Versão Eletrônica).

²⁸ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 78.

²⁹ Em brilhante estudo sobre o acesso à justiça, Paulo César Pinheiro Carneiro indica que, no Brasil, “até a década de 80, permaneceu na prática de nossos tribunais, individualista, tecnicista, elitizado e conservador, mesmo com o notável avanço científico e apuro técnico do Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o de 1939.” (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense. 1999. P. 41).

qual foi promulgada uma série de leis, dentre as quais a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem³⁰.

Esses fatores, somados ao surgimento do sistema multiportas de resolução de conflitos, que será esmiuçado nas seções seguintes, transformaram o sistema de resolução de conflitos de diversos países do mundo, dentre os quais o Brasil, e impõem uma releitura do princípio do acesso à justiça.

1.2 O sistema multiportas da resolução de conflitos

A ideia do sistema multiportas de resolução de conflitos surgiu em uma viagem realizada por Frank Sander, professor emérito da *Harvard Law School*, para a Suécia em 1975, onde passou a questionar a capacidade do Poder Judiciário para solucionar conflitos de direito de família.³¹

No ano seguinte, na *Pound Conference*, realizada em Saint Paul (no Estado de Minnesota), apresentou suas conclusões em palestra intitulada “Variedades de Processamento de Conflitos”, na qual defendeu a contenção da litigiosidade por meio da utilização de métodos alternativos ao Poder Judiciário para solucionar e pacificar conflitos.³²

Nessa palestra, Frank Sander sugeriu a criação de um órgão cuja finalidade seria realizar uma análise prévia do conflito e, em seguida, sugerir o melhor método para solucioná-la.³³

³⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1 a 15 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 62.

³¹ SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves *et al.* (coords.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012.

³² VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In: *Revista de Processo*. Volume 251. P. 391-426. Jan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica.

³³ Gustavo Santana Nogueira e Suzane de Almeida Pimentel Nogueira explicam que, “segundo o Professor poderia haver, dentro das Cortes ou mesmo fora delas, um mecanismo de ‘triagem’ do conflito, e que tal conflito seria analisado e encaminhado para a porta em que a solução poderia ser encontrada de forma mais satisfatória. Ele não aponta hierarquia entre os métodos (as portas), posto que cada uma das possibilidades apresenta vantagens e desvantagens, mas é exatamente aí que transparece o brilhantismo da sua proposta: essa triagem seria capaz de analisar o litígio e descobrir não a solução definitiva para o mesmo, mas sim o método (simbolizado pela porta) que seria o mais adequado para obter uma solução.” (NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir

Nascia, naquele momento, o conceito de “Tribunal Multiportas”³⁴, expressão que, de acordo com Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, “decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação; ou da conciliação; ou da arbitragem; ou da própria justiça estatal”³⁵.

Entretanto, em nosso entendimento, a melhor expressão para sintetizar o pensamento de Frank Sander é “sistema multiportas”, pois permite a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos da forma e no momento que as partes desejarem, sem que haja a necessidade obrigatória de intervenção do Poder Judiciário.

Fato é que, no sistema multiportas, o Poder Judiciário não é o único mecanismo para solucionar conflitos. Pelo contrário, trata-se de um método, dentre vários, que pode atingir essa finalidade.

Outro aspecto relevante desse sistema consiste na outorga de poder ao cidadão para escolher o mecanismo que melhor se adapta ao seu litígio, de forma que, ao final do conflito, possa se sentir satisfeito com a sua solução.³⁶

do novo código de processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 505-522, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, versão eletrônica).

³⁴ Sobre a origem desse termo, Frank Sander declarou, em entrevista à Mariana Hernandez Crespo, que “após aquela palestra na Pound Conference, no verão de 1976, uma das revistas da ABA [American Bar Association – Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas. Eu tinha dado um nome bem mais acadêmico: ‘centro abrangente de justiça’, mas muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas”. (SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves *et al.* (coords.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012. P. 32).

³⁵ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR. Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodium. 2016. P. 710.

³⁶ João Luiz Lessa Neto destaca que “o modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito.” (LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, Ano 40. n. 244, jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 432).

Diante da inovação apresentada por Frank Sander na *Pound Conference*, em pouco tempo, suas ideias foram criticadas³⁷, estudadas³⁸ e postas em prática. Nesse aspecto, deve-se mencionar que, a partir 1985, a Corte Superior do Distrito de Columbia, localizada em Washington D.C., instituiu um sistema multiportas com: (i) mediação em causas de pequeno valor e em conflitos domésticos; (ii) arbitragem compulsória em demandas com valor inferior a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares); e (iii) semanas dedicadas à conciliação³⁹.

De acordo com Gladys Kessler e Linda Finkelstein, passados 3 (três) anos da instituição desse modelo, os referidos métodos tinham sido utilizados em mais de 10.000 (dez mil) processos.⁴⁰ Embora o espaço temporal da análise tenha sido curto, esse número é suficiente para indicar o potencial do sistema multiportas, tanto que, em 1990, iniciou-se um processo de incorporação dos métodos adequados de resolução de conflitos no ordenamento jurídico norte-americano.⁴¹

Nesse período, houve a promulgação: (i) do Administrative Dispute Resolution Act de 1996, segundo o qual as agências federais devem considerar a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos e, se for o caso, indicar um especialista no assunto; e (ii) do Dispute Resolution Act de 1998, o qual impôs que cada corte distrital federal estabelecesse um programa de métodos adequados de resolução de conflitos.⁴²

³⁷ Owen Fiss, professor emérito da *Yale Law School*, critica o movimento de valorização da conciliação em detrimento do Poder Judiciário por entender, em linhas gerais, que o acordo pode: (i) consolidar injustiças quando houver desigualdade entre as partes; (ii) ter sua legitimidade questionada em ações coletivas devido à dificuldade na representação de grupos; (iii) ser questionado pelas partes em juízo e (iv) impedir que as questões essenciais para a sociedade sejam devidamente analisadas pelo Poder Judiciário. (FISS, Owen. *Against Settlement*, In: *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984).

³⁸ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos criou a Divisão de Melhoramentos na Administração de Justiça com essa finalidade ao passo que a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos criou uma Comissão para Resolução de conflitos. (SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves *et al.* (coords.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012.p. 34).

³⁹ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The evolution of a Multi-Door Courthouse. In: *Catholic University Law Review*, vol. 37, issue 3, *spring*, 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In: *Revista de Processo*. Volume 251. P. 391-426. Jan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica.

⁴² SANDER, Frank E.A. The Future of ADR. In: *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, issue 1, 2000.

Passada cerca de uma década do surgimento do conceito de sistema multiportas, pode-se declarar que, atualmente, o cidadão norte-americano possui um amplo sistema de resolução de conflitos, no qual há uma plêiade de mecanismos à disposição das partes, que podem escolher aquele que for mais adequado para solucionar seus conflitos.⁴³

Esse movimento de adoção do sistema multiportas de resolução de conflitos não se restringiu aos Estados Unidos. Em 1998, houve uma profunda reforma no sistema processual inglês visando a criação de um modelo cooperativo⁴⁴, que fosse mais justo, célere, efetivo e menos dispendioso⁴⁵⁻⁴⁶. Dentre as alterações realizadas, deve-se mencionar a outorga de poderes ao magistrado para, após analisar as peculiaridades da demanda, gerenciar o processo⁴⁷, podendo, inclusive, estimular a adoção dos métodos adequados de resolução de conflitos⁴⁸.

⁴³ Na visão de Luis Fernando Guerrero, “nos Estados Unidos observa-se uma grande variedade de métodos de trabalho de solução de conflitos (mini-trial, avaliação neutra de terceiro, summary jury trial, private-judging etc.), buscando-se sempre o mais apropriado para a solução do conflito, sendo admissível ainda a combinação de mais métodos. Trata-se do chamado sistema de multi-door courthouse, o qual se visa ao fornecimento da melhor forma possível de solução de determinado conflito.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas. 2015. P. 12).

⁴⁴ Neil Andrews ensina que “as regras do processo civil (1998) (CPR – do inglês, Civil Procedural Rules) tiveram a finalidade de modificar a cultura litigiosa dos tribunais ingleses. Um dos objetivos das reformas era o de que o processo civil inglês passasse de um sistema antagonista para um modelo de cooperação entre litigantes e seus advogados.” (ANDREWS, Neil. *Relações entre a corte e as partes na era do case management*. In: *Revista de Processo*. V. 217. P. 181-203. Mar. 2013. Versão eletrônica).

⁴⁵ Diogo Assumpção Rezende de Almeida indica que os principais objetivos consistiam na implantação de um modelo que: “(i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e (viii) fosse bem estruturado e organizado”. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case management inglês: um sistema maduro?* In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDp*. Volume VII. Nº. 1. P. 287-335, jan/jun. 2011).

⁴⁶ Neil Andrews entende que o case management inglês “possui três funções principais: encorajar as partes a procurarem mediação, onde esta se mostrar adequada; em segundo lugar, prevenir o caso de progredir de forma demasiadamente lenta e ineficiente; finalmente, assegurar que os recursos judiciais sejam alocados proporcionalmente, conforme disposto nos principais objetivos (the overriding objetiva) das CPR, parte 1”. (ANDREWS, Neil, op. cit., nota 44).

⁴⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, op. cit., nota 45.

⁴⁸ De acordo com Marcela Kohlbach de Faria, “dentre os poderes atribuídos ao juiz, consta expressamente na regra 1.4 das CPR o estímulo ao uso dos Alternativa Dispute Resolutions. A premissa contida nos relatórios desenvolvidos pelo Lord Woolf é a de evitar o máximo o exercício de jurisdição.” (FARIA, Marcela Kohlbach de. *Meios alternativos de solução de conflitos: mais um caminho para a efetividade de direitos constitucionais*. In: FUX, Luiz (coord). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 815).

Esse fenômeno também pôde ser constatado em outros países da Europa⁴⁹, África⁵⁰, Ásia⁵¹ e na América Latina⁵², dentre os quais o Brasil, que, obviamente, mais à frente, será analisado de forma individualizada.

1.3 O sistema multiportas de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro

Embora estejam presentes em nosso ordenamento jurídico desde o período colonial⁵³ e imperial⁵⁴, os métodos adequados de resolução de conflitos somente ganharam força no Brasil

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. In: *Revista de Processo*, v. 74, p. 82-97, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994, Versão Eletrônica.

⁵⁰ Gustavo Santana Nogueira e Suzane de Almeida Pimentel Nogueira declaram que “no ano de 2007, uma lei na Nigéria criou um Tribunal Multiportas, expressamente inspirado nas ideias de Frank Sander, com os seguintes objetivos: aumentar o acesso à justiça mediante a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios (ADR); minimizar a frustração dos cidadãos e os atrasos na entrega de justiça, fornecendo a possibilidade de uma solução justa e eficiente das disputas através da Resolução Alternativa de Disputas (ADR); servir como ponto focal para a promoção da ADR no Estado de Lagos; e promover o crescimento e funcionamento eficaz do sistema de justiça através de métodos alternativos de resolução de litígios.” (NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 505-522, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, versão eletrônica).

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., nota 49.

⁵² Para Ronaldo Campos e Silva, “vai crescendo, inclusive na América Latina, a ideia que pode haver autêntico exercício de jurisdição fora do próprio Estado, o que tenciona o milenar princípio segundo o qual a jurisdição é um monopólio estatal que constitui emanção da soberania (iudiciaria potestas pars summi imperii).” (SILVA, Ronaldo Campos e. Parâmetros para um novo conceito de jurisdição. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Direito Processual Contemporâneo – Estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão. 2018. P. 536).

⁵³ De acordo com Celso Agrícola Barbi, “durante o período colonial, a legislação portuguesa que vigorava no Brasil já previa que os juízes deveriam conciliar as partes (Ordenações Filipinas de 1603, Liv. III, Tít. XX, § 1º). No regime imperial que durou de 1822 até 1889, o direito público se inspirava na legislação e doutrina europeia. Por isso, a regra do Cap. V, art. 6º, da Constituição Francesa de 1791, segundo a qual a tentativa de conciliação antes do comparecimento ao Tribunal era essencial, foi acolhida pela Constituição Imperial Brasileira de 25.4.1824, cujo art. 161 dispunha: ‘não se começará processo algum, antes que se demonstre ter havido tentativa de conciliação’, e o art. 162 dispunha: ‘para atingir essa meta, haverá juízes de paz que serão eleitos’. etc.” (BARBI, Celso Agrícola. O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos. In: *Revista de Processo*, v. 39, p. 119-121, jul-set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1985, Versão Eletrônica).

⁵⁴ Luis Fernando Guerrero aponta que “já na Constituição de 1824, a primeira de nosso país já independente, estipulava-se a utilização das partes para se usar a arbitragem como forma de solução de controvérsias (art. 160), bem como se impedia que qualquer processo judicial tivesse início sem ser demonstrada ‘tentativa de reconciliação’ (Art. 161) entre as partes. Esse ideário repetiu-se nas Constituições seguintes, com alguns hiatos,

durante a segunda metade do século XX, época em que foi empreendida uma série de reformas legislativas visando o aperfeiçoamento do Poder Judiciário⁵⁵.

Em primeiro lugar, houve o incentivo à conciliação, método no qual um terceiro neutro e imparcial atua, ativamente, em prol da solução do litígio, podendo, inclusive, apresentar propostas de acordo.⁵⁶ No caso, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que (i) o juiz deveria buscar a conciliação das partes em litígios que envolvessem direitos patrimoniais disponíveis ou direito de família⁵⁷ e, após reforma legislativa realizada em 2002, (ii) passou a prever a realização de audiência preliminar com esse intuito⁵⁸.

Esse método também foi incentivado no art. 5º, §2º da Lei Federal nº 6.515/1977, que regulamenta a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e na Lei Federal nº 7.244/84, que então dispunha sobre os juizados de pequenas causas⁵⁹.

Um incentivo abstrato aos métodos adequados de resolução de conflitos, contudo, somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988, a qual dispõe que a atuação do Brasil em âmbito internacional é regida pelo princípio da “solução pacífica dos conflitos” (art. 4, VII)⁶⁰. Por força do referido dispositivo legal, no âmbito internacional, o Brasil tem o dever de buscar sua solução por qualquer meio de resolução de conflitos.⁶¹

mas com as mesmas limitações de ordem prática.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas. 2015. P. 3).

⁵⁵ Na visão de Humberto Dalla Bernadina de Pinho, esse fenômeno decorre do fato de que “os meios adequados de solução de controvérsias apresentam-se, desde a segunda metade do século XX, como a melhor saída para os problemas de lentidão e inefetividade da justiça estatal.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 249).

⁵⁶ De acordo com Fernanda Tartuce, “pela conciliação um terceiro imparcial intervém tecnicamente para colaborar no encontro de situações que favoreçam a celebração de acordos; se necessário, o conciliador pode expor vantagens e desvantagens das posições sustentadas pelas partes, propondo saída alternativas para a controvérsia sem, porém, forçar a realização de pactos.” (TARTUCE, Fernanda. Comentários aos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 523).

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño. In: *Temas de Direito Processual – Quinta Série*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 1994. P. 96.

⁵⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, op. cit., nota 55, p. 250.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., nota 57, p. 98-99.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

⁶¹ Segundo George Rodrigo Bandeira Galindo, “as constituições brasileiras anteriores estabeleciam que o recurso à guerra somente poderia ser utilizado em caso de esgotamento da arbitragem ou outros meios pacíficos de solução de controvérsias. A falta de referência ao princípio da solução pacífica das controvérsias como requisito prévio ao recurso à guerra na Constituição de 1988 não contradiz a tradição constitucional brasileira. A guerra,

Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que, no âmbito internacional, pode-se adotar qualquer mecanismo de resolução de conflitos que seja capaz de implicar a paz de qualquer conflito que envolva o Brasil. Em nossa concepção, não há qualquer óbice à aplicação extensiva desse dispositivo aos conflitos internos que envolvam entes federativos, tampouco a litígios que envolvam particulares.

Cite-se, ainda, que nosso diploma constitucional determina a criação de juizados especiais compostos por juízes, de direito e leigos, com competência para “a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, I).⁶²

Tal mandamento foi cumprido em 1995, por meio da Lei Federal nº 9.099, que estabeleceu o procedimento dos juizados especiais cíveis, cujo art. 2º impõe que, no decorrer do procedimento, haja, se possível, a busca da conciliação entre as partes.⁶³

Ainda, após a promulgação da Constituição, como incentivo à diversificação dos mecanismos de resolução de conflitos, em 1996, por meio da Lei Federal nº 9.307, regulamentou-se a arbitragem.

Em 2009, os três poderes que compõem o Estado Brasileiro (Executivo, Legislativo e Judiciário) assinaram o “II Pacto Republicano de Estado de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Esse documento contém uma série de medidas para aprimorar o acesso à justiça, dentre as quais se destaca, para fins deste trabalho, o fortalecimento da “mediação e [da] conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização” (objetivo III, d)⁶⁴.

que é inclusive limitada pelo princípio da defesa da paz, somente pode ser entendida como possível na medida que respeite o princípio da solução pacífica das controvérsias. Assim, nos casos em que ela ainda é possível, deve ser precedida da busca de uma solução pacífica. Há vários meios disponíveis no direito internacional para se resolver uma controvérsia. Uma enumeração se encontra no art. 33 (1) da Carta da ONU, que menciona, de maneira exemplificativa: negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial e recurso a entidades ou acordos regionais.” (GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentários ao artigo 4, VII da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil* – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 174)

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

⁶³ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁶⁴ II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm> Acesso: 20 set. 2018.

No ano seguinte, o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela Emenda Constitucional nº 45⁶⁵, criou, por meio de sua Resolução nº 125, uma política para os conflitos surgidos no Brasil, que deveriam ser solucionados pelo mecanismo que lhe fosse mais adequado⁶⁶.

Na visão de Trícia Navarro Xavier Cabral e Rafael Calmon, o Conselho Nacional de Justiça “cumpriu, assim, uma importante missão de chamar para este poder da república a responsabilidade pela transformação do modelo de Justiça existente no Brasil, abrindo a discussão e as perspectivas sobre tais métodos”.⁶⁷

Finalmente, em 2015, o movimento em prol dos métodos adequados de resolução de conflitos em nosso ordenamento jurídico alcançou seu ápice⁶⁸. Isso porque, no referido ano, houve a promulgação da: (a) Lei Federal nº 13.105/2015, que veicula o atual Código de Processo Civil⁶⁹; (b) Lei Federal nº 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem⁷⁰; e (c) Lei Federal nº 13.140/2015, que instituiu a primeira lei de mediação no Brasil⁷¹.

⁶⁵ De acordo com Alexandre de Moraes, “a EC 45/2004 concedeu ao CNJ a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecendo constitucionalmente suas atribuições administrativas, em especial competindo-lhe zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, pela observância dos princípios da Administração Pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e realizar a fiscalização ético-disciplinar de seus membros”. (MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Conselho Nacional de Justiça*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 141-151, jan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica).

⁶⁶ Ao analisar essa resolução, Humberto Dalla Bernadina de Pinho conclui que “o art. 1º da Resolução Institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse, com objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Marco Legal da Mediação no Brasil*. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord). *Justiça Federal: Inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014. P. 38).

⁶⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CALMON, Rafael. *Justiça Multiportas no Brasil: breve panorama*. In: *Revista da Federação Nacional de Mediação de Conflitos*, 1.ª Edição Junho 2018. P. 67. Disponível em: < https://issuu.com/fmc2018/docs/1.__edi__o_revista_fmc_final > Acesso: 19 set. 2018.

⁶⁸ Wilson Pimentel declara, de forma categórica, que “o ano de 2015 provou ser une grande année para o desenvolvimento dos métodos de solução de conflitos no Brasil.” (PIMENTEL, Wilson. *O CPC de 2015, mediação e arbitragem: um sistema geral de solução de conflitos*. In: *A Reforma da Arbitragem*. Leonardo de Campos Melo e Renato Rezende Beneduzi (coords). Rio de Janeiro: Forense. 2016. P. 339).

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁷⁰ BRASIL, Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

⁷¹ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho 2015.

A primeira lei acima mencionada, que instituiu o primeiro Código de Processo Civil integralmente elaborado durante um período democrático no Brasil⁷², buscou solucionar uma série de problemas do Poder Judiciário que reduziam sua credibilidade perante o jurisdicionado.

De forma mais específica, pretendeu, dentre outros objetivos: (i) harmonizar o Código de Processo Civil aos preceitos e valores da Constituição Federal de 1988; (ii) apresentar um sistema orgânico de normas processuais; e (iii) oferecer uma prestação jurisdicional mais simples e eficiente.⁷³

Seguindo uma tendência vista em outros países⁷⁴, o Código de Processo Civil de 2015 também buscou pacificar os conflitos surgidos em nossa sociedade da melhor forma possível, tanto que, nas normas fundamentais do processo civil brasileiro⁷⁵, (i) permitiu a arbitragem (art. 3º, §1º)⁷⁶; (ii) impôs o dever ao “Estado [de promover], sempre que possível, a solução

⁷² Antes da promulgação da Lei Federal nº 13.105/2015, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco apontavam que os principais diplomas legislativos da história processual civil brasileira eram: (i) o Regulamento 737/1850, instituído durante a Monarquia; (ii) o Código de Processo Civil de 1939, promulgado por Getúlio Vargas; e (iii) o Código de Processo Civil de 1973, estabelecido durante a ditadura militar. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. P. 111-146).

⁷³ De acordo com a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Código de Processo Civil, os trabalhos “se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2018).

⁷⁴ Fredie Didier e Hermes Zaneti atestam que “a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a última ratio, extrema ratio. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos com finalidades do processo”. (DIDIER, Fredie, ZANETI, Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos*. In: ZANETI JR, Hermes; e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodium. 2016. P. 36).

⁷⁵ De forma inovadora, o Código de Processo Civil possui um capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil brasileiro, motivo pelo qual Paulo Cezar Pinheiro Carneiro defende que, nessa seção, estão inseridas “as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil – [...]” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; *Comentários aos artigos 1 a 15 do Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 57).

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

consensual dos conflitos” (art. 3º, §2º)⁷⁷; e (iii) determinou que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos [sejam] estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, §3º)⁷⁸.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, por meio dos referidos dispositivos legais, o legislador brasileiro “procura instituir claramente um sistema de justiça multiportas em nosso país, procurando adequar a prestação de justiça com as especificidades de direito material”.⁷⁹

Como visto, a Lei Federal nº 13.105/2015, além de incentivar a conciliação, também regulamentou a mediação, método no qual um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes a solucionarem por si mesmas um litígio⁸⁰, em sua modalidade judicial⁸¹.

Ainda em 2015, o legislador brasileiro: (a) empreendeu uma reforma pontual da Lei de Arbitragem⁸², por meio da Lei Federal nº 13.129/2015; e (b) regulamentou “a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” pela Lei Federal nº 13.140⁸³.

Com base nas diversas reformas legislativas ocorridas desde a segunda metade do século XX, não há dúvidas de que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo sistema

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. P. 109.

⁸⁰ Francisco José Cahali ensina que “a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o litígio.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 93).

⁸¹ Para Humberto Dalla Bernadina de Pinho, “o CPC/2015 tomou a opção de valorizar as conciliações e as mediações judiciais, bem como a arbitragem, demonstrando uma verdadeira modificação de paradigma em relação a essas questões.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017. P. 250).

⁸² José Rogério Cruz e Tucci, ao analisar Lei Federal nº 13.129, declara que, “além de alguns reparos formais e terminológicos, verifica-se que três alterações pontuais foram acolhidas, referentes à: a) ampliação subjetiva e objetiva da incidência da arbitragem; b) delimitação da atividade do juiz togado até a instituição da arbitragem; e c) maior liberdade das partes na indicação dos árbitros.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Liberdade das partes na escolha dos árbitros*. In: SALOMÃO. Luis Felipe; e ROCHA. Caio César Vieira. *Arbitragem e Mediação – A reforma da legislação brasileira*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas. 2017. P. 214).

⁸³ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

multiportas de resolução de conflitos, no qual existe uma série de mecanismos à disposição das partes, cabendo-lhes escolher o mais adequado⁸⁴.

1.4 Redefinido o princípio do acesso à justiça à luz do sistema multiportas

Em decorrência do movimento do acesso à justiça e da adoção do sistema multiportas, não se pode aceitar que o Estado seja responsável, de forma exclusiva, por resolver os conflitos surgidos em nossa sociedade.

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece um sistema de resolução de conflitos no qual o cidadão possui diversos mecanismos à disposição, cabendo-lhe escolher aquele que entender mais adequado. Nesse contexto, o Estado perdeu o monopólio da Jurisdição, que, conforme aponta Humberto Dalla Bernadina de Pinho, “pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”⁸⁵.

Além disso, essa radical mudança no ordenamento jurídico brasileiro impacta no milenar princípio do acesso à justiça⁸⁶, que, atualmente, sustenta o Estado Democrático de

⁸⁴ Francisco José Cahali aponta que “consolidou-se, no Brasil, então, com a Res. 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 67). João Luiz Lessa Neto, por outro lado, entende que somente “o NCPC adota o modelo multiportas de processo civil.” (LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, Ano 40. n. 244, jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015).

⁸⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 82

⁸⁶ Marco Antônio Rodrigues leciona que “no Código de Hamurabi, já se procurava, pelo menos no plano teórico, proteger os indivíduos, com a possibilidade de obter uma resposta estatal para resolver uma questão. Em algumas cidades-estados gregas, por sua vez, também se podia vislumbrar um acesso à justiça pelos cidadãos, que lhes era bastante amplo. Apesar de algumas restrições, como a imposição de multas por alegações improcedentes, a Grécia antiga foi o berço da assistência judiciária aos necessitados.” (RODRIGUES, Marco Antônio. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ. 2014. P. 126).

Direito⁸⁷ e integra a dignidade da pessoa humana⁸⁸ por ser um pressuposto necessário para a garantia de preservação de qualquer direito outorgado ao cidadão⁸⁹.

Segundo Araken de Assis, esse princípio, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁹⁰, “assegura ao seu titular resposta a qualquer do órgão judiciário, conforme ao direito objetivo, e, não, específica e materialmente, resposta sobre o mérito da pretensão processual (objeto litigioso) ou uma decisão de fundo”⁹¹.

No mesmo sentido, Leonardo Greco entende que esse princípio impõe

Acesso a um tribunal estatal imparcial, previamente instituído como competente, para a solução de qualquer litígio a respeito de interesse que se afirme protegido ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial.⁹²

⁸⁷ Na visão de Araken de Assis, “a garantia judiciária do acesso à justiça constitui emanção mais típica e essencial do Estado Democrático Constitucional de Direito. Desprovida da possibilidade de acudir à autoridade judiciária, para prevenir ou reparar lesão a direito individual ou transindividual, a pessoa ficaria desamparada e desarmada, exposta a todas as tropelias, abusos e opressões do Estado e de outras pessoas. Os direitos fundamentais de qualquer índole reduzir-se-iam a mero *flatus vocis*.” (ASSIS, Araken de. Direito fundamental do acesso à Justiça. IN: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. P. 51). No mesmo sentido, Humberto Dalla Bernadina de Pinho também sustenta ser “imperioso que se reconheça o acesso à justiça como princípio essencial ao funcionamento do Estado de direito. Isso porque um Estado estruturado sob esse postulado deve garantir, na sua atuação como um todo, isonomia substancial aos cidadãos. Na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia do acesso à justiça.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017. P. 61).

⁸⁸ RODRIGUES, Marco Antônio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ. 2014. P. 128.

⁸⁹ Para Leonardo Greco, “a constituição Portuguesa, com muita razão, associa o artigo 20 o acesso à justiça ao acesso ao direito, como a indicar que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo dos seus direitos, ficando a proteção judiciária através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, acionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.” (GRECO, Leonardo. Acesso ao direito e à justiça. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005. P. 197).

⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁹¹ ASSIS, Araken de, op. cit., nota 87, p. 50.

⁹² GRECO, Leonardo, op. cit., nota 89, p. 206.

Para assegurar esse princípio, o Poder Judiciário estaria impedido de se recusar a solucionar um conflito⁹³. O Poder Legislativo, por sua vez, além de estar proibido de limitar o acesso das partes ao Poder Judiciário⁹⁴, deveria criar leis visando melhorar a efetividade do processo⁹⁵.

Assim, cabe ao Estado adotar medidas que ampliem a possibilidade de o cidadão brasileiro resolver seus conflitos de forma efetiva⁹⁶, razão pela qual foram realizadas reformas visando aperfeiçoar o Poder Judiciário e diversas instituições responsáveis pela tutela dos direitos dos cidadãos⁹⁷.

Fato é que, tradicionalmente, o princípio do acesso à justiça é visto como uma garantia de acesso ao Poder Judiciário, que tinha o dever de tutelar qualquer cidadão que pleiteie a proteção de um direito violado ou que esteja ameaçado de violação. Esse pensamento, contudo, não pode ser mais aceito em decorrência da evolução de nossa sociedade e, especialmente, pela adoção, no Brasil, do sistema multiportas.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5, XXXV, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). Comentários à Constituição do Brasil – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 387-388.

⁹⁴ Na visão de Araken de Assis, “o destinatário natural e direto da proposição é o legislador. A disposição impede a lei de erigir entraves ao exercício do direito à tutela jurídica do Estado.” (ASSIS, Araken de. Direito fundamental do acesso à Justiça. IN: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012. P. 48). Da mesma forma José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, sustentam que “a disposição constitucional se dirige ao Poder Legislativo, no sentido de proibir-lhe a edição de lei que impeça a obtenção de tutela jurisdicional.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 158).

⁹⁵ Marco Antônio Rodrigues ensina que a eficácia positiva do acesso à justiça implica que “o legislador tem o dever de implementar normas que mais bem desenvolvam a atividade processual, conferindo maior efetividade ao processo. Daí por que o acesso à justiça, enquanto direito fundamental, impõe ao legislador que, ao exercer seu mister, estabeleça técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos.” (RODRIGUES, Marco Antônio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ. 2014. P. 131).

⁹⁶ Segundo Luis Alberto Reichelt, “[...] o direito humano e fundamental ao acesso à justiça abarca todo um conjunto de providências que devem estar à disposição dos indivíduos que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado destinada ao exercício da atividade jurisdicional. O direito fundamento à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas projeções e, compreende, em uma primeira aproximação, o direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela dos direitos.” (REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. In: *Revista de Processo*, vol. 258, p. 41-58, ago, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica).

⁹⁷ Para Rosa Maria Freitas e Rafael Alves de Luna, “no Brasil, ao longo dos anos, houve a ampliação do Poder Judiciário para atender a demanda dos jurisdicionados. O Poder Judiciário e os segmentos estatais que o acompanham como Defensorias, Ministérios Públicos e a advocacia, foram organizados para atender à demanda ampliada para a prestação do serviço.” (FREITAS, Rosa Maria; LUNA, Rafael Alves de. O reconhecimento da autonomia do sujeito e transformações do papel do estado na gestão dos litígios no novo código de processo civil: do sistema multiportas à conciliação no novo código de processo civil. In: *Revista de Processo*. vol. 266, p. 519-544, abr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017, versão eletrônica).

Em nossa opinião, o princípio do acesso à justiça não deve impor, de forma taxativa, a utilização exclusiva do Poder Judiciário para resolução dos conflitos que surgem em nossa sociedade, mas garantir que o cidadão tenha acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos. Concordamos, assim, com Arruda Alvim, o qual defende que

O acesso à justiça não pode ser entendido como simples acesso ao Judiciário, abrangendo também outras formas de solução de conflitos, tanto adjudicatórias como autocompositivas. Mais que isso, o acesso à justiça deve buscar o método de resolução adequado para cada tipo de conflito, o que é determinado pela espécie de direito versado e por aspectos pertinentes à própria relação entre as partes.⁹⁸

No mesmo sentido, Humberto Dalla Bernadina de Pinho sustenta que “à luz do conceito moderno de acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve passar por uma releitura, não ficando limitado ao acesso ao judiciário, mas se estende às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado”.⁹⁹

Da mesma forma, Trícia Navarro Xavier Cabral e Rafael Calmon entendem que “[...], todos os meios extrajudiciais e judiciais de resolução de conflitos estariam incluídos na concepção contemporânea de acesso à justiça, não mais como simples acesso ao Poder Judiciário, mas como acesso à ordem jurídica justa”.¹⁰⁰

Essa interpretação do princípio do acesso à justiça, aliás, vai de encontro à redação do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.¹⁰¹

No caso, atento às modificações ocorridas em nosso ordenamento jurídico, o legislador não copiou a redação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que, na visão de Humberto Dalla Bernadina de Pinho, “revela que o comando infraconstitucional busca oferecer uma

⁹⁸ ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José *et al.* *Arbitragem – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 133.

⁹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 84.

¹⁰⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CALMON, Rafael. Justiça Multiportas no Brasil: breve panorama. In: *Revista da Federação Nacional de Mediação de Conflitos*, 1.ª Edição Junho 2018. P. 66. Disponível em: < https://issuu.com/fmc2018/docs/1.__edi__o_revista_fmc_final > Acesso: 19 set. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

garantia mais ampla, extrapolando os limites do Poder Judiciário, a quem incumbe prestar a jurisdição, mas não como monopólio”¹⁰².

Assim, atualmente, o princípio do acesso à justiça garante que o cidadão tenha acesso ao sistema multiportas de resolução de conflito, no qual poderá escolher o(s) mecanismo(s) que entender mais adequado(s) para tutelar um direito lesado ou ameaçado.

Nesse contexto, o Poder Judiciário perde seu papel de destaque, afinal, era o único método à disposição dos litigantes. Não perde, contudo, sua importância para o adequado funcionamento do sistema multiportas.

Isso porque, salvo manifestação própria e livre de qualquer vício, o cidadão não pode ser privado de qualquer tutela. Logo, caso não consiga utilizar o método de resolução de conflitos previamente escolhido, deve-se permitir a utilização do Poder Judiciário, que, além de consistir em uma alternativa propriamente dita, possui uma função subsidiária no sistema multiportas.¹⁰³

Vê-se, portanto, que, mesmo com essa nova interpretação, intimamente ligada ao sistema multiportas de resolução de conflitos, o princípio do acesso à justiça continuará exercendo papel primordial na proteção da dignidade da pessoa humana e de uma ordem jurídica justa.¹⁰⁴

Esse fato, aliás, ficará evidente ao final do trabalho, momento em que analisaremos a impecuniosidade na arbitragem. Entretanto, antes de chegarmos nesse ponto, precisamos

¹⁰² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 81.

¹⁰³ Humberto Dalla Bernadina de Pinho é preciso ao ensinar “a via judicial deve estar sempre aberta, mas isso não significa que ela precise ser a primeira ou única solução. O sistema deve ser usado subsidiariamente, até para evitar sua sobrecarga, que impede a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.” (Ibidem, p. 85). Da mesma forma, Luis Fernando Guerrero indica que o Poder Judiciário “deveria ser a última ratio. É por isso que, em um sistema composto de solução de conflitos, o Judiciário e o processo civil devem ter uma estruturação que possa atentar àqueles interesses para os quais outros métodos de solução de conflitos se mostram inadequados, oferecendo uma variedade de meios de solução de conflitos que possam ser considerados pelo cidadão. Em uma comparação com o direito penal, não seria um processo civil mínimo, mas sim um processo estruturalmente adequado para determinados métodos de solução de conflitos.” (GUERRERO, Luis Fernando. O custo dos métodos adequados de solução de litígios para as empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 238).

¹⁰⁴ Para Marco Antônio Rodrigues, “à luz da evolução do significado do acesso à justiça, pode-se afirmar que esse direito atualmente significa não apenas o ingresso de uma pretensão no Judiciário, mas um direito a uma prestação jurisdicional justa.” (RODRIGUES, Marco Antônio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ. 2014. P. 130). Da mesma forma, Humberto Dalla Bernadina de Pinho indica que esse princípio “deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa.” (PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV. 2017. P. 64).

esmiuçar, de forma efetiva, a arbitragem, que, atualmente, é um dos principais mecanismos do sistema multiportas de resolução de conflitos estabelecido em nosso ordenamento jurídico.

2 A ARBITRAGEM

2.1 A arbitragem no Brasil

Embora seja possível verificar sua utilização desde o início da civilização¹⁰⁵ e durante o período imperial brasileiro¹⁰⁶, a arbitragem não era muito utilizada no Brasil devido à burocracia imposta por nosso ordenamento jurídico, o qual impunha a submissão desse mecanismo ao Poder Judiciário¹⁰⁷.

Esse panorama começou a mudar no final do século XX: em 1996, a arbitragem foi regulamentada pela Lei Federal nº 9.307/1996, que, de acordo com Frederico José Straube, “revelou-se, moderna, concisa e dotada de grande flexibilidade, prestigiando, destarte, como deveria realmente fazê-lo, grandemente, a autonomia da vontade das partes”.¹⁰⁸

O grande mérito desse diploma legislativo foi dotar a arbitragem de autonomia, removendo a burocracia que implicava a aversão do cidadão em utilizar esse método de resolução de conflitos.¹⁰⁹

¹⁰⁵ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro apontam que “a história do Direito registra a existência da prática da arbitragem desde a organização das mais remotas civilizações, o que engloba as sociedades sumerianas, hebraicas, gregas e romanas.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 21). Já Napoleão Casado Filho defende que “foi em Roma que a base do que seria um dia chamado arbitragem surgiu. A própria palavra árbitro deveria de arbitar, um termo latino. Entretanto, a arbitragem como conhecemos hoje foi desenvolvida sobretudo pelas disputas entre países que, não reconhecendo autoridade no julgador estatal de um dos países litigantes, optavam (e ainda optam) por um árbitro que decidia de forma definitiva seus litígios.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 32).

¹⁰⁶ Luis Fernando Guerrero indica que “[...], a arbitragem é instituto também presente há muito no ordenamento jurídico brasileiro, sendo responsável pela solução de conflitos históricos internacionais envolvendo o Brasil, por exemplo, a Questão Christie, na qual o governo brasileiro rompeu relações com o governo inglês, terminando a questão por ser resolvida pelo rei Leopoldo II da Bélgica, e as questões territoriais relativas à fronteira das Guianas e ao espólio da Guerra do Paraguai.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas. 2015. P. 32).

¹⁰⁷ Para Carlos Alberto Carmona, “eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 4).

¹⁰⁸ STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 50, p. 177-183, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996, versão eletrônica.

¹⁰⁹ Na visão de Francisco José Cahali, “a principal inovação, com relação ao regramento anterior, foi conferir à jurisdição arbitral a independência que merece, dispensando a homologação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral (exigida à época pelo art. 1045 do CC/1916). E para as sentenças estrangeiras, bastará a homologação

Em 2001, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Sentença Estrangeira nº 5206, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem por entender que esse mecanismo de resolução de conflitos não viola o art. 5º, XXXV da Constituição Federal.¹¹⁰

Para termos ideia da importância desse julgamento, basta mencionar que, segundo Marcelo A. Muriel, “o mundo jurídico ficou aguardando a posição da corte suprema”¹¹¹. O posicionamento de nossa Corte Suprema, portanto, trouxe maior segurança para qualquer pessoa que tivesse interesse em utilizar esse mecanismo de resolução de conflitos no Brasil.

O terceiro fato propulsor da arbitragem no Brasil foi a ratificação, por meio do Decreto nº 4.311/2002, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, também denominada de Convenção de Nova Iorque, que, nas palavras de Arnaldo Wald, é a “Magna Carta da arbitragem internacional”.¹¹²

A referida convenção, nos ensinamentos de Natália Mizrahi Lamas, criou “um *standard* legislativo comum a respeito da arbitragem internacional, notadamente no que se refere ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras”.¹¹³ Assim, ao ratificá-la, ainda que tardiamente¹¹⁴, o Brasil se inseriu no vasto grupo de países que apoiam a arbitragem internacional.

do próprio laudo pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 35 da Lei 9.307/1996, [...]), dispensando para o reconhecimento a homologação no Judiciário de origem, como até então se exigia.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 129).

¹¹⁰ Segundo Francisco José Cahali, “em extensão e substancial acórdão, por maioria de votos (7 a 4), prevaleceu o entendimento de que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder judiciário. Isto porque em última análise, a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito (potencial, latente ou já manifestado). Por outro lado, não se exclui do Poder Judiciário a lesão a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução, [...]” (Ibidem, p. 131-132).

¹¹¹ MURIEL, Marcelo A. *A Arbitragem frente ao Judiciário Brasileiro*, vol. 1, p. 27-39, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2004. P. 29.

¹¹² WALD, Arnaldo. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 13-23, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica.

¹¹³ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 35.

¹¹⁴ Arnaldo Wald indica que “a resistência que ocorreu no Brasil só se explica pela posição doutrinária do antigo consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Prof. Hildebrando Accioly, que se recusava a considerar a decisão arbitral como sentença e entendia, conseqüentemente, que não podia ser homologado o laudo arbitral proferido no exterior.” (WALD, Arnaldo, op. cit., nota 113).

Deve-se mencionar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça também exerceu, por meio da análise dos pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, importante papel na consolidação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁵.

Todos esses fatores permitiram a consolidação da arbitragem no Brasil¹¹⁶, que, atualmente, está prevista em diversas leis esparsas¹¹⁷ e tem sido cada vez mais utilizada pelo cidadão brasileiro¹¹⁸.

Aliás, recentemente, houve um fato que reafirma o recente sucesso da arbitragem: a reforma da Lei Federal nº 9.307/96. Em vez de alterá-la radicalmente, o legislador realizou pontuais alterações visando ao aperfeiçoamento da arbitragem no Brasil, na medida em que, de acordo com a experiência vivenciada por Ellen Gracie Northfleet, os integrantes da comissão de juristas responsáveis pela atualização da lei de arbitragem

Acharam, praticamente em consenso, que a lei atual de arbitragem era suficientemente boa, ela resolve e atende às necessidades da nossa prática, e mais que isso, com 10 anos de efetivo exercício dentro dessa nova regulamentação, o Superior Tribunal de

¹¹⁵ Conferir: BALBINO, INEZ. A Arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 201; WALD, Arnoldo. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 13-23, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica.

¹¹⁶ Mauricio Gomm F. dos Santos entende que a evolução da arbitragem no Brasil resume-se “nas ondas dos quatro ‘es’: O primeiro ‘e’ caracteriza-se pelo período de exclusão da arbitragem; a chamada fase pré-lei 9.307/1996. Embora presente no o ordenamento jurídico, a arbitragem, neste período, não tinha condições legais de desenvolver-se. O segundo período foi o da expectativa vivido entre 1996 e 2001; entre a sanção da lei até o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da sua completa constitucionalidade. Em seguida, em 2002, com a entrada em vigor no Brasil da Convenção de Nova Iorque, inicia-se a fase de expansão da arbitragem que perdurou aproximadamente até a crise internacional de 2008 culminada com a pujança econômica. A partir de 2009, inicia-se a quarta onda ‘e’: da explosão da arbitragem.” (SANTOS. Mauricio Gomm F. dos. *Táticas de Guerrilha na Arbitragem Internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 334).

¹¹⁷ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro mencionam que “[...], há dispositivos legais prevendo a arbitragem em muitos diplomas, como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Sociedades Anônimas, a Lei de Licitações e Contratos, a Consolidação das Leis do Trabalho (após a Reforma Trabalhista de 2017), entre outras, bem como outras convenções internacionais que foram internalizadas, v.g., a Convenção do Panamá de 1975. (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 30).

¹¹⁸ Em pesquisa empírica, Selma Ferreira Lemes constatou um aumento, entre 2010 e 2016, de cerca de 95% (noventa e cinco por cento) no número de novos procedimentos arbitrais nas principais câmaras arbitrais brasileiras (Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf Acesso em: 23 ago. 2017). Além disso, de acordo com a Câmara de Comércio Internacional (“ICC”), sediada em Paris, o Brasil “é o terceiro país com mais partes envolvidas em casos na ICC, representando 30% do total da América e Caribe em 2016”, razão pela qual nosso país foi escolhido para possuir o terceiro escritório internacional da ICC fora França. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciadni/noticias/2017/05/camara-de-comercio-internacional-lanca-corte-internacional-de-arbitragem-no-brasil/> Acesso em: 03 ago. 2017.

Justiça construiu um corpo de jurisprudência tão harmônico, tão coerente e tão progressista que, de fato, nos pareceu uma imprudência alterarmos completamente a lei e propormos modificação muito profunda do sistema de arbitragem.¹¹⁹

Vê-se, portanto, que, desde 1996, o sistema de resolução de conflitos brasileiro sofreu grandes reformas que, em conjunto com o posicionamento de nossos tribunais, permitiram que a arbitragem se tornasse uma opção factível para o cidadão brasileiro¹²⁰.

Esse fato, *per se*, impõe o estudo desse mecanismo visando seu aperfeiçoamento, sendo que, para fins do presente trabalho, nos focaremos na impecuniosidade. Entretanto, antes de chegarmos nessa questão, precisamos entender alguns aspectos básicos da arbitragem.

2.2 Conceito, autonomia e natureza da arbitragem

A Lei Federal nº 9.307/96 não apresenta qualquer definição de arbitragem¹²¹, de forma que coube à doutrina conceituá-la. Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”¹²².

Francisco José Cahali também entende que há arbitragem quando

Partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.¹²³

¹¹⁹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil e no exterior: tendências e perspectivas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 25, arb-jun, 2015, p. 57-63, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, versão eletrônica.

¹²⁰ Para Ricardo de Carvalho Aprigliano, “não obstante as afirmações da doutrina acerca da autonomia do processo arbitral e sua relativa separação do mecanismo estatal de solução de conflitos, a arbitragem deve ser, sem dúvidas, sempre interpretada como inserida no ordenamento jurídico brasileiro”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 676).

¹²¹ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 32.

¹²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 31.

¹²³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 125.

No mesmo sentido, José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro a definem como “um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade”.¹²⁴

Como se vê, não há divergência sobre o conceito de arbitragem, no qual se extrai o fundamento desse método: a autonomia da vontade. Somente existirá arbitragem se ao menos duas partes outorgarem poderes para um terceiro resolver determinado litígio existente ou que possa vir a existir.¹²⁵

A autonomia da vontade é fato essencial para distinguir a arbitragem do processo judicial, no qual há a incidência de uma série de regras impostas pelo legislador.¹²⁶ Essa característica outorga, ainda, características próprias, que permitem classificá-la como um sistema de resolução de conflitos.¹²⁷

Dentre essas características, destaca-se sua autonomia, uma vez que o procedimento arbitral possui normas próprias, não sendo aceita, salvo em caso de expressa estipulação das partes, a imediata aplicação das normas processuais previstas para o processo judicial.

Isso porque, consoante os ensinamentos de Gustavo Tepedino e José Emílio Nunes Pinto, “as disposições da lei processual, por regularem procedimento de natureza distinta, nem

¹²⁴ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 33.

¹²⁵ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 28.

¹²⁶ Para Napoleão Casado Filho, “o processo arbitral é realmente bem diferente do judicial. Primeiro, tem seu fundamento de validade na autonomia da vontade, e não no contrato social que liga todos os cidadãos à solução judicial estatal. [...]. Além disso, por ser um processo totalmente baseado na autonomia da vontade, possui uma flexibilidade no procedimento e na forma de decidir, inexistentes nos demais sistemas processuais. Podemos ainda destacar que o processo arbitral em geral é regido por regulamentos das instituições que administram os procedimentos.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 71-72).

¹²⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017, p. 668.

sempre se mostram adequadas aos procedimentos arbitral, por não albergarem manifestações legítimas e perfeitamente razoáveis da autonomia privada”¹²⁸⁻¹²⁹.

Esse posicionamento é corroborado pelo fato de inexistir, na Lei de Arbitragem, dispositivo determinando a aplicação impositiva das normas do Código de Processo Civil ao procedimento arbitral.¹³⁰

Aliás, até mesmo o art. 14 da Lei Federal nº 9.307/1996, o qual dispõe sobre a aplicação dos casos de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil na Arbitragem¹³¹, pode ser derogado pela vontade das partes¹³², o que demonstra a importância da autonomia da vontade para a independência do sistema arbitral frente ao judicial.

O conceito e as características da arbitragem são essenciais para que possamos determinar a natureza desse mecanismo de resolução de conflitos. No caso, embora exista divergência doutrinária¹³³, verifica-se a prevalência de que a arbitragem possui natureza jurisdicional.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). *Arbitragem doméstica e internacional* – estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense. 2008. P. 195.

¹²⁹ No mesmo sentido, José Roberto de Castro Neves defende que “a maturidade da arbitragem no Brasil passa pelo reconhecimento de que o Código de Processo Civil e as suas regras seguem princípios próprios em relação ao procedimento arbitral. A arbitragem possui suas peculiaridades e, nessa condição, a sua relação com outras normas e institutos deve ser compreendida, sob pena de tornar a arbitragem um apêndice do CPC, desvirtuando a sua estrutura e função.” (NEVES, José Roberto de Castro. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica).

¹³⁰ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro mencionam que “no que tange ao procedimento arbitral, não há regra legal estabelecendo a aplicação do procedimento do diploma legislativo processual à arbitragem, o que afasta imposições nesse sentido. Em outras palavras, observados os limites acima expostos, parte e tribunal arbitral estão livres para fixar as regras do procedimento como melhor lhes parecer, sem que estejam obrigados a seguir, sequer subsidiariamente, o procedimento descrito no estatuto processual estatal.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 60).

¹³¹ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

¹³² Carlos Alberto Carmona, com base princípio da autonomia da vontade que rege a arbitragem, entende que, “mesmo nas hipóteses claras de impedimento e suspeição, podem perfeitamente as partes, conhecendo a circunstância, acordar na indicação do árbitro.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009.p. 252).

¹³³ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, embora concordem com a corrente jurisdicional da arbitragem, mencionam que existem outras três correntes, quais sejam: (i) a contratual; (ii) a mista e (iii) autônoma (FICHTNER, José Antonio *et al.* op. cit., nota 131, p. 34-45). Francisco José Cahali, também filiado à corrente jurisdicional, ensina que “a teoria privatista, também chamada por alguns como contratualista, vê na arbitragem apenas um negócio jurídico; entende que a arbitragem representa, na essência,

Isso porque, embora o árbitro não possua poderes executórios, busca-se, por meio desse procedimento de resolução de conflitos, a pacificação de um litígio, sendo que essa finalidade é inata a qualquer atividade jurisdicional.¹³⁴

Ademais, o art. 31 da Lei Federal nº 9.307/96 dispõe que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Para Carlos Alberto Carmona, por meio desse dispositivo legal, adotou-se a “tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”.¹³⁵

Ao analisar o art. 31 da Lei de Arbitragem, Gilberto Giusti pontua que

A equivalência de efeitos entre a sentença arbitral e a sentença judicial certamente arrefeceu, conquanto não tenha eliminado, por completo, o debate sobre a função jurisdicional do árbitro. Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a arbitragem é mesmo jurisdicional, tanto assim que a sentença proferida pelo árbitro, ou árbitros, ao cabo de regular procedimento, é tão eficaz quanto a sentença emanada pelo Poder Judiciário. Não há como negar o exercício da jurisdição por parte de quem profere decisão dessa natureza e eficácia.¹³⁶

tão somente a extensão do acordo firmado entre as partes” ao passo que os defensores da teoria mista sustentam que “mesmo pautada no negócio jurídica realizado entre as partes, e sendo dele decorrente, não se pode desenvolver a arbitragem fora de um sistema jurídico, pois este método de solução de conflitos submete-se à ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por esse sistema.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 133-134). Por fim, de acordo com as lições de André Martin, Flávio Santana Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani, na teoria autônoma, “defendida por Lorca Navarrete, a arbitragem tem acentuado o seu caráter processual nascido de um negócio jurídico próprio, a Convenção de Arbitragem”. (MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: RT. 2014. Versão Eletrônica).

¹³⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, “assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2013. P. 39).

¹³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 26.

¹³⁶ GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, p. 7-14, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 9.

Além desse dispositivo, Arruda Alvim aponta que o art. 8º da Lei de Arbitragem também fortalece a visão jurisdicional da arbitragem, uma vez que outorga ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria competência.¹³⁷

Natália Mizrahi Lamas menciona outras três características da jurisdição presentes na arbitragem, quais sejam: (i) a substitutividade da vontade das partes; (ii) a inércia do árbitro, que somente atuará se uma parte instaurar o procedimento arbitral; e (iii) a definitividade da sentença arbitral.¹³⁸ Além desses elementos, Arruda Alvim também indica, para fins de caracterização da função jurisdicional, que, na arbitragem, o julgador é imparcial e que há contraditório entre as partes.¹³⁹

Concordamos com esses posicionamentos, em especial com o apresentado por Francisco José Cahali, segundo o qual

No exato instante em que as partes, na convenção arbitral, cuja origem é contratual, indicam a forma pretendida para a solução do conflito, já se desperta a jurisdição, inerente ao instituto da arbitragem por força da Lei 9.307/1996, a ser provocada quando da instauração do procedimento.¹⁴⁰

Vê-se, portanto, que a arbitragem é um método próprio de resolução de conflitos de natureza jurisdicional no qual as partes indicam um terceiro para solucionar o litúgio, de forma definitiva e vinculativa, com base regras procedimentais que entenderem adequadas.

2.3 A convenção de arbitragem: espécies e efeitos

A autonomia da vontade possui papel fundamental na arbitragem, em especial na adoção desse mecanismo, que, em nosso ordenamento, é realizada por meio de uma convenção de arbitragem.

¹³⁷ ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José *et al.* *Arbitragem* – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 142.

¹³⁸ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 33.

¹³⁹ ALVIM, Arruda, op. cit., nota 138, p. 142-143.

¹⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 139.

Tal ato, segundo Luis Fernando Guerrero, consiste em um “acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal”.¹⁴¹

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o modelo adotado na França, classifica a convenção de arbitragem em cláusula compromissória e compromisso arbitral,¹⁴² sendo que essas espécies se distinguem, principalmente, pelo momento de sua celebração em relação ao litígio.

O compromisso arbitral, regulado nos arts. 9º e 12 da Lei da Arbitragem, consiste em acordo celebrado entre duas ou mais pessoas que desejam submeter um litígio já existente.¹⁴³

Por outro lado, a cláusula compromissória, para Luis Fernando Guerrero, “é prevista no momento em que as partes celebram um contrato cujo cumprimento espera-se ocorra sem qualquer percalço, ficando latente a cláusula até a ocorrência de um conflito a ser solucionado”.¹⁴⁴

A cláusula compromissória foi a espécie de convenção de arbitragem que mais sofreu modificações em decorrência da Lei de Arbitragem. No caso, Giovanni Ettore Nanni ensina que, antes do referido diploma legislativo, a cláusula compromissória era considerada “um mero pacto de compromisso, pois se tratava de uma obrigação de celebrar o compromisso arbitral, criando apenas uma obrigação de fazer. Isto é, consubstanciava uma mera promessa de comprometer”.¹⁴⁵

Em outras palavras, antes da Lei Federal nº 9.307/96, a cláusula compromissória impunha que, no momento do surgimento do litígio, as partes celebrassem um compromisso

¹⁴¹ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 4.

¹⁴² André Martin, Flávio Santana Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani mencionam que “o direito brasileiro adota o dualismo da Convenção de Arbitragem, seguindo o modelo francês de 1981, o qual definia os dois tipos de Convenção de Arbitragem para, posteriormente, estabelecer as regras comuns aos dois tipos de Convenção de Arbitragem”. (MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

¹⁴³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 166.

¹⁴⁴ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 7.

¹⁴⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 13.

arbitral. O descumprimento dessa obrigação, contudo, não comportava execução específica, convertendo-se em perdas e danos¹⁴⁶.

Nesse contexto, o advento da Lei de Arbitragem a fortaleceu ao permitir a possibilidade de execução específica e ao não exigir a celebração de compromisso arbitral.¹⁴⁷

Além disso, por força do caput do art. 8º da Lei de Arbitragem¹⁴⁸, a cláusula compromissória possui autonomia¹⁴⁹, não estando, necessariamente, vinculada ao contrato em que for inserida¹⁵⁰. A legislação brasileira, ao adotar esse posicionamento, seguiu orientação verificada em diversos países do mundo.¹⁵¹

Fato é que, conforme ensina Gustavo Tepedino, essas duas espécies “desfrutam da igual disciplina jurídica atribuída ao instituto, mais geral, da convenção de arbitragem”.¹⁵²

¹⁴⁶ No entender de Luis Fernando Guerrero, “a cláusula compromissória possuía a natureza jurídica de um pré-contrato, pacto de contrahendo, o que lhe conferia pouco ou nenhum grau de vinculação entre as partes, já que, caso a arbitragem tivesse que ser instituída, deveria haver a celebração de um compromisso arbitral entre as partes. Isto se tornava difícil uma vez que a superveniência do conflito existente, via de regra, ceifava os canais de comunicação e negociação entre as partes. A cláusula compromissória não possuía execução específica, isto é, qualquer negativa de instituição do juízo arbitral nas relações jurídicas que continham cláusula compromissória era, quando muito, apenada com perdas e danos, causa essa que foi indicada como primordial para a pouca utilização da arbitragem.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 8-9).

¹⁴⁷ LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

¹⁴⁸ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

¹⁴⁹ Isabela Lacreta ensina que “o princípio fundamental que governa o contrato de arbitragem é sua autonomia (ou separabilidade, como preferem os ordenamentos jurídicos da common law), pelo qual a cláusula compromissória deve ser vista como contrato autônomo em relação àquele em que se insere”. (LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

¹⁵⁰ Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa menciona “que existe a possibilidade de que vícios que contagem igualmente a celebração da cláusula compromissória e do contrato que lhe é subjacente (basta pensar no contrato que contempla a cláusula compromissória e é celebrado mediante coação física ou moral, vício sem o qual relação jurídica alguma teria surgido entre as partes).” (SCALETSKY, Fernanda Sirotsky *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

¹⁵¹ Giovanni Ettore Nanni aponta que “o denominado princípio da severability ou separability é largamente aceito entre autores oriundos do sistema da common law, assim como na Europa continental.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 28-29).

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da Cláusula Compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. P. 165.

No mesmo sentido, Luis Fernando Guerrero declara que não há “diferença entre as espécies da convenção de arbitragem quanto ao seu fim maior que é trazer à jurisdição dos árbitros a solução de um conflito”.¹⁵³

Assim, além de possuírem a mesma finalidade, essas espécies de convenção de arbitragem também possuem os mesmos efeitos. O primeiro efeito da convenção de arbitragem, denominado de positivo, fundamenta-se no *pacta sunt servanda*¹⁵⁴ e impõe que as partes respeitem suas declarações de vontade e utilizem a arbitragem para solucionar seus litígios¹⁵⁵.

O efeito positivo da convenção de arbitragem também outorga poder ao árbitro para definir sobre sua própria jurisdição.¹⁵⁶ Em decorrência desse efeito, conforme ensina Pedro A. Batista Martins, “o árbitro é o primeiro juiz a enfrentar o problema da competência (*rectius*: jurisdição)”.¹⁵⁷

Trata-se do princípio da competência-competência, incorporado na Lei Federal nº 9.307/96 em seu art. 8º, §º parágrafo único¹⁵⁸, cujo objetivo consiste em proteger o instituto da arbitragem. Nesse ponto, Pedro A. Batista Martins não poderia ser mais claro ao ensinar que,

Autonomia e competência-competência formam verdadeira blindagem jurídica em prol da arbitragem e sua gênese sustenta-se em pressuposto ético e moral, pois

¹⁵³ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 7.

¹⁵⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora. 2011. P. 134.

¹⁵⁵ Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa declaram que “o efeito positivo da convenção arbitral diz respeito à obrigatoriedade de submissão ao Juízo Arbitral de qualquer litígio que porventura ocorreu, ou que possa vir a ocorrer, de determinada relação jurídica.” (SCALETCKY, Fernanda Sirotsky *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

¹⁵⁶ LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

¹⁵⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Poder judiciário – princípio da autonomia da cláusula compromissória – princípio da competência-competência – convenção de nova iorque – outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – determinação da lei aplicável ao conflito – julgamento pelo tribunal arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 173-194, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, Versão Eletrônica.

¹⁵⁸ Ao analisar o art. 8º da Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona sustenta que “o dispositivo legal comentado trata de duas questões distintas, o caput disciplinando a autonomia da cláusula e o parágrafo único estabelecendo o princípio da Kompetenz-Kompetenz (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitralidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 175).

corolário da boa-fé. Esses princípios, ao maximizarem a eficácia da cláusula compromissória, reforçam a análise estrita, pelo Poder Judiciário, das hipóteses constantes da ressalva do artigo II (3) da CNI, o seu exame *prima facie* e a pesada carga probatória imposta à parte que reluta em se submeter à arbitragem.”¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Assim, a convenção de arbitragem impõe que as partes utilizem esse mecanismo para sanar determinado conflito, sendo que eventual questionamento sobre a competência dos árbitros deve ser analisado, preliminarmente, pelos próprios árbitros, sendo vedada, em princípio, a utilização do Poder Judiciário.

O efeito positivo, contudo, não é o único que emana da convenção de arbitragem. Também existe o efeito negativo, o qual, para Luiz Olavo Baptista, implica o “afastamento da competência do juízo estatal”¹⁶¹.

De acordo com Luis Fernando Guerrero,

A eficácia negativa da convenção de arbitragem retira do Judiciário o poder jurisdicional para conhecer as questões que estejam nos limites da convenção de arbitragem celebrada pelas partes. O poder jurisdicional é transferido do juiz para o árbitro por previsão legal amparada em manifestação de vontade expressa e escrita das partes, ficando estas impedidas de utilizarem o Judiciário de modo unilateral.”¹⁶²

Ou seja, em decorrência do efeito negativo, o Poder Judiciário, em princípio, não pode analisar qualquer controvérsia que esteja submetida à arbitragem por força de cláusula arbitral.

Para assegurar regra, prevista no art. II, (3) da Convenção de Nova Iorque¹⁶³, o Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 485, VII, que “o juiz não resolverá o mérito quando: [...] acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.¹⁶⁴

¹⁵⁹ MARTINS, Pedro A. Martins. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 130.

¹⁶⁰ No mesmo sentido: LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 49.

¹⁶¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora. 2011. P. 137.

¹⁶² GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 125.

¹⁶³ “Artigo II – [...] 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutível”.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Como se vê, no próprio diploma legislativo responsável por regulamentar o processo judicial, há dispositivo prevendo a impossibilidade de o juiz analisar questão abrangida por convenção arbitral caso essa matéria seja alegada por um dos convenientes.¹⁶⁵

O efeito negativo não é absoluto, pois o próprio art. II, (3) da Convenção de Nova Iorque excepciona essa regra ao dispor que o Poder Judiciário poderá avaliar a controvérsia se constatar que o “acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutível”. Essas exceções, que serão analisadas no capítulo 7 deste trabalho, somente podem ser aplicadas se flagrante o vício na convenção de arbitragem.¹⁶⁶

De toda forma, conclui-se que a convenção de arbitragem consiste em instrumento autônomo necessário para as partes submeterem seus litígios à arbitragem, sendo que o negócio emite dois efeitos: o positivo, o qual impõe que as partes utilizem a arbitragem e que permite ao árbitro ser o primeiro a analisar eventual questionamento sobre sua jurisdição; e o efeito negativo, que impede, via de regra, o Poder Judiciário de analisar questão que está abrangida por cláusula arbitral.

¹⁶⁵ José Roberto dos Santos Bedaque ensina que “a convenção de arbitragem (art. 337, X e §5º), se o réu não a arguir em contestação, ocorrerá fenômeno semelhante ao da incompetência relativa. Considera-se que as partes abriram mão do meio não estatal de solução de controvérsias e optaram pela via jurisdicional do Estado.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 485 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 1.355).

¹⁶⁶ Segundo Pedro A. Batista Martins, “[...], o convencimento e a decisão do juiz quanto à nulidade, à ineficácia, à inoperabilidade da cláusula de arbitragem devem ter por base, meramente, análise *prima facie* da questão suscitada pela parte renitente.” (MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 129).

2.4 As vantagens da Arbitragem

Diante dos efeitos emanados da convenção de arbitragem, deve-se questionar os motivos pelos quais duas ou mais pessoas decidiriam submeter determinado litígio, seja presente ou futuro, à arbitragem.

O motivo é simples: a arbitragem traz certas vantagens para as partes¹⁶⁷, sendo um método de resolução de conflitos adequado para litígios das mais variadas espécies, como, por exemplo, societário¹⁶⁸, agronegócio¹⁶⁹, petróleo¹⁷⁰.

A primeira vantagem da arbitragem, somente aplicável nos procedimentos de caráter internacional, diz respeito à possibilidade de as partes escolherem um foro neutro para solução do litígio.¹⁷¹ Na visão de José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “essa característica tem o potencial de eliminar algumas perspectivas negativas das partes, abrindo caminho para a solução adequada de um eventual litígio”.¹⁷²

¹⁶⁷ Giovanni Ettore Nanni menciona que “o desenvolvimento comprovou o que há muito se sustentava, isto é, que a arbitragem apresenta características que a diferenciam da forma tradicional de resolução de disputas pelo contencioso judicial, sendo muitas vezes uma opção extremamente viável.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 12-13).

¹⁶⁸ Pedro A. Batista Martins é taxativo ao declarar que “em hipótese alguma, creio, a discussão da natureza jurídica das companhias pode influir ou gerar um obstáculo à concretização da arbitragem: no âmbito das relações jurídicas concertadas pelas companhias e seus acionistas. Mais especificamente, no nível intrassocietário. Ao contrário, a arbitragem se integra e se harmoniza ao interesse social, sem embargo da corrente conceitual que se adote para definir a natureza jurídica das sociedades. A arbitragem, como instrumento de realização de justiça, agrega valores importantes que coincidem com o interesse social das companhias”. (MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 58).

¹⁶⁹ Luciano Benetti Timm entende que “[...], a arbitragem aparece como possibilidade de responder a uma necessidade de um ambiente institucional no país propício ao desenvolvimento dos agronegócios, por vezes não oferecido pelo poder judiciário doméstico, que tende a ser discricionário (relativizando o texto da lei e do contrato), excessivamente politizado e pouco previsível aos agentes econômicos.” (TIMM, Luciano Benetti. *Direito, Economia, Instituições e Arbitragem: o caso da “soja verde”*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2018. P. 289).

¹⁷⁰ Marilda Rosado de Sá Ribeiro sustenta que, “na área de petróleo, a arbitragem é um importante atrativo aos investidores estrangeiros, sempre preocupados com a neutralidade e imparcialidade dos tribunais dos países hospedeiros para solução dos conflitos.” (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, p. 185-202, jan-mar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica).

¹⁷¹ LAMAS, Natália Mizrahi. *Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem*. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 30.

¹⁷² FICHTNER, José Antonio et al. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 5.

Além disso, a arbitragem, normalmente, consiste em um procedimento de resolução de conflitos célere¹⁷³ ao mesmo tempo que consegue preservar as principais garantias processuais previstas na constituição federal e na lei de arbitragem¹⁷⁴. A celeridade decorre, principalmente, da inexistência de recurso contra a sentença arbitral.¹⁷⁵

Outra característica da arbitragem é a flexibilidade.¹⁷⁶ No caso, o procedimento arbitral pode ser formatado pelas partes da maneira que melhor lhes aprouver para solucionar o litígio.¹⁷⁷

Além disso, conforme mencionado por José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, permite “reduzir as diferenças de cultura processual (*background processual*) entre partes advindas de diferentes sistemas jurídicos”.¹⁷⁸

Deve-se mencionar, ainda, que, embora não se trate de característica inata à arbitragem¹⁷⁹, a confidencialidade na arbitragem pode impedir que danos sejam causados às partes pela divulgação dos fatos discutidos que deveriam ser mantidos em sigilo¹⁸⁰.

¹⁷³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 126

¹⁷⁴ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro sustentam que “[...], o instituto da arbitragem, bem aplicado, tem aptidão natural para preservar a qualidade da celeridade respeitando, ao mesmo tempo, (i) a fiel observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, (ii) o detalhado exame das provas apresentadas pelas partes e (iii) o acurado entendimento da controvérsia pelos árbitros (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 50).

¹⁷⁵ Para Natália Mizrahi Lamas, “considerando-se a definitividade da decisão arbitral que, na grande maioria dos casos, é proferida em apenas uma única instância, a arbitragem também costuma ter a vantagem de ser mais célere do que o judiciário, apesar de não ser tão rápida quanto o sugerido pelo prazo de seis meses constante do art. 23, caput, da LArb.” (LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 31).

¹⁷⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 126.

¹⁷⁷ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 30.

¹⁷⁸ FICHTNER, José Antonio *et al.* op. cit., nota 175, p. 56.

¹⁷⁹ Em outro estudo sobre o tema, concluímos que “embora exista uma divergência doutrinária, atualmente, o legislador brasileiro, ao promulgar um novo Código de Processo Civil e ao alterar a Lei Federal nº 13.129/2015, fortaleceu o posicionamento de que a confidencialidade é uma característica incidental à arbitragem que decorre, única e exclusivamente, da vontade das partes que estipularam resolver seus conflitos pela via arbitral”. (CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 45-66, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 54).

¹⁸⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*, op. cit., nota 177, p. 127.

Por fim, Cândido Rangel Dinamarco entende que há um “[...] menor grau de agressividade ou beligerância esperada das partes na arbitragem, as quais são estritamente vinculadas por um superlativo dever de boa-fé, ou de lealdade processual, de maior intensidade que o dever de lealdade inerente aos processos judiciais”.¹⁸¹

Vê-se, portanto, que a arbitragem possui uma série de vantagens que incentivam a utilização desse método de resolução de conflitos e que, por óbvio, devem ser consideradas pelas partes antes de celebrar uma convenção de arbitragem, em especial se considerarmos os efeitos positivos e negativos.

A arbitragem, contudo, não é um método de resolução de conflitos perfeito. Caso o fosse, não haveria motivos para existirem outros mecanismos. Nesse contexto, é possível constatar certas críticas à arbitragem¹⁸², dentre as quais, para os fins deste trabalho, destacam-se os custos da arbitragem, que serão analisados no próximo capítulo.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2013. P. 32.

¹⁸² Ao analisar a utilização da arbitragem em litígios societários, Mayara Gasparoto Tonin e Mayara Roth Isfe declaram que “a escolha pela via alternativa traz consigo outros problemas, como os limites subjetivos da cláusula compromissória, o sigilo do procedimento arbitral, as possíveis decisões contraditórias advindas do litisconsórcio ativo unitário, a suposta imparcialidade dos árbitros, os custos e a longa duração das arbitragens atualmente, [...]” (TONIN, Mayara Gasparoto; ISFE, Mayara Roth. Apontamentos sobre a efetividade do sistema de aplicação da lei (enforcement) no mercado de valores mobiliários brasileiro. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 9, p. 263-295, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Versão Eletrônica).

3 OS CUSTOS DA ARBITRAGEM

Os custos necessários para instauração e prosseguimento da arbitragem são apontados como uma desvantagem da arbitragem, pois, por serem supostamente elevados, podem impedir a utilização desse mecanismo de resolução de conflitos.¹⁸³ O estudo dessa questão, portanto, é essencial para o prosseguimento do presente trabalho, na medida em que permitirá uma compreensão melhor da impecuniosidade na arbitragem.

Uma premissa importante para essa análise é que qualquer método adequado de resolução de conflitos possui custos que devem ser suportados por aqueles que vierem a utilizá-lo.

Essa regra é válida, inclusive, para a tutela jurisdicional estatal, uma vez que, de acordo com Antonio do Passo Cabral, existe, em nosso ordenamento jurídico, a compreensão que “as partes que efetivamente utilizam o Judiciário devem ser chamadas a contribuir especificamente por meio de taxas”.¹⁸⁴

Essa ideia fundamenta-se na própria Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 24, IV, estabelece que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] custas dos serviços forenses” (art. 24, IV).

Por força da competência concorrente prevista no referido dispositivo legal,¹⁸⁵ a União possui a faculdade de regulamentar sobre os custos do Poder Judiciário, sem prejuízo dos Estados e do Distrito Federal possuírem legislações complementares.

¹⁸³ De acordo com Nádia de Araújo, “embora muito bem-sucedida no plano doméstico internacional, a arbitragem – que tem seu fundamento no princípio da autonomia da vontade das partes – nem sempre é a via de solução de disputa mais adequada para determinados litígios, pois frequentemente pode ter um custo elevado e ser de difícil utilização por pequenas e médias empresas.” (ARAÚJO, Nádia. O novo código de processo civil e a arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 46, p. 277-286, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, versão eletrônica). Da mesma forma, Sérgio Bermudes aponta que “ainda pesa contra a arbitragem o seu elevado custo, compreendido pela remuneração dos árbitros, pelos honorários dos advogados, pelas despesas com a entidade incumbida da organização do processo, com a retribuição dos serviços dos auxiliares do tribunal, como intérpretes, peritos e taquígrafos, e com a utilização de salas, equipamentos e a parafernália adequada”. (BERMUDES, Sérgio. Arbitragem: um Instituto florescente. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 387-389, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica).

¹⁸⁴ Cabral, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (I): Admissibilidade, Objeto e Limites. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 61-90, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

¹⁸⁵ Fernanda Dias Menezes de Almeida ensina que “das modalidades de competência legislativa concorrente, que a doutrina costuma dividir em cumulativa e não cumulativa, o constituinte preferiu, no art. 24, adotar a competência não cumulativa, que se caracteriza pela atribuição do poder de legislar sobre a mesma matéria a mais de um titular, reservando-se à União a edição de normas gerais e aos poderes periféricos a suplementação

No caso, o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou a responsabilidade pelos custos do processo judicial em seu art. 82, dispondo que,

Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.¹⁸⁶

Em outras palavras, as partes são responsáveis pelos pagamentos provisórios dos atos processuais que pretendem praticar.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸ A responsabilidade definitiva por essas despesas, por sua vez, somente será definida em sentença de acordo com o resultado do processo, na forma do § 2º do referido dispositivo legal, que positiva o princípio da sucumbência.¹⁸⁹

de tais normas, seja detalhando-as pelo acréscimo de pormenores (competência complementar), seja suprimindo claros (competência supletiva).” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 24 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil* – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 810)

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁸⁷ Para Luiz Henrique Volpe Camargo, “o caput e o § 1º do art. 82 disciplinam a responsabilidade provisória pelo pagamento das despesas processuais. De regra, o interessado na prática do ato processual – seja ele autor ou réu; exequente ou executado; recorrente ou recorrido – tem o ônus de realizar o adiantamento do numerário necessário para tanto, o que deve ser feito na medida do desenvolvimento do processo. Enquanto o adiantamento da despesa não acontecer, inexistente a obrigatoriedade da prática do ato ou da realização da diligência.” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos artigos 82 ao 97 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 296)

¹⁸⁸ O Código de Processo Civil de 1973 possuía regra idêntica, tanto que abalizada doutrina entendia que “[...], a parte interessada na prática de ato processual deve antecipar o pagamento dos gastos necessários à sua prática, logo na propositura da demanda ou por ocasião de sua realização (art. 19, parágrafo primeiro), seja em processo de conhecimento, em processo de execução, em processo cautelar ou nos procedimentos especiais, sob pena de perder a possibilidade de praticá-lo, o que demonstra a natureza de ônus processual desse adiantamento.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 243).

¹⁸⁹ De acordo com Renato Beneduzzi, “segundo disposto no parágrafo único do art. 82, ‘a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou’ (princípio da sucumbência). Esta a obrigação, de natureza processual e independente de qualquer investigação sobre culpa, que a parte vencida tem ao final do processo de ‘pagar ao Estado ou aos auxiliares algum valor ainda não recolhido’ e de reembolsar o ‘vencedor pelo que ele tiver adiantado’ (despesas judiciais) e pelas despesas extrajudiciais que ele razoavelmente tiver realizado (princípio da sucumbência).” (BENEDUZI, Renato. Comentário aos artigos 70 ao 187 do Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Comentários ao código de processo civil* - Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 115).

Assim, não causa qualquer surpresa que também existam custos para utilização da arbitragem, em especial por ser um método privado de resolução de conflitos¹⁹⁰ em que não há possibilidade de ser concedido o benefício de gratuidade de justiça¹⁹¹.

A Lei de Arbitragem, contudo, não utiliza um único nome para definir os custos da arbitragem, ora utilizando o termo “despesas da arbitragem” (art. 11, V; art. 13, §7º), ora se valendo da expressão “custas e despesas com a arbitragem” (art. 27). Surgiu, assim, uma pequena controvérsia doutrinária sobre o significado de cada termo.

Na visão de José Roberto de Castro Neves, “as custas são aqueles gastos administrativos comuns às partes com a instauração e desenvolvimento do procedimento arbitral”, ao passo que “as despesas são aqueles gastos particulares, desembolsados pelas partes para o bom acompanhamento da arbitragem”.¹⁹²

Por outro lado, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro defendem que “[...], a expressão ‘despesas com a arbitragem’ já abrange suficientemente os gastos incorridos no processo arbitral, razão pela qual não há necessidade de se recorrer à palavra ‘custas’ para explicar qualquer dos itens do custo da arbitragem”.¹⁹³

Embora haja quem defenda que tal discussão não tenha tanta relevância prática,¹⁹⁴ entendemos que é necessário distinguir despesas e custas para compreendermos os custos da arbitragem. Assim, custas são os custos necessários para a realização da arbitragem, dentre os

¹⁹⁰ Haroldo Durclerc Verçosa ensina que “a arbitragem é um instituto de direito privado e apresenta custos para os seus usuários, adicionais aos que são praticados no Judiciário.” (VERÇOSA, Haroldo Durclerc. Aspectos da arbitragem no direito societário. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 6, p. 251-259, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

¹⁹¹ Segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano, “[...] sendo mecanismo privado, é importante reconhecer que se trata de verdadeira justiça ‘pré-paga’, em que não se aplicam mecanismos de financiamento público ou a possibilidade de requerer e litigar sob os auspícios da gratuidade. É sempre necessário que as partes (ou terceiros em seu favor) arquem com os custos da arbitragem.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 669)

¹⁹² CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica.

¹⁹³ FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 269.

¹⁹⁴ Para Ricardo de Carvalho Aprigliano, “a distinção entre custas e despesas tem sido feita por finalidade didática, eis que não há relevante diferença de tratamento jurídico entre tais figuras. No plano da arbitragem, tais distinções são ainda menos relevantes, não obstante a Lei 9.307/1996 tenha preservado aquela dicotomia ao dispor, no art. 27 ao se referir ‘custas e despesas com arbitragem’.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *op. cit.*, nota 192, p. 670).

quais (i) os honorários dos árbitros e (ii) os atos necessários para instauração, prosseguimento e término da arbitragem.

Despesas, por sua vez, são os custos suportados pela parte para: (a) sua adequada representação na arbitragem; (b) arcar com eventual multa por litigância de má-fé aplicada pelo Tribunal Arbitral e (c) suportar o pagamento de honorários sucumbenciais. Esclarecida essa controvérsia, analisaremos, a seguir, cada uma dessas rubricas.

3.1 Custas da arbitragem

A primeira rubrica que compõe as “custas da arbitragem” são os honorários do(s) árbitro(s). Ora, de acordo com a estipulação das partes, a controvérsia submetida à arbitragem pode ser solucionada por um árbitro ou por um tribunal composto por vários árbitros. No caso, embora o art. 17 da Lei de Arbitragem o equipare ao juiz,¹⁹⁵ o Estado não é responsável por realizar o pagamento da atividade exercida pelo árbitro, que é de responsabilidade das partes que lhe confiaram essa função.¹⁹⁶ Assim, ao celebrar uma convenção de arbitragem, as partes precisam ter ciência de que terão que arcar com os honorários do(s) árbitro(s).

Além disso, nas “custas da arbitragem”, encontram-se os gastos com os atos necessários para instauração, prosseguimento e término do procedimento arbitral, que pode ser institucional, se for regulamentado e administrado por uma instituição arbitral,¹⁹⁷ ou *ad hoc*, quando essa função for de responsabilidade das partes ou do(s) árbitro(s).¹⁹⁸

¹⁹⁵ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

¹⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 21.

¹⁹⁷ Frederico José Straube ensina que “chama-se arbitragem institucional aquele procedimento em que as partes, ao redigirem a convenção de arbitragem, ou, mais raramente, em algum momento posterior, mas antes de iniciar-se o processo arbitral, resolvem de comum acordo submeter o deslinde da questão que possa advir da relação ou negócio jurídico que as une às regras e à administração de uma entidade especializada.” (STRAUBE, Frederico José. A vinculação das partes e dos árbitros ao regulamento de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem*: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas. 2017. P. 393).

¹⁹⁸ GROLA, Fúlvia Bolsoni; FINZI, Igor. Arbitragem *ad hoc*, institucional e regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O que considerar no momento da escolha do tipo de arbitragem? In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 1, p. 223-248, jan-fev, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

No primeiro caso, as câmaras arbitrais estabelecem o pagamento de custas para instauração e administração do procedimento arbitral.¹⁹⁹

Embora esses custos não existam nos procedimentos *ad hoc*, as partes também terão gastos para a prática de certos atos nessa espécie de arbitragem.²⁰⁰ Cite-se, como exemplo, os gastos com honorários periciais²⁰¹ e aqueles necessários para permitir a realização de uma audiência (aluguel de espaço, estenotipia e, até mesmo, passagens e estadia do(s) árbitro(s) se a audiência for realizada em outro estado).²⁰²

3.2 Despesas da arbitragem

A primeira espécie de despesa que merece atenção é aquela necessária para a adequada representação da parte na arbitragem inobstante o art. 21, § 3º da Lei Federal nº 9.307/96 disponha que “as partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral”.²⁰³

¹⁹⁹ Diego Franzoni aponta que “no caso de arbitragem institucional, a maioria das câmaras de arbitragem prevê o pagamento de taxas iniciais de registro e administração, com base no valor da causa. Além disso, também se estipula o pagamento de pelo menos uma parcela dos honorários dos árbitros, mediante estimativa do trabalho.” (FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. P. 51).

²⁰⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 669.

²⁰¹ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 30.

²⁰² LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 31.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Em outras palavras, embora o referido dispositivo prestigie a autonomia da vontade das partes permitindo que estas não precisem estar representadas por advogados na arbitragem,²⁰⁴ aconselha-se o auxílio desse profissional.²⁰⁵

Além disso, para fundamentar melhor sua pretensão, uma parte pode: (i) arcar com honorários de assistente técnico que auxiliará na produção de prova pericial; (ii) contratar profissional para apresentar parecer técnico; e (iii) suportar demais gastos necessários para comparecer em atos no procedimento arbitral.²⁰⁶ Todos esses gastos, assim como os honorários advocatícios, consistem em despesas arbitrais necessárias para a adequada representação da parte na arbitragem.

A segunda espécie de “despesa da arbitragem” decorre do art. 27 da Lei Federal nº 9.307/96, o qual, além de regulamentar a responsabilidade pelas despesas da arbitragem em caso de omissão das partes, dispõe que a sentença arbitral decidirá sobre “sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

Assim, sempre que uma parte apresentar comportamento no procedimento arbitral que viole a boa-fé objetiva, o Tribunal Arbitral poderá aplicar multa por litigância de má-fé.²⁰⁷ De acordo com José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, essa multa “integra o custo do processo arbitral”.²⁰⁸

²⁰⁴ De acordo com Carlos Alberto Carmona, “as partes não estão obrigadas, em sede de arbitragem, a nomear advogados. Assim, pode qualquer uma delas optar em não nomear profissional que a represente nos atos que praticará durante o processo arbitral, valendo-se apenas de uma assessoria para sanar dúvidas e estabelecer estratégias.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 300).

²⁰⁵ Em palestra proferida em 1995, antes da lei da promulgação da lei de arbitragem, Selma Maria Ferreira Lemes apontava a importância do advogado, que são os “apóstolos da arbitragem”, (i) para, com base em juízo de conveniência e oportunidade, indicar se a arbitragem é apta para solucionar determinado litígio; (ii) na redação de compromisso e cláusula compromissória; e (iii) atuar, de forma adequada, no procedimento arbitral. (LEMES, Selma Maria Ferreira. O papel do advogado no procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, p. 345-355, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, versão eletrônica)

²⁰⁶ CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica

²⁰⁷ Na visão de Carlos Alberto Carmona, “por cautela extrema, porém, fez o legislador constar do texto comentado a possibilidade de fixação de pena por dolo processual. E tal penalidade – que comporta aplicação oficiosa, independentemente de haver pedido da parte ou autorização na convenção arbitral – atinge tanto o abuso do direito de demanda como o comportamento escuso durante o processo.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 375).

²⁰⁸ FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 278.

Por fim, deve-se discorrer sobre os honorários sucumbenciais, verba autônoma devida ao advogado da parte vencedora.²⁰⁹ No processo judicial, por força do art. 85 do Código de Processo Civil, “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

A Lei de Arbitragem, contudo, é silente sobre o tema, o que gerou controvérsia na doutrina sobre a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em arbitragens.

Em primeiro lugar, devemos considerar que a arbitragem é regida pelo princípio da autonomia da vontade, de forma que as partes são livres para convencionar sobre a aplicação de honorários sucumbenciais, seja na convenção de arbitragem ou no decorrer do procedimento arbitral.²¹⁰ No entanto, surge um questionamento: qual a solução se as partes forem omissas?

Ricardo de Carvalho Aprigliano sustenta que os honorários sucumbenciais devem ser fixados pelo Tribunal Arbitral sempre que as partes escolherem a aplicação do direito brasileiro, pois essa verba não possuiria natureza eminentemente processual por também estar prevista na Lei Federal nº 8.906/1994, que regulamenta o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil²¹¹.

Por outro lado, José Roberto de Castro Neves entende que, “como a lei não menciona a sucumbência, diante do silêncio das partes o Tribunal Arbitral não está autorizado a distribuir esse ônus para qualquer delas [...]”²¹². No mesmo sentido, Gustavo Tepedino e José Emilio Nunes Pinto:

²⁰⁹ Paulo Lôbo, ao analisar o capítulo do Estatuto da Advocacia destinado aos honorários advocatícios, ensina que “a legislação anterior estabelecia que os honorários fixados na condenação contra a parte vencida ou sucumbente, pertenciam à parte vencedora. A Lei n. 8.906/94 inverteu radicalmente a titularidade desses específicos honorários, a saber, da parte vencedora para seu advogado. Com efeito, mudou o fundamento e a natureza dessa condenação, deixando de ser indenização das despesas despendidas pela parte vencedora para consistir em parte da remuneração de seu advogado, cujo ônus é imputado à parte vencida.” (LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 152).

²¹⁰ Na visão de José Roberto de Castro Neves, “diante do seu extraordinário espaço para a autonomia, no âmbito de arbitragem os litigantes podem estabelecer, de forma ampla e livre, como serão divididas essas responsabilidades como as despesas e os honorários de sucumbência do advogado.” (NEVES, José Roberto de Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 643).

²¹¹ Na visão de Ricardo de Carvalho Aprigliano, “se, concretamente, advogados brasileiros foram envolvidos, e se é aplicável ao litígio o ordenamento jurídico brasileiro, aplica-se o Estatuto da Advocacia, o qual contempla os honorários de sucumbência como uma modalidade remuneratória própria dos litígios. Também não parece adequado considerar que o Estatuto da Advocacia restrinja a incidência de tais honorários ao universo do processo estatal, pois a arbitragem representa a oferta de uma segunda modalidade de solução jurisdicional, que impõe a adoção dos mesmos mecanismos e da mesma sistemática.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 686).

As verbas de sucumbência, por se tratar de condenação autorizada pelo legislador processual civil e não prevista na Lei nº 9.307/96, não integra necessariamente o espectro de julgamento do Tribunal Arbitral e, por isso mesmo, só poderia ser fixada por força do princípio da autonomia privada, caso o compromisso arbitral assim dispusesse.²¹³

Embora respeitemos o posicionamento de Ricardo de Carvalho Aprigliano, entendemos que o Tribunal Arbitral somente pode impor a obrigação de pagamento de honorários sucumbenciais caso as partes tenham concordado com a questão.

Em primeiro lugar, a arbitragem é um método adequado de resolução de conflito extremamente influenciada pelos costumes internacionais, nos quais não existe a figura dos honorários sucumbenciais.²¹⁴

Ademais, as regras processuais previstas no Código de Processo Civil ou em qualquer outra legislação (ex.: Estatuto da Advocacia), não se aplicam, indiscriminadamente, na arbitragem, que, conforme apontado no capítulo anterior, é um sistema próprio de resolução de conflitos de conflito.

Dessa forma, a ausência de previsão sobre honorários sucumbenciais na Lei Federal nº 9.307/96 impediria o Tribunal Arbitral de impor essa condenação sem a anuência das partes.²¹⁵ De toda forma, quando for possível, devemos compreender que o pagamento de honorários sucumbenciais consiste em uma despesa da arbitragem.

²¹² CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica.

²¹³ TEPEDINO, Gustavo; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). *Arbitragem doméstica e internacional – estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. P. 195.

²¹⁴ CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica.

²¹⁵ Na visão de José Roberto de Castro Neves, “deixar de cuidar de sucumbência na arbitragem foi uma inteligente e pensada opção legislativa. Afinal, a arbitragem é uma forma, muito comum em outros países, de solucionar litígios. Nesses outros sistemas jurídicos, o conceito de honorários de sucumbência, na forma como adotamos no Brasil, simplesmente não existe.” (NEVES, José Roberto de Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 645)

3.3 A responsabilidade definitiva pelos custos da arbitragem

Qualquer arbitragem implica, necessariamente, custas e despesas que devem ser suportadas pelas partes. Entretanto, para termos real noção do impacto desses custos, precisamos entender sua repartição entre as partes.

No caso, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, as partes possuem ampla liberdade para dispor sobre a responsabilidade pelas custas e despesas de eventual arbitragem, seja na convenção de arbitragem (art. 11, V, da Lei de Arbitragem)²¹⁶ ou em qualquer momento do procedimento arbitral²¹⁷.

Da mesma forma, é possível que as partes não regulamentem²¹⁸ ou divirjam sobre essa questão,²¹⁹ situação em que caberá ao Tribunal Arbitral fixar a responsabilidade definitiva pelos custos da arbitragem, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.307/96.²²⁰

²¹⁶ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...] V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem;

²¹⁷ Segundo Carlos Alberto Carmona, “a lei de arbitragem, [...] continua a permitir ampla margem de autonomia para os contratantes, que podem querer desde logo dividir as despesas relativas à arbitragem, independentemente do resultado do litígio.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 213).

²¹⁸ De acordo com José Roberto de Castro Neves, “na arbitragem, a apreciação dessa matéria, acerca da responsabilidade pelos custos, despesas e sucumbência, admite três distintos cenários. No primeiro deles, as partes estabeleceram regras tratando das custas, despesas e sucumbência. No segundo cenário, as partes nada definem sobre o tema. Finalmente, numa terceira hipótese, as partes divergem em relação ao tratamento desse ônus.” (NEVES, José Roberto de Castro. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica).

²¹⁹ É possível que a escolha da arbitragem institucional não seja suficiente para solucionar esse problema. Isso porque, conforme aponta Ricardo de Carvalho Aprigliano, “[...], os regulamentos são bastante lacunosos. Na maior parte dos regulamentos examinados, as disposições são neutras, para dizer o mínimo. Apenas preveem que a sentença deverá decidir acerca da responsabilidade das partes pelo pagamento de custas, honorários de árbitros e honorários advocatícios, observados eventuais parâmetros fixados pelas partes na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 673).

²²⁰ Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Em outras palavras, quando não houver estipulação entre as partes, caberá ao Tribunal Arbitral determinar quem será responsável pelo pagamento definitivo dos custos da arbitragem. Surge, contudo, uma dúvida: existe alguma limitação desse poder do Tribunal Arbitral?²²¹

Na visão de José Roberto Castro Neves, “o objetivo da lei consiste em permitir que os árbitros fixem a indenização da parte vencedora no processo, a fim de que se promova um ressarcimento do que ela gastou. Indenizar, como se sabe, significa deixar indene, isto é, sem dano”²²². No mesmo sentido, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro entendem que “deve ser buscado na arbitragem o princípio maior de que o processo não deve ser fonte de prejuízo a quem tem razão”²²³.

Ou seja, por força do art. 27 da Lei de Arbitragem, o Tribunal Arbitral deve responsabilizar o vencido ao pagamento de todas as despesas e custas suportadas pelo vencedor, o que, inclusive, impõe o ressarcimento de honorários advocatícios²²⁴.

²²¹ De acordo com José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro, “no caso de omissão da convenção ou do regulamento, é que se exigirá maior interpretação a respeito do alcance do art. 27 da Lei nº 9.307/1996, [...]” (FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 270)

²²² NEVES, José Roberto de Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 645

²²³ FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 272.

²²⁴ Importante destacar que há controvérsia doutrinária sobre o ressarcimento dos honorários advocatícios. Gustavo Tepedino e José Emílio Nunes Pinto ensinam que “o art. 27 da Lei nº 9.307/96 contém previsão de ressarcimento amplo de despesas, sem fazer referência expressa aos honorários de advogados. Em outras palavras, ao dispor quanto à responsabilidade das partes por toda espécie de custas em que incorreram, o artigo alcança as despesas efetuadas com honorários advocatícios.” (TEPEDINO, Gustavo; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). *Arbitragem doméstica e internacional – estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. P. 190). Ricardo de Carvalho Aprigliano, por sua vez, sustenta que, “se o art. 27 da lei de arbitragem não contemplou especificamente a figura dos honorários advocatícios, é mais razoável considerar que o legislador se omitiu a respeito e não que, adotando técnica incomum e assistemática, optou por incluir a figura dos honorários dentro da categoria geral das custas com a arbitragem.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 683).

3.4 Uma análise dos custos da arbitragem

A análise dos elementos que compõem os custos da arbitragem não é suficiente para compreendermos os valores necessários para a instauração e o processamento de um procedimento arbitral, na medida em que somente apresentamos conceitos. Tal fato, em nossa opinião, somente será possível por meio de uma análise empírica. É exatamente o que faremos.

No caso, por uma questão metodológica, somente analisaremos os valores necessários para instauração e processamento de arbitragem institucional, uma vez que as câmaras arbitrais preveem os valores das custas arbitrais.²²⁵

Embora há quem sustente que o custo-benefício é uma vantagem da arbitragem *ad hoc*²²⁶, optamos por excluir essa espécie de procedimento arbitral da análise devido à impossibilidade de mensurar, de antemão, seus custos, que dependem do procedimento estipulado pelas partes na convenção de arbitragem ou, até mesmo, de decisão do árbitro.

²²⁵ De acordo com Ricardo de Carvalho Aprigliano, “a maioria dos regulamentos das instituições arbitrais regula acerca das despesas da arbitragem, seja para definir o que é abrangido pelas despesas, seja para regular seu sistema de adiantamento, seja ainda para determinar critérios de alocação de despesas e honorários em cada procedimento.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 671).

²²⁶ Fúlvia Bolsoni Grola e Igor Finzi apontam que “a doutrina indica que a arbitragem *ad hoc* é menos custosa quando comparada à institucional. A economia é resultado do fato de as partes não precisam incorrer no pagamento das taxas de administração do órgão institucional arbitral (valor que é exponencialmente relevante conforme o montante em disputa) e haver flexibilidade na definição do honorário dos árbitros. Ao passo que as entidades usualmente preestabelecem as remunerações dos árbitros, sem que haja qualquer possibilidade de negociação. Isso não afasta, porém, os valores desembolsados por advogados, com o árbitro ou meio de prova, por exemplo. Outra vantagem possível na arbitragem *ad hoc* é a definição de meios e características/formalidades econômicas e ágeis, como apresentação de provas digitalmente, o que facilita a disponibilização de documentos e não implica a necessidade de espaço para armazenamento ou pessoa apta a receber os documentos. Este aspecto abrange também a economia nos procedimentos burocráticos e administrativos que são comuns quando um órgão institucional arbitral administra o procedimento, por exemplo, checagem de todos os documentos por outras pessoas que não apenas os árbitros. Por fim, neste ponto as partes podem fixar formas mais rápidas e econômicas com relação ao montante que venha a ser devido ou indenizado por uma delas a outra, como retenção de valores ou compensação de valores com outras obrigações – e ainda mecanismos muitos diversos.” (GROLA, Fúlvia Bolsoni; FINZI, Igor. Arbitragem *ad hoc*, institucional e regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O que considerar no momento da escolha do tipo de arbitragem? In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 1, p. 223-248, jan-fev, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica). Em sentido contrário, Ricardo de Carvalho Aprigliano defende que “ainda que se distinga a arbitragem institucional e a *ad hoc*, do ponto de vista das modalidades de custas e despesas de um procedimento arbitral, não haverá grandes diferenças.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 669).

Também limitaremos nossa análise a algumas das principais instituições brasileiras de arbitragem que foram mencionadas em pesquisa realizada, em 2012, pelo Centro Brasileiro de Arbitragem e o Instituto Ipsos,²²⁷ quais sejam: (i) Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (“CCBC”); (ii) Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (“CAMARB”); (iii) Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (“CBMA”); e a (iv) Câmara de Arbitragem do Mercado da BOVESPA (“CAM”).

No caso, optamos por escolher uma instituição arbitral: (a) sediada em São Paulo (CCBC); (b) sediada em Minas Gerais (CAMARB); (c) sediada no Rio de Janeiro (CBMA); e (d) uma específica para conflitos societários (CAM).

Esta análise também será limitada às custas necessárias para instauração e prosseguimento do procedimento arbitral e aos honorários de árbitros, pois as custas para a prática de atos processuais (ex.: gastos com honorários periciais) são imprevisíveis. Pelo mesmo motivo, excluimos desta análise as despesas da arbitragem, que dependem da vontade das partes (gastos com adequada representação) ou de fatores imprevisíveis, como, por exemplo, multa por litigância de má-fé e honorários sucumbenciais.

Especificamente sobre os honorários de árbitros, apresentaremos os valores necessários para que o procedimento seja solucionado por árbitro único e por um Tribunal Arbitral composto por três árbitros.

Por fim, apresentaremos os custos para uma arbitragem cujo valor em disputa seja: (i) de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); (ii) de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); e (iii) 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais).

3.4.1 Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá²²⁸

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá impõe que, no momento de apresentação do pedido de instauração de arbitragem, o requerente comprove

²²⁷ Pesquisa CBAR-IPSOS – *Arbitragem no Brasil*. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

²²⁸ Conferir: Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá. Regulamento de Arbitragem de 2012. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>> Acesso: 12 set. 2018; Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá. Calculadora e Tabela de Despesas. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora/>> Acesso: 12 set. 2018.

o pagamento de uma taxa de registro (artigos 4.2 e 12.5 do Regulamento de Arbitragem²²⁹), atualmente em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais – Item I da Tabela de Despesas).

Além disso, as partes também precisam arcar com o pagamento de uma taxa de administração (artigos 12.2, 12.3 e 12.3.1 do Regulamento de arbitragem²³⁰), composta por uma parcela fixa, estabelecida entre R\$ 50.000,00 e R\$ 167.550,00, e, eventualmente, por uma porcentagem variável de acordo com o valor da demanda (Item II da Tabela de Despesas).

Os honorários dos árbitros (art. 12.7 do Regulamento de arbitragem²³¹), por sua vez, são compostos por uma parcela fixa, estabelecida entre R\$ 75.000,00 e R\$ 530.000,00, e, eventualmente, por uma porcentagem variável de acordo com o valor da demanda (Item III da Tabela de Despesas).

Assim, no CCBC, uma arbitragem com árbitro único, cujo valor em disputa seja R\$ 5.000.000,00, custará: R\$ 120.400,00 para o Requerente e R\$ 116.400,00 para o Requerido. Caso o procedimento tenha um Tribunal Arbitral, custará: R\$ 218.500,00 para o Requerente e R\$ 214.500,00 para o Requerido.

Se o valor em disputa for de R\$50.000.000,00, a arbitragem com árbitro único demandará: R\$ 218.800,00 para o Requerente e R\$ 214.800,00 para o Requerido. O procedimento com um Tribunal Arbitral, por sua vez, demandará: R\$ 407.800,00 do Requerente e R\$ 403.800,00 do Requerido.

Por fim, se o valor em disputa for de R\$500.000.000,00, a arbitragem com árbitro único implicará custas de R\$ 453.300,00 para o Requerente e R\$ 449.300,00 para o Requerido. Se o

²²⁹ 4.2. Juntamente com a notificação a parte anexará comprovante de recolhimento da Taxa de Registro, conforme artigo 12.5 do Regulamento. [...]

12.5. No ato da apresentação da notificação para instituição da arbitragem, a parte requerente deverá recolher ao CAM-CCBC o valor da Taxa de Registro, não compensável ou reembolsável, no valor previsto na Tabela de Despesas.

²³⁰ 12.2. A Taxa de Administração devida ao CAM-CCBC será exigida da parte requerente a partir da data de protocolo da notificação ao Presidente requerendo a instituição da arbitragem e, da parte requerida, a partir da data de sua notificação.

12.3. Nas arbitragens em que haja múltiplas partes, como requerentes ou como requeridas, cada uma delas, separadamente, deverá recolher integralmente a Taxa de Administração devida em razão dos serviços prestados pelo CAM-CCBC.

12.3.1. Caso mais de uma parte do mesmo pólo seja representada pelos mesmos advogados, cada uma delas terá o abono de 50% (cinquenta por cento) do valor correspondente à Taxa de Administração devida ao CAM-CCBC.

²³¹ 12.7. Cada parte depositará no CAM-CCBC sua quota parte do valor dos honorários dos árbitros, correspondentes a um mínimo de horas definido na Tabela de Despesas ou a um percentual sobre o valor da causa. O referido depósito deverá ser realizado no prazo definido na Tabela de Despesas.

litígio for solucionado por um Tribunal Arbitral, o Requerente suportará R\$ 817.800,00 de custas arbitrais, ao passo que o Requerido terá que arcar com R\$ 813.800,00.

3.4.2 Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil²³²

A CAMARB estipula que, para a instauração da arbitragem, deve-se realizar o pagamento de uma taxa de registro no valor de R\$ 4.500,00 (art. 3.2. do regulamento de arbitragem²³³ e Tabela de Custas).

Estipula, ainda, uma taxa de administração composta por uma parcela fixa, estabelecida entre R\$ 4.500,00 e R\$ 104.300,00, e, eventualmente, por uma porcentagem variável de acordo com o valor da demanda (art. 11 do regulamento de arbitral e Tabela de Custas).

Os honorários dos árbitros também são compostos por uma parcela fixa, estabelecida entre R\$ 5.000,00 e R\$ 350.000,00, e, eventualmente, por uma porcentagem variável de acordo com o valor da demanda (art. 11 do regulamento de arbitral e Tabela de Custas).

Com base nesses valores, estima-se que uma arbitragem que envolva R\$ 5.000.000,00 demandará das partes: (i) R\$ 121.460,00 para ser solucionada por árbitro único; e (ii) R\$ 238.380,00 para ser resolvida por um Tribunal Arbitral.

Já uma arbitragem de R\$ 50.000.000,00 implicará custas para as partes de: (i) R\$ 299.060,00 se for presidida por árbitro único e (ii) R\$ 604.680,00 se houver um Tribunal Arbitral.

Por fim, uma arbitragem em que se discuta R\$ 500.000.000,00 demandará das partes: (i) R\$ 561.560,00 se for com árbitro único e (ii) R\$ 1.098.430,00 se houver estipulação de tribunal arbitral.

²³² Conferir: CAMARB – CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <<http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/>> Acesso: 12 set. 2018; CAMARB – CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. Tabela de Custas. Disponível em: <<http://camarb.com.br/tabela-de-custas/>> Acesso: 12 set. 2018.

²³³ 3.2. Ao solicitar a instituição do procedimento arbitral, o requerente deverá efetuar o depósito não reembolsável da Taxa de Registro para custear as despesas iniciais até a celebração do Termo de Arbitragem.

3.4.3 Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem²³⁴

O Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem impõe que, no pedido de instauração de arbitragem, o Requerente comprove o pagamento de: (i) uma taxa de instituição no valor de R\$ 4.000,00 (cláusula 2.1 de seu Regimento de Custas²³⁵); e (ii) de 50% da taxa de administração, que, de acordo com o valor da causa, varia entre R\$ 12.000,00 e R\$ 160.000,00 (cláusula 2.2 e Anexo 1 do Regimento de Custas²³⁶). O restante da taxa de administração será pago pelo Requerido antes da celebração do Termo de Arbitragem (cláusula 2.4 do regimento de custas²³⁷).

Os honorários dos árbitros, por sua vez, são fixados pelo CBMA de acordo com o valor em disputa, a partir R\$ 15.000,00, podendo, inclusive, superar R\$ 160.000,00 (Anexo 1 do Regimento de Custas).

Embora haja possibilidade de majoração da taxa de administração e dos honorários dos árbitros (cláusula 5.1 do Regimento de Custas²³⁸), constata-se que uma arbitragem no valor de R\$ 5.000.000,00 com árbitro único custará para as partes entre R\$ 98.000,00 e 128.000,00, ao passo que, caso seja instituído um tribunal arbitral, custará, para as partes, entre R\$ 218.000,00 e R\$ 308.000,00.

Se o valor em disputa for de R\$50.000.000,00, as partes terão que arcar com (i) entre R\$ 260.000,00 e R\$ 370.000,00 para uma arbitragem com árbitro único e (ii) entre R\$

²³⁴ Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Regimento de Custas. Disponível em: <http://www.cbma.com.br/regulamento_1> Acesso: 26 jul. 2018.

²³⁵ 2.1. No momento de requerimento de instauração de arbitragem, apresentação de reconvenção, ou demanda adicional, caberá à parte demandante ou reconvinte o pagamento de uma Taxa de Instituição fixa de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e uma Taxa de Administração, ambas não reembolsáveis, esta última conforme o disposto na tabela (Anexo I).

²³⁶ 2.2. O requerimento estabelecido no artigo precedente do presente Regimento deverá estar acompanhado do comprovante bancário de depósito, de acordo com os dados bancários fornecidos pelo Centro, do total da Taxa de Instituição e de 50% (cinquenta por cento) do valor da Taxa de Administração, sob pena dos documentos não serem analisados.

²³⁷ 2.4. O demandado deverá efetuar o depósito referentes aos 50% (cinquenta por cento) restantes da Taxa de Administração em prazo a ser fixado pelo Centro, antes da assinatura do Termo de Arbitragem, sob pena de suspensão da arbitragem. Caso o demandante opte por efetuar o depósito da parcela que compete ao demandado, o procedimento poderá retomar o seu andamento.

²³⁸ 5.1. No curso da arbitragem, se surgirem circunstâncias que tornem o procedimento especialmente trabalhoso, o Centro poderá, a seu exclusivo critério, elevar os valores da Taxa de Administração e dos Honorários dos Árbitros para montantes acima dos previstos nas tabelas do Anexo I.

640.000,00 e R\$ 870.000,00 para que possam resolver seu conflito por meio de um tribunal arbitral.

Por fim, uma arbitragem de R\$500.000.000,00 demandará que as partes suportem pelo menos R\$ 360.000,00 para uma arbitragem com árbitro único e R\$ 640.000,00 se houver um tribunal arbitral.

3.4.4 Câmara de Arbitragem do Mercado da BOVESPA

Em 2000, a BM&FBOVESPA, administradora da Bolsa de Valores de São Paulo, inaugurou o “Novo Mercado”, “segmento destinado à negociação de ações de empresas que adotam, voluntariamente, práticas de governança corporativa adicionais às que são exigidas pela legislação brasileira”.²³⁹ Dentre essas práticas, constava a utilização da arbitragem para solucionar conflitos societários, na forma do art. 39 do Regulamento do Novo Mercado²⁴⁰.

No ano seguinte, a BM&FBOVESPA criou a Câmara de Arbitragem do Mercado, instituição arbitral responsável por administrar todos os procedimentos arbitrais que envolvam controvérsias societárias de empresas inseridas no Novo Mercado e no Nível 2 de Governança Corporativa da BFMBOVESPA.²⁴¹

A CAM impõe uma taxa de administração, que “deverá ser paga por mês ou fração, desde o início do procedimento até a apresentação às partes da sentença arbitral ou da decisão

²³⁹ BM&FBOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/> Acesso: 26 jul. 2018.

²⁴⁰ Art. 39 O estatuto social deve contemplar cláusula compromissória dispondo que a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, se houver, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores e membros do conselho fiscal, e em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei nº 6.385/76, na Lei nº 6.404/76, no estatuto social da companhia, nas normas editadas pela CMN, pelo BCB e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste regulamento, dos demais regulamentos da B3 e do contrato de participação no Novo Mercado.

²⁴¹ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva nas sociedades por ações. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 887.

quanto ao pedido de esclarecimento, se houver, [...].”²⁴² O valor dessa taxa, estabelecida de acordo com o valor em disputa, varia entre R\$ 1.000,00 e 3.000,00.

Além disso, as partes devem arcar com os honorários dos árbitros “de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais) por hora trabalhada”.²⁴³ Eventualmente, as partes também terão que realizar o pagamento de “despesas comuns”, que são “consideradas como aquelas decorrentes de determinações do Tribunal Arbitral.”²⁴⁴

Todavia, tendo em vista a dificuldade para prever a duração de um procedimento arbitral²⁴⁵ e o tempo que o árbitro gastará para solucionar a controvérsia, não há como prever, de forma geral, os custos que serão suportados pelas partes.

No caso, somente é possível declarar que uma arbitragem, cujo valor em disputa é de R\$ 5.000.000,00, terá uma taxa de administração de R\$ 2.500,00, ao passo que, nas demais hipóteses em tela, essa rubrica será de R\$ 3.000,00.

3.5 A arbitragem é cara? A importância da análise econômica

Por uma simples análise dos valores necessários para instauração e prosseguimento da arbitragem, conclui-se que esse método de resolução de conflitos é caro. Em linhas gerais, constatamos que uma arbitragem com árbitro único custa, de acordo com a câmara escolhida, entre: (i) R\$ 98.000,00 e R\$ 236.000,00 se o valor em disputa for de R\$ 5.000.000,00; (ii) R\$ 260.000,00 e R\$ 433.600,00 se o litígio for de R\$ 50.000.000,00; e (iii) R\$ 360.000,00 e R\$ 902.600,00 se a discussão em jogo for de R\$ 500.000.000,00.

²⁴² BM&FBOVESPA. Tabela de custas e honorários. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/tabela-de-custas-e-honorarios/> Acesso: 26 jul. 2018.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ BM&FBOVESPA. Tabela de custas e honorários. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/tabela-de-custas-e-honorarios/> Acesso: 26 jul. 2018.

²⁴⁵ Esse problema também é vislumbrado no processo judicial, conforme atesta Antonio do Passo Cabral ao declarar que “existe uma total imprevisibilidade sobre o resultado e a duração do processo, e, portanto, sobre seus custos.” (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (I): Admissibilidade, Objeto e Limites. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 61-90, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica).

Uma arbitragem com um tribunal arbitral, por sua vez, demandará entre: (i) R\$ 218.000,00 e R\$ 433.000,00 se a disputa valer R\$ 5.000.000,00; (ii) 640.000,00 e R\$ 811.600,00 caso a disputa seja de R\$ 50.000.000,00; e (iii) 640.000,00 e R\$ 1.631.600,00 se o valor econômico do litígio for de R\$ 500.000.000,00.

Diante desses valores, surge a preocupação com os custos da arbitragem. Para se ter ideia da relevância da questão, em pesquisa realizada em 2012 pelo Centro Brasileiro de Arbitragem e Instituto Ipsos com 158 (cento e cinquenta e oito) profissionais da área, 60% (sessenta por cento) dos entrevistados apontaram que o custo da arbitragem é a principal desvantagem desse método adequado de resolução de conflitos.²⁴⁶

A percepção sobre esse problema se agrava quando comparamos com os custos necessários para ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário.²⁴⁷ À título de comparação, aponta-se que, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a taxa judiciária, principal tributo cobrado para utilização da máquina fluminense, possui um valor máximo de R\$ 37.859,17, na forma do art. 10 da Portaria CGJ nº 2.357 / 2018.²⁴⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, estipula que o valor máximo da taxa judiciária é de 3.000 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, sendo que cada unidade vale R\$ 26,53²⁴⁹, de forma que o valor máximo da referida taxa é de R\$ 79.590,00.

Os valores máximos cobrados pelo Poder Judiciário, em geral, são mais baixos que os menores valores verificados para instauração de procedimento arbitral com um árbitro caso o valor em disputa seja de R\$ 5.000.000,00, que foi a hipótese mais simples de arbitragem analisada no presente trabalho.

²⁴⁶ Pesquisa CBar-IPSOS – Arbitragem no Brasil. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf Acesso em: 12 set. 2018.

²⁴⁷ Luis Fernando Guerrero aponta que “os custos financeiros diretos dos métodos poderiam levar o estudioso a concluir que a arbitragem sempre seria um mau negócio, que a mediação poderia ser um bom negócio e que, por fim, o Judiciário seria muito mais barato.” (GUERRERO, Luis Fernando. O custo dos métodos adequados de solução de litígios para as empresas. In: ASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 244)

²⁴⁸ Art. 10. Taxa Judiciária calculada, em regra, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor do pedido, com a mínima de R\$ 83,29 (oitenta e três reais e vinte e nove centavos) e a máxima de R\$ 37.859,17 (trinta e sete mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e dezessete centavos), observando-se, ainda, os artigos 4º e 5º desta Portaria e os artigos 112 a 146 do Código Tributário Estadual do Estado do Rio de Janeiro. (Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/6081255/novas-custas-2019.pdf>) Acesso: 15 jan 2019).

²⁴⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Portal de Custas. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria> Acesso em: 15 jan. 2019.

Assim, não surpreende a crítica da doutrina norte-americana, apontada por Marilda Rosado de Sá Ribeiro, de “que, apesar da arbitragem ter diversas características que a tornam atrativa em relação ao processo judicial, ela pode se mostrar extremamente custosa, sendo por vezes referida como a ‘justiça dos Rolls Royce’”.²⁵⁰

Entretanto, em nossa opinião, essa discussão não pode se limitar aos valores necessários para instauração e prosseguimento do procedimento arbitral. Deve-se, no caso, ser realizada uma análise econômica da arbitragem,²⁵¹ afinal, conforme bem destacado por Alexandre Coutinho Pagliarini e Anelize Klotz Fayad, “the relation between law and economics is interdependent, considering that economy plays a role over human needs, while law formats such needs as a limiting agent, receiving the factor and economic values and then fit them to the legal framework”²⁵².

Uma análise econômica impõe a verificação dos custos de transação da arbitragem, que, segundo os ensinamentos de Luciano Bennetti Timm e Eduardo Jobim, “nada mais são que o custo envolvido em uma transação econômica para adquirir e transferir direitos de propriedade”.²⁵³

De forma mais específica, a análise dos custos de transação da arbitragem leva em consideração: (i) a celeridade; (ii) a especialização do árbitro, que permite a prolação de decisões mais técnicas; (iii) os impactos da utilização desse método na relação entre as partes; e (iv) a confidencialidade.

²⁵⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, p. 185-202, jan-mar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica

²⁵¹ Luciano Benetti Timm, Bruno Guandalini e Marcelo de Souza Richter são precisos ao apontar que, “sem as lentes da ciência econômica, partindo-se da premissa superficial de que custo é sinônimo de pagamento financeiro, poder-se-ia acreditar que a arbitragem é cara quando comparada ao método estatal de solução de controvérsias. Em contrapartida, ao se aplicarem alguns conceitos de ciência econômica, por meio da mensuração de todos os custos relacionados a uma disputa, muitas vezes chega-se à conclusão oposta.” (TIMM, Luciano Benetti *et al.* Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 84)

²⁵² Tradução livre: “A relação entre direito e economia é interdependente, considerando que a economia desempenha um papel relativo às necessidades humanas, enquanto que o direito formata tais necessidades como um agente limitador, recebendo o fator e valores econômicos e então encaixando-os na estrutura legal.” (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FAYAD, Anelize Klotz. Relations Between arbitration and economic analysis of law. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 58, p. 287-310, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. Versão Eletrônica).

²⁵³ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. In: *Direito & Justiça*, v. 33, nº 1, p. 80-97, 2007.

Em primeiro lugar, a arbitragem é considerada um mecanismo de resolução de conflitos célere, em especial se comparado com o Poder Judiciário, cuja ineficiência faz com que um litígio perdure por anos.²⁵⁴

Em outras palavras, normalmente, um litígio será solucionado mais rápido se for submetido à arbitragem do que ao Poder Judiciário, de forma que a parte vencedora poderá usufruir, desde logo, de seus direitos.²⁵⁵

Por outro lado, conforme apontam Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, “as partes terão, assim, incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato, pois eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e precisão”.²⁵⁶

Por esses motivos, Diego Franzoni declara que, “considerado globalmente, o prejuízo causado por um litígio que se arraste por décadas no Judiciário pode ser muito maior que o investimento numa arbitragem que se resolva em alguns poucos anos”.²⁵⁷

Assim, não há dúvidas de que as partes devem considerar o impacto indireto da celeridade nos custos da arbitragem, em especial se for para escolher entre esse método e o Poder Judiciário.²⁵⁸

²⁵⁴ Na visão de Eduardo Jobim, a ineficiência do Poder Judiciário “causa prejuízo ao desempenho econômico, ao progresso tecnológico, à eficiência das firmas, ao investimento e à qualificação da política econômica.” (JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos e a interpretação econômica do direito e das organizações. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. P.129).

²⁵⁵ Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama defendem que “[...], se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da agilidade com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez. Na prestação jurisdicional, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos litigiosos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão não transitada em julgado.” (PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. P.78).

²⁵⁶ Ibidem, p.79.

²⁵⁷ FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. P. 51.

²⁵⁸ Flávio Bittar Neves ensina que “é preciso observar que a atual realidade do Poder Judiciário brasileiro é fator que deve ser considerado pelas empresas ao tomar decisões sobre a forma de solucionar controvérsias. A morosidade, o formalismo e a burocracia, típicos do processo judicial, às vezes prejudicam a eficácia da prestação jurisdicional.” (NEVES, Flávio Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 9, p. 30-39, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2006. P.35).

Além disso, constata-se, na arbitragem, uma menor probabilidade de a sentença arbitral estar errada. Isso porque, normalmente, a decisão possui uma maior qualidade técnica, afinal, é prolatada por árbitro(s) especializado(s)²⁵⁹ que precisa(m) exercer seu ofício adequadamente pelo alto valor recebido a título de remuneração²⁶⁰.

Ademais, de acordo com Flávia Bittar Neves, os métodos adequados de resolução de conflitos “[contribuem] para a manutenção do relacionamento comercial entre as partes envolvidas na lide, gerando alto nível de satisfação entre os empresários e seus stakeholders, tais como parceiros comerciais, fornecedores e clientes”.²⁶¹

Por fim, deve-se apontar que confidencialidade, uma característica incidental da arbitragem, também pode apresentar uma vantagem do ponto de vista econômico, pois, segundo Luciano Benetti Timm, Bruno Guandalini e Marcelo de Souza Richter “reduz em muito o risco de vazamento de informações privilegiadas sobre desenvolvimento de produtos, pesquisas realizadas, potenciais mercados e informações que possivelmente poderiam ser utilizadas pelos concorrentes”.²⁶²

Como se vê, uma verdadeira análise dos custos da arbitragem não pode se limitar aos valores que devem ser despendidos pelas partes para instauração e prosseguimento da arbitragem, mas abranger as vantagens desse mecanismo de resolução de conflito.

Essa análise, por sua vez, demonstra que a arbitragem não é necessariamente cara, dependendo das circunstâncias concretas do litígio para as partes verificarem o proveito de sua

²⁵⁹ De acordo com Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, “a especialização permite, [...], a redução de erros nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado. A diminuição dos custos também pode ser reflexo de uma maior garantia de imparcialidade do árbitro.” PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. P.79).

²⁶⁰ Para Luciano Benetti Timm, Bruno Guandalini e Marcelo de Souza Richter “a arbitragem apresenta a vantagem de que o árbitro tem incentivos econômicos para proferir uma melhor decisão. Isso decorre principalmente de se tratar de um mercado profissional competitivo.” (TIMM, Luciano Benetti *et al.* Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 93).

²⁶¹ NEVES, Flávia Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 9, p. 30-39, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2006. P.30.

²⁶² TIMM, Luciano Benetti *et al.*, op. cit., nota 261, p. 94.

utilização em relação ao Poder Judiciário ou de qualquer outro método de resolução de conflitos.²⁶³

Fato é que, infelizmente, ainda que estejam cientes dos custos da arbitragem e vejam vantagem na utilização desse mecanismo de resolução de conflitos,²⁶⁴ é possível que, após a celebração da convenção de arbitragem e no momento de surgimento do litígio, uma das partes não possua condições financeiras para arcar com os custos necessários para instauração da arbitragem, situação cujas consequências merecem um estudo adequado, que será iniciado a partir do próximo capítulo.

²⁶³ Para Natália Mizrahi Lamas, “a arbitragem pode ter custos diretos maiores do que o processo estatal, mas este pode apresentar custos de transação (demora, incerteza, insegurança, má qualidade da decisão etc.) mais elevados, o que pode fazer com que, no final das contas, a arbitragem seja, sob essa ótica, mais vantajosa financeiramente.” (LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 32). No mesmo sentido, Francisco José Cahali indica que “o segundo benefício provável deste método é econômico-financeiro. Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, mas o resultado final, medido a partir do custo-benefício (por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais), bem como, e especialmente, a celeridade na obtenção do resultado, pode levar a outra conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 127-128).

²⁶⁴ Conforme bem lembrado por Napoleão Casado Filho, “é imprescindível que as partes reflitam se a arbitragem é de fato o melhor método para solução de seus conflitos já cientes dos custos envolvidos em tal tipo de procedimento.” (CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 130).

4 A IMPECUNIOSIDADE

4.1 Conceito

Conquanto a análise econômica da arbitragem demonstre que esse mecanismo não é necessariamente caro, os valores necessários para instauração e prosseguimento da arbitragem podem impedir a utilização desse mecanismo por pessoa que tenha celebrado convenção de arbitragem.²⁶⁵

Isso porque, em decorrência de fatores supervenientes, uma pessoa pode ser privada de recursos financeiros para iniciar ou prosseguir com um procedimento arbitral. Trata-se, aliás, de situação mais comum do que se pode imaginar, tendo em vista que, constantemente, surgem crises econômicas que impactam todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas.²⁶⁶⁻²⁶⁷

²⁶⁵ Para Anne-Carole Cremades, “en casos de mayor importancia, el coste del arbitraje será proporcional y por definición inferior a la cuantía en litigio. Pero puede ocurrir que una parte, sin ser jurídicamente insolvente, no disponga de los recursos económicos necesarios para hacer frente a estos gastos, y se encuentre en la imposibilidad material de hacer valer sus derechos en el foro arbitral pactado.” (CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review* – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 151).

²⁶⁶ Simon Walsh, após analisar o contexto econômico global no início do século XXI, constatou que “the state of the current global economy has seen a considerable rise in the number of corporate insolvencies and an increase in commercial disputes as recession bites across the global.” (WALSH, Simon. The effects of insolvency of arbitration proceedings. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 25, p. 177-188, abr-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, versão eletrônica). Tradução livre: “O estado da economia global atual tem sido palco de um incremento considerável no número de insolvências corporativas, além de um incremento em disputas comerciais, à medida que a recessão se faz sentir globo afora”.

²⁶⁷ Mauricio Pestilla Fabbri aponta que “Brazil is just emerging from a deep recession that started in the last quarter of 2014 and saw a record number of filings for court-supervised reorganization in 2016 (similar to Chapter 11 in the United States 8), when 1,863 companies sought protection. Also, in 2016 one of Brazil’s largest telecommunication companies, Oi, filed for reorganization involving the largest indebtedness ever, to the tune of R\$65.4 billion (approximately GBP 14.5 billion). Thus, without mentioning hundreds or thousands of other companies that have been severely affected by the crisis, it is possible to see that lack of funds is a reality for many companies, even if this impecuniosity does not cause bankruptcy.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 71). Tradução livre: “o Brasil está emergindo de uma profunda recessão que teve início no último trimestre de 2014, e foi observado um número recorde de pedidos de recuperação judicial em 2016 (similar ao Capítulo 11 nos Estados Unidos), quando 1863 empresas solicitaram proteção. Ademais, em 2016, uma das maiores empresas de telecomunicação do Brasil, a Oi requereu recuperação judicial envolvendo o maior endividamento da história, na cifra de R\$ 65,4 bilhões (aproximadamente 14,5 bilhões de libras). Logo, sem mencionar centenas ou milhares de outras empresas que foram severamente afetadas pela crise, é possível observar que a falta de fundos é uma realidade para diversas empresas, mesmo que essa impecuniosidade não cause falência.”

Essa situação é caracterizada por um termo genérico, qual seja, “impecuniosidade”.²⁶⁸ De acordo com Detlev Kühner, “applied to arbitration, the state of impecuniosity refers to the impossibility of a party to meet the costs of arbitral proceedings”.²⁶⁹

A impecuniosidade se distingue da insolvência, pois, segundo Emmanuel Gaillard, “while the bankruptcy of a party can be easily assessed on an objective and legal level, ‘impecuniosity’ appears to act on a more subjective and factual level”.²⁷⁰ No mesmo sentido, Klaus Sachs ensina que

Contrary to impecuniosity, which is a rather vague term, insolvency can be assessed on an objective and legal level, i.e. with clear and established rules. It can be defined as organised proceedings to realise and liquidate the assets of a debtor among his creditors, following the declaration of insolvency by a court or state agency. Its official character and procedure clearly distinguishes insolvency from impecuniosity. My examples show that a party may lack the funds necessary to pay for the costs of arbitration proceedings without being insolvent.²⁷¹

²⁶⁸ Emmanuel Gaillard ensina que “‘impecuniosity’ is obviously a rather vague term. While Black’s Law Dictionary does not refer to it at all, the American Heritage Dictionary only gives very little guidance by defining ‘impecunious’ as ‘lacking money; penniless’.” (GAILLARD, Emmanuel. *Impecuniosity of parties and its effects on arbitration: a French view*. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 69). Tradução livre: “‘Impecuniosidade’ é, obviamente, um termo um tanto vago. Enquanto que o Dicionário Jurídico Black não o contém, o American Heritage Dictionary não providencia muita orientação, definindo ‘impecunioso’ simplesmente como ‘que não têm dinheiro; pobre’.” No mesmo sentido, Juan Pablo Moyano declara que “‘impecuniosity’ is a concept that has no legal definition. It is a vague idea subject to different interpretations that depend on the facts of each case. Differently, other concepts such as insolvency are well defined within each national legal framework. For purposes of an arbitral process, however, it is helpful to understand that impecuniosity generally describes a situation characterized by lack or impossibility to obtain money of funds.” (MOYANO, Juan Pablo. *Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement*. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 632-633). Tradução livre: “A impecuniosidade é um conceito que não possui definição legal. É uma ideia vaga sujeita a diferentes interpretações que dependem dos fatos de cada caso. Diferentemente, outros conceitos como insolvência estão bem definidos dentro de cada estrutura legal nacional. Para fins de um processo arbitral, entretanto, convém entender que impecuniosidade, em linhas gerais, descreve uma situação caracterizada pela falta de dinheiro ou impossibilidade de obter fundos.”

²⁶⁹ Tradução livre: “Quando aplicado à arbitragem, o estado de impecuniosidade se refere à impossibilidade de uma parte de arcar com os custos do processo arbitral.” (KÜHNER, Detlev. *The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the example of France and Germany*. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014, p. 807).

²⁷⁰ Tradução livre: “Embora a falência de uma parte possa ser facilmente avaliada em um nível objetivo e legal, a ‘impecuniosidade’ parece agir num nível mais subjetivo e factual.” (GAILLARD, Emmanuel. *Impecuniosity of parties and its effects on arbitration: a French view*. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 69).

²⁷¹ Tradução livre: “ao contrário da impecuniosidade, que é um termo um tanto vago, a insolvência pode ser avaliada num nível objetivo e legal, ou seja, com regras claras e estabelecidas. Pode ser definida como um procedimento organizado para efetuar e liquidar os ativos de um devedor entre seus credores, após a declaração de insolvência por uma corte ou agência do estado. Sua natureza oficial e seu procedimento claramente distinguem insolvência de impecuniosidade. Meus exemplos mostram que uma parte pode não deter os fundos necessários para arcar com os custos de um processo de arbitragem sem, entretanto, ser insolvente.” (SACHS,

Como se vê, de acordo com a doutrina estrangeira, a impecuniosidade consiste em situação subjetiva, distinta da insolvência, na qual uma parte não possui recursos financeiros para arcar com os custos necessários para instauração ou prosseguimento da arbitragem.²⁷²

4.2 O problema da impecuniosidade: acesso à justiça vs *pacta sunt servanda*

Conforme visto no capítulo anterior, um procedimento arbitral possui custos para instauração, que normalmente são exigidos previamente das partes²⁷³, e para seu prosseguimento. Dessa forma, não é de se estranhar que a impecuniosidade de uma parte possua consequências, tanto para procedimentos institucionais como *ad hoc*.

Em arbitragens institucionais, caso uma parte não possua condições para arcar com os custos necessários para a instauração ou prosseguimento da arbitragem, a outra poderá realizar o pagamento sob pena de o procedimento ser suspenso ou, até mesmo, encerrado²⁷⁴, conforme

Klaus. International Arbitration and State of Sovereignty. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007. P.100).

²⁷² Rodrigo Araujo Gabardo indica que “[...], o termo impecuniosidade é utilizado pela Doutrina Estrangeira para definir a situação em que uma pessoa física ou jurídica apresenta dificuldade financeira e não possui recursos financeiros suficientes para arcar com as custas e despesas de um procedimento judicial ou arbitral.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 25).

²⁷³ Flávia Neves Bittar aponta que “a arbitragem, para ser iniciada, pressupõe o desembolso de despesas essenciais ao seu processamento, que podem alcançar somas consideráveis, a depender do valor em disputa e da instituição arbitral escolhida para administrar a arbitragem.” (BITTAR, Flávia Neves. Financiamento de arbitragem por terceiros – uma alternativa apenas em tempos de crise? In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 160). No mesmo sentido, Patricia Živković aponta que “arbitration rules and usual practice adopted in ad hoc settings is that the parties are requested to deposit the advance on costs at the beginning of arbitration proceedings. Under most arbitration rules, it is explicitly provided that the advance is paid by both parties (claimant and respondent) in equal shares. The same approach is adopted in ad hoc settings as well.” (ŽIVKOVIĆ, Patricia. Imppecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2708657>> Acesso em: 12 out. 2018). Tradução livre: “as regras de arbitragem e práticas comuns adotadas em cenários ad hoc ditam que seja solicitado que as partes depositem o adiantamento dos custos no início do procedimento arbitral. Na maior parte das regras de arbitragem é explicitado que o adiantamento é pago por ambas as partes (requerente e requerido) em parcelas iguais. A mesma abordagem é adotada em cenários ad hoc também.”

²⁷⁴ Mauricio Pestilla Fabbri também aponta que “an arbitral institution does not administer the proceedings, nor does the arbitral tribunal conduct the arbitration, without previous deposit by the parties of the stipulated costs

se extrai dos regulamentos: (i) do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá²⁷⁵; (ii) da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil²⁷⁶; (iii) do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem²⁷⁷; e da (iv) Câmara de Arbitragem do Mercado da BOVESPA²⁷⁸. Em arbitragem *ad hoc*, o inadimplemento permitirá que o árbitro decida se suspenderá ou terminará com o procedimento²⁷⁹.

and fees.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 68). Tradução livre: “uma instituição arbitral não administrará o processo, nem o tribunal arbitral conduzirá a arbitragem sem que seja feito depósito prévio das partes dos custos e taxas estipuladas”.

²⁷⁵ Cláusula 12.10 do Regulamento de Arbitragem da CCBC:

“12.10. Na hipótese do não pagamento das Taxas de Administração, honorários de árbitro e peritos ou quaisquer despesas da arbitragem, será facultado a uma das partes efetuar o pagamento por conta da outra, em prazo a ser fixado pela Secretaria do CAM-CCBC.

12.10.1. Caso o pagamento seja efetuado pela outra parte, a Secretaria do CAM-CCBC dará ciência às partes e ao Tribunal Arbitral, hipótese em que este considerará retirados os pleitos da parte inadimplente, se existentes.

12.10.2. Caso nenhuma das partes se disponha a efetuar o pagamento, o procedimento será suspenso”

²⁷⁶ Cláusula 11.6 do Regulamento de Arbitragem da CAMARB: “caso não haja o adiantamento integral da taxa de administração, dos honorários dos árbitros, bem como do adiantamento de despesas, no prazo estipulado, a arbitragem será suspensa, podendo ser retomada após a efetivação do referido pagamento. Caso a suspensão dure mais de 90 (noventa) dias, a arbitragem será encerrada”.

²⁷⁷ Cláusulas 2.4, 3.3, 3.5 e 4.3 do Regimento de Custas do CBMA:

2.4. O demandado deverá efetuar o depósito referentes aos 50% (cinquenta por cento) restantes da Taxa de Administração em prazo a ser fixado pelo Centro, antes da assinatura do Termo de Arbitragem, sob pena de suspensão da arbitragem. Caso o demandante opte por efetuar o depósito da parcela que compete ao demandado, o procedimento poderá retomar o seu andamento. [...]

3.3. As partes deverão depositar 50% (cinquenta por cento) da quantia inicialmente estimada pelo Centro, de acordo com os dados bancários fornecidos pelo Centro, em prazo a ser fixado pelo Centro, antes da assinatura do Termo de Arbitragem, sob pena de suspensão da arbitragem. Caso uma parte opte por efetuar o depósito da parcela que compete à outra parte, o procedimento poderá retomar o seu andamento, ressalvado que permanecerá suspenso o processamento das eventuais demandas da parte que não realizar o depósito devido, até a efetivação do mesmo. [...]

3.5. Caberá às partes efetuar o pagamento da parcela restante dos honorários, bem como de eventuais despesas, antes do recebimento da sentença arbitral, sob pena de suspensão do procedimento. [...]

4.3. Se uma das partes deixar de recolher a quantia que lhe couber, de acordo com o disposto neste Regimento, poderá a outra parte fazê-lo para impedir a suspensão do procedimento arbitral.

²⁷⁸ Cláusula 8.1.4 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado: “Se qualquer das partes deixar de pagar as custas, a Secretaria da Câmara de Arbitragem poderá paralisar o procedimento arbitral, podendo qualquer das partes efetuar o depósito necessário em nome da outra, a fim de garantir o prosseguimento do feito”.

²⁷⁹ De acordo com Patricia Živković, “the arbitrators’ decision is also decisive in an *ad hoc* setting because it is on the tribunal to administer the payment of the costs. According to the Article 43(4) of the UNCITRAL Rules, the tribunal may ask the parties for the payment and substitute payment, if the required advance is not paid in full. In case such payment is not made even after the notice of the failure to pay is given to the parties, the tribunal ‘may order the suspension or termination of the arbitral proceedings’. (ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2708657>> Acesso em: 12 out. 2018). Tradução livre: “O juízo dos árbitros também é decisivo num cenário *ad hoc*, pois a responsabilidade de administrar o pagamento dos custos é do tribunal arbitral. De acordo com o Artigo 43(4) das Regras UNCITRAL, o tribunal arbitral pode requisitar às partes o pagamento e pagamento substituto, caso o adiantamento requerido não seja pago integralmente. Caso tal

Importante mencionar que os efeitos da impecuniosidade não se restringem ao requerente. No caso, de acordo com Patricia Živković, “respondent (counterclaimant) is not prevented from defending itself against the claims submitted by claimant, but it is prevented from raising new claims”²⁸⁰.

Ademais, não há qualquer dever do Estado em oferecer assistência para que uma parte acesse à arbitragem²⁸¹⁻²⁸². Em outras palavras, conforme declara Napoleão Casado Filho, “diferentemente do sistema judicial, não há como recorrer ao Estado para solucionar o fato de que a parte não tem recursos para custear a oitiva do seu caso”²⁸³. Logo, não há a menor chance de utilização da Lei Federal nº 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária dada pelo Estado Brasileiro aos necessitados.

Assim, caso uma parte não possua recursos financeiros para arcar com os custos de uma arbitragem, o procedimento ficará suspenso por um tempo indeterminado ou será extinto, de forma que seu pedido ou sua reconvenção não será analisada pelo Tribunal Arbitral.

Surge, assim, a possibilidade de uma lesão ou ameaça de lesão não vir a ser apreciada pelo Tribunal Arbitral. Por outro lado, por força do efeito negativo da convenção de arbitragem, a parte impecuniosa não poderia se dirigir ao Poder Judiciário para solucionar o conflito.

pagamento não seja feito mesmo após o aviso da omissão de pagamento ter sido entregue às partes, o tribunal arbitral ‘pode ordenar a suspensão ou terminação do processo arbitral’.

²⁸⁰ Tradução livre: “o requerido não está impedido de se defender contra os pleitos enviados pelo requerente, mas está impedido de promover novos pleitos.” (Ibidem, p. 48).

²⁸¹ Klaus Sachs declara que “in many legal systems, legal aid enables a party to litigate a dispute before the state courts at virtually no cost if the party shows that it is otherwise unable to either enforce its rights or to defend itself against a claim before the state courts”. (SACHS, Klaus. *International Arbitration and State of Sovereignty*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007. P.100). Tradução livre: “Em muitos sistemas legais, a assistência judiciária permite que uma parte litigue uma disputa perante os tribunais do estado virtualmente sem qualquer custo se a parte demonstrar que se encontra incapaz de, ou executar seus direitos, ou se defender contra um pleito perante os tribunais do estado.”

²⁸² Mauricio Pestilla Fabbri “assume that States are obliged to guarantee access to the courts of impecunious parties (through some kind of legal aid, for example), or at least that the costs to litigate in the state courts are significantly lower than the costs of arbitration. On the other hand, States are not obliged to assure access to private justice (arbitration).” (FABBRI, Mauricio Pestilla. *Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 68). Tradução livre: “presume que Estados são obrigados a garantir acesso ao tribunal às partes impecuniosas (por meio de alguma forma de assistência judiciária), ou, ao menos, que os custos de litígio nos tribunais do estado sejam significativamente mais baixos que os custos de arbitragem. Por outro lado, Estados não são obrigados a garantir acesso à justiça privada (arbitragem).”

²⁸³ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 81.

Nessa situação, constata-se um conflito entre dois princípios relevantes para o direito brasileiro, quais sejam: o acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também denominado *pacta sunt servanda*²⁸⁴.

Com efeito, conforme visto no capítulo 2 do presente trabalho, os efeitos da celebração da convenção de arbitragem impõem que as partes utilizem esse mecanismo de resolução de conflito, sendo, em princípio, vedado ao Poder Judiciário que analise a questão.

Nessa situação, caso não tenha recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com o procedimento arbitral, a parte não poderia utilizar o Poder Judiciário em decorrência dos efeitos da convenção de arbitragem.

Entretanto, conforme exposto no capítulo 1, o princípio do acesso à justiça, ainda que em sua acepção moderna à luz do sistema multiportas de resolução de conflitos, impede que um direito lesado ou ameaçado fique sem qualquer tutela.

O choque entre princípios, portanto, é inevitável quando houver a impecuniosidade de uma das partes.²⁸⁵ Para piorar, trata-se de uma situação extremamente complicada, afinal, conforme aponta Anne-Carole Cremades, pode-se defender a prevalência do princípio da obrigatoriedade dos contratos com base no tradicional pensamento de que “una parte no puede invocar la falta de dinero o el ‘hardship’ para liberarse de sus obligaciones contractuales”²⁸⁶ da

²⁸⁴ Anderson Schreiber ensina que, “sintetizado no brocardo latina *pacta sunt servanda*, o princípio da obrigatoriedade do contrato exprime a força vinculante do instituto, refletida na expressão de que o contrato tem ‘força de lei’, originada no Code Napoléon.” (SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 403).

²⁸⁵ Interessante notar que esse conflito entre princípios não fica restrito ao ordenamento jurídico brasileiro. Anne-Carole Cremades, ao analisar o problema da impecuniosidade, constata “una oposición insoluble entre dos principios jurídicos fundamentales: por un lado, la fuerza obligatoria del contrato que es el convenio arbitral, el principio *pacta sunt servanda*, y por otro lado, el principio de garantía de acceso a la justicia que tiene toda persona física o jurídica, derecho protegido especialmente por el art. 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.” (CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 151). O mesmo problema também foi percebido por Klaus Sachs, segundo o qual “the second legal aspect behind the basic question just mentioned centres around the problem of whether contractual obligations prevail irrespective of the parties' ability to financially fulfil them, or whether effective jurisdictional protection and the realisation of rights come out on top. Here, we are faced with a conflict between two basic principles of law, i.e. the binding effect of contractual obligations, the *pacta sunt servanda* principle on the one hand, and the principle of access to justice on the other hand.” (SACHS, Klaus. International Arbitration and State of Sovereignty. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007, p.100). Tradução livre: “O segundo aspecto legal por trás da questão básica supracitada está centrado no problema quanto a se obrigações contratuais prevalecem a despeito da capacidade das partes de cumpri-las financeiramente, ou se proteção jurisdicional efetiva e a efetuação de direitos prevalecem. Aqui, nos vemos defrontados com um conflito entre dois princípios básicos da lei, ou seja, o efeito vinculativo de obrigações contratuais, o princípio *pacta sunt servanda* em um lado, e o princípio de acesso à justiça do outro”.

mesma forma que há motivos para sustentar a prevalência do princípio do acesso à justiça, que consiste em direito fundamental garantido pela Constituição Brasileira.

Para nossa sorte, os problemas decorrentes da impecuniosidade foram analisados por tribunais estatais de quatro relevantes países para a arbitragem no mundo, quais sejam: França, Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra. Verifica-se, nesse contexto, a importância do estudo do posicionamento desses países, que podem ajudar na solução desse problema no Brasil, o que será feito na seção seguinte.

4.3 Um panorama da impecuniosidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

4.3.1 A impecuniosidade na França

A Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris, foi responsável pela valorização da arbitragem internacional no século XX, em especial por ter criado (i) regulamentos sobre comércio internacional e (ii) uma Corte de Arbitragem.²⁸⁷ Por ter sido o local de “ressurgimento” da arbitragem, esse mecanismo é bastante utilizado na França e os tribunais desse país buscam soluções que a favoreçam.²⁸⁸

Curiosamente, até o início do século XXI, não houve muita discussão sobre a impecuniosidade, de forma que Emmanuel Gaillard, ao analisar a questão, concluiu, com base no posicionamento dos tribunais franceses, que “[...] an alleged invalidity of an arbitration agreement would almost undoubtedly not be examined by the national courts in first place”²⁸⁹.

²⁸⁶ La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 151-152.

²⁸⁷ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 34-41.

²⁸⁸ De acordo com Detlev Kühner, “french law and jurisprudence are known for their liberal approach to international arbitration and French courts are generally inclined to give the biggest possible effect to arbitration agreements.”. (KÜHNER, Detlev. The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the exempla of France and Germany. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014, p. 807). Tradução livre: “A lei e jurisprudência francesas são conhecidas por sua abordagem liberal à arbitragem internacional e as cortes francesas estão, em linhas gerais, inclinadas a prover a maior autoridade possível a convenções de arbitragem.”

²⁸⁹ Tradução livre: “Uma alegada invalidez de um acordo de arbitragem não seria, quase indubitavelmente, examinada pelos tribunais nacionais.” (GAILLARD, Emmanuel. Impecuniosity of parties and its effects on

Pelo que se tem notícia, a única manifestação de tribunal francês no século passado ocorreu por ocasião do julgamento da ação “Société TRH Graphics v. Société Offset Aubin”, no qual, em decorrência do comportamento protelatório do réu, a Corte de Cassação Francesa permitiu o prosseguimento de ação judicial a despeito da convenção de arbitragem.²⁹⁰

Assim, o posicionamento dos tribunais franceses sobre impecuniosidade somente pôde ser melhor visualizado no século XXI, quando foram propostas mais demandas sobre o assunto. Uma das primeiras ações nesse século, de acordo com Napoleão Casado Filho, consistia em ação que questionava

Uma arbitragem sob o regulamento da Federação de Franquias, que continha um mecanismo de dois níveis, pelo qual os árbitros entregavam um projeto de sentença que não se tornava definitivo se as partes apresentassem um pedido de exame de segundo nível. Uma das partes, a autora, não possuindo recursos para solicitar o exame de segundo nível, teve seu ‘recurso’ não conhecido e o Projeto de Sentença se tornou a sentença final.²⁹¹

Embora não tenha analisado propriamente os efeitos da impecuniosidade, a Corte de Apelação de Paris julgou a demanda improcedente sob o fundamento de que (i) a ação anulatória não questionava o mérito da decisão do Tribunal Arbitral e que (ii) o regulamento de arbitragem da Federação Francesa de Franquias permitia que o Tribunal Arbitral não conhecesse o recurso por falta de pagamento.²⁹²

arbitration: a French view. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 74).

²⁹⁰ Juan Pablo Moyano explica que, “in Société TRH Graphics, the court was faced with a dispute in which the respondent had failed to pay its share of the arbitration costs and the claimant refused to substitute payment. During the ensuing litigation, the respondent requested the court to refer the parties back to arbitration. However, the court refused and emphasized that the respondent had not provided an explanation for its refusal to pay the costs. In the court’s view the respondent had unduly paralysed the proceedings.” (MOYANO, Juan Pablo. *Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement*. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 636). Tradução livre: “Em Société TRH Graphics, a corte foi defrontada com uma disputa em que o requerido não havia pago sua parcela dos custos da arbitragem e o requerente se recusou a oferecer um pagamento substituto. No litígio subsequente, o requerido solicitou à corte que referisse as partes de volta à arbitragem. Entretanto, a corte se recusou e enfatizou que o requerido não havia providenciado uma explicação para sua recusa de pagar os custos. Na visão da corte, o requerido havia indevidamente paralisado o processo.”

²⁹¹ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 86.

²⁹² Segundo Anne-Carole Cremades, “la Corte de apelación de París no se pronunció sobre la cuestión delicada de las consecuencias de la falta de recursos económicos de una parte. Rechazó el recurso en anulación declarando simplemente que las críticas formuladas por el liquidador contra la institución de arbitraje atañen a sus relaciones mutuas y no afectan la calificación de la decisión del Tribunal arbitral, y que la institución había podido, en aplicación del reglamento de arbitraje, considerar como retirada la demanda de examen en segunda instancia por falta de pago de la provisión. (CREMADES, Anne-Carole. *La falta de recursos económicos para*

A segunda decisão sobre o assunto foi prolatada em 2011, por ocasião do julgamento do caso Mil-Tek, oportunidade na qual o Tribunal Comercial de Paris declarou que uma convenção de arbitragem era inoperante diante da impossibilidade da parte de arcar com as custas necessárias para instauração do procedimento arbitral.²⁹³ Segundo Rodrigo Araujo Gabardo:

O juiz, de maneira inédita na França, declarou a convenção de arbitragem nula, pois constituiria uma restrição de acesso à jurisdição. O fundamento utilizado pelo juiz foi a comprovada incapacidade da parte francesa em arcar com os custos da arbitragem e a desproporcionalidade existente entre o montante das custas que deveriam ser adiantadas pela parte, entre 20 mil e 80 mil euros, sendo que a empresa comprovou que nos últimos três anos tinha um faturamento anual de 13 mil euros.²⁹⁴

Dois anos depois, as cortes francesas proferiram mais duas decisões paradigmáticas. A primeira foi proferida no julgamento de ação proposta por Lola Fleurs contra Societé Monceau Fleurs. No caso, a Lola Fleurs, franqueada que estava em liquidação judicial, pretendia que a Corte de Apelação de Paris declarasse a inaplicabilidade da convenção de arbitragem devido à impossibilidade de arcar com os custos da arbitragem, o que, em sua visão, consistiria em óbice ao princípio do acesso à justiça previsto no art. 6-1 da Convenção de Europeia de Direitos dos Homens.²⁹⁵

A Corte de Apelação de Paris, contudo, rejeitou a pretensão da Lola Fleurs, declarando válida e eficaz a convenção de arbitragem com base (i) no princípio da competência-

participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review* – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 154).

²⁹³ Napoleão Casado Filho aponta que “a franquia fracassou e teve um Faturamento de apenas 13.000 euros nos quatro anos em que esteve em atividade. Tal fato tornou impossível que esta arcasse com as custas que seriam entre 20.000 e 80.000 euros para iniciar o procedimento. O Tribunal Comercial de Paris, então, entendeu que a arbitragem seria inoperante no caso concreto, remetendo as partes ao Judiciário.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça* – o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 85).

²⁹⁴ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 86.

²⁹⁵ LA LETTRE DE LA CHAMBRE ARBITRALE INTERNATIONALE DE PARIS. Dossiê Lola Fleurs c/ Societé Monceau Fleurs et autres (CA Paris 26 février 2013). Disponível em: <http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2013-11-long.html> Acesso em: 18 jan. 2019.

competência²⁹⁶ e (ii) no entendimento de que cabe ao Tribunal Arbitral garantir o acesso à justiça das partes que optaram solucionar seus litígios por arbitragem.²⁹⁷

Sobre o primeiro ponto, Rodrio Araujo Gabardo entende que o referido tribunal francês concluiu que

A alegada impecuniosidade da parte e a potencial situação de denegação de justiça não caracterizam hipótese de inaplicabilidade manifesta da convenção arbitral ou colocam sob suspeita o efeito negativo do princípio da competência-competência, autorizando o juiz a examinar com profundidade a questão.²⁹⁸

²⁹⁶ Para Juan Pablo Moyano, “the court of appeals rejected this argument and confirmed that an arbitration is valid despite lack of financial resources. The court partly relied on the strong presumption under French law that tribunals have the initial authority to rule over the validity of the arbitration agreement, with courts being limited to intervene only where the agreement is manifestly inapplicable.” (MOYANO, Juan Pablo. *Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement*. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 636). Tradução livre: “O Tribunal de Recurso recusou esse argumento e confirmou que uma arbitragem segue sendo válida apesar da falta de recursos financeiros. A corte se apoiou parcialmente na forte presunção perante a lei francesa de que tribunais de arbitragem detêm a autoridade inicial para julgar a validade da convenção de arbitragem, estando as cortes limitadas a intervir somente quando a convenção for manifestamente inaplicável.”

²⁹⁷ De acordo com Detlev Kühner, “in the Lola Fleurs case, the Paris Court of Appeal reaffirmed the negative effect of the principle of competence-competence in a situation in which one party was impecunious. According to the Paris Court, the arbitrator is the sole judge over its jurisdiction and the court intervention is confined to the hypothesis of a manifestly void or manifestly inapplicable arbitration agreement. In the case at hand, the Paris Court held that a manifest inapplicability of the arbitration agreement can neither be inferred from the alleged financial incapacity of one of the parties, nor from a potential denial of justice that could result from it. As a consequence, the Paris Court considered that it belongs to the arbitral tribunal to guarantee access to justice. By referring to Articles 1448 and 1465 of the CPC, the Paris Court gave full effect to the principle of competence-competence. Notwithstanding an express reference to the principle of access to justice enshrined in Article 6.1 of the European Convention on Human Rights (ECHR) the Paris Court, in its decision, considered that the possibility of a denial of justice resulting from impecuniosity does not render the arbitration agreement per se manifestly unenforceable. The Paris Court interprets the principle of competence-competence as conferring on the arbitral tribunal the duty to allow impecunious parties access to justice. (KÜHNER, Detlev. *The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the exempla of France and Germany*. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014, p. 809-810). Tradução livre: “No caso Lola Fleurs, o Tribunal de Recurso de Paris reafirmou o efeito negativo do princípio da competência-competência numa situação em que uma parte fosse impecuniosa. Segundo a Corte de Paris, o árbitro é o único juiz de sua jurisdição e a intervenção da corte está restrita à hipótese de uma convenção de arbitragem se encontrar manifestamente nula ou manifestamente inaplicável. No caso Lola Fleurs, a Corte de Paris argumentou que uma inaplicabilidade manifesta da convenção de arbitragem não pode nem ser inferida pela incapacidade financeira alegada de uma das partes, nem de uma potencial denegação de justiça que poderia resultar dela. Consequentemente, a Corte de Paris considerou que compete ao tribunal arbitral garantir o acesso à justiça. Ao referir-se aos Artigos 1448 e 1465 do CPC, a Corte de Paris conferiu pleno efeito ao princípio da competência-competência. Não obstante, uma referência expressa ao princípio de acesso à justiça consagrado no Artigo 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), a Corte de Paris, em sua decisão, considerou que a possibilidade de uma denegação de justiça resultar de impecuniosidade não torna a convenção de arbitragem em questão manifestamente inexecutável. A Corte de Paris interpreta que o princípio da competência-competência confere ao tribunal arbitral o dever de permitir acesso à justiça a partes impecuniosas.”

²⁹⁸ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 73.

Sobre o segundo, Napoleão Casado Filho ensina que a Corte de Apelação de Paris adotou o entendimento de que “o princípio do acesso a ordem jurídica justa deve ser entendido como um direito de acesso ao árbitro e não necessariamente ao juízo estatal, podendo o Judiciário apenas ulteriormente analisar uma eventual falha desse”.²⁹⁹

Em outros termos, por meio da decisão no caso “Lola Fleurs”, a corte recursal parisiense entendeu que a impecuniosidade não impacta na convenção de arbitral e que, ainda assim, essa questão deve ser analisada, inicialmente, pelos árbitros, cabendo ao Poder Judiciário somente analisar, *a posteriori*, eventual falha do Tribunal Arbitral em garantir o acesso à justiça das partes.

A outra importante decisão de 2013 foi proferida em demanda judicial envolvendo a “La société Pirelli & C” e “La société Licensing Projects et autre”. Nesse caso, a Pirelli instaurou procedimento arbitral perante a Câmara de Comércio Internacional visando à declaração de extinção de contrato de licenciamento de marca celebrado entre as partes e indenização da Licensing Projects.³⁰⁰

A Licensing Projects, que estava em liquidação judicial no momento da instauração do procedimento, formulou pedidos reconventionais, que, por sua vez, não foram conhecidos pela Câmara de Comércio Internacional pela ausência de pagamento das custas arbitrais.³⁰¹

Por esse motivo, a Licesing Projects ajuizou demanda visando à anulação da sentença proferida pelo tribunal arbitral sob o fundamento de que o princípio do acesso à justiça havia sido violado, pedido esse que foi aceito pela Corte de Apelação de Paris.³⁰²

²⁹⁹ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 87.

³⁰⁰ COUR DE CASSATION. Arrêt n° 392 du 28 mars 2013 (11-27.770) - Cour de cassation - Première chambre civile, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/392_28_25869.html> Acesso: 18 jan. 2019.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Segundo Patricia Živković, “the Court of Appeal found the violations existed. Regarding the principle of equality, it decided that the parties were not on equal footing before the tribunal, since respondent’s defence was restricted only to reply to the claims. Since it was deprived from submitting its counterclaims, which were sufficiently connected with the claims, it was deprived of possibility to offset claimant’s successful claims.” (ŽIVKOVIĆ, Patricia. *Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights*. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2708657> p. 49). Tradução livre: “O Tribunal de Recurso julgou que havia violações. No tocante ao princípio da igualdade, o Tribunal de Recurso decidiu que as partes não estavam em pé de igualdade perante ao tribunal arbitral, visto que a defesa do requerido estava restrita apenas a responder às reivindicações. Como a parte requerida foi privada de enviar suas reconvenções, que estavam suficientemente ligadas às reivindicações, ela foi privada da possibilidade de contrabalancear as reivindicações

Essa questão, por óbvio, chegou à Corte de Cassação Francesa, a qual declarou que a conduta da Câmara de Comércio Internacional consistiria em violação ao acesso à justiça se o pedido reconvenicional possuísse forte ligação ao pedido principal.³⁰³

No fim, a Corte de Cassação Francesa reformou a decisão da Corte de Apelação de Paris por entender que a Corte de Versalhes era o órgão competente para verificar a ligação entre os pedidos reconvencionais e os principais.³⁰⁴

Ao analisar a referida decisão, Rodrigo Araujo Gabardo ensina que

A corte Suprema Francesa decidiu, de maneira inédita, que a recusa do tribunal arbitral em examinar a demanda reconvenicional atenta ao direito de acesso à justiça e igualdade das partes quando esta for indissociável da demanda principal. Ao considerar que o direito de acesso aos árbitros corresponde a um princípio análogo ao direito de acesso à justiça reconhecido no art. 6º, § 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Cour de Cassation entendeu que a exigibilidade de pagamento das custas como condição da apreciação do pedido reconvenicional, conforme previsto no regulamento de arbitragem indicado na convenção arbitral, configuraria uma afronta a ordem pública processual, quando impede o acesso ao árbitro. Dessa maneira, quando verificada uma relação indissociável entre a demanda principal e a reconvenção, impor-se-ia aos árbitros o dever de agir de forma diversa daquela prevista na convenção de arbitragem, contrariando as regras procedimentais pactuadas pelas partes, como forma de garantir o acesso da parte reconvincente impecuniosa ao árbitro.³⁰⁵

exitosas do requerente”. No mesmo sentido, Napoleão Casado Filho, ao analisar a referida decisão, declara que “entendeu a corte francesa que tal fato seria ofensivo ao princípio do acesso à justiça e da igualdade, ofendendo assim a ordem pública.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 85).

³⁰³ Detlev Kühner declara que “the Court of Cassation confirmed the principle that the arbitral tribunal’s refusal to review counterclaims can affect the right of access to justice and the principle of equal treatment of the parties. Nevertheless, the Court of Cassation established an important limitation to this principle: issues of denial of justice and equal treatment of the parties can only materialize when counterclaims and claims appear to be inseparable. The Court of Cassation therefore quashed the Paris Court of Appeals decision and entrusted the Versailles Court of Appeal with the mission to find out whether the claims and counterclaims were separable or not. If the Court of Versailles were to find that the claims and counterclaims can or could have been dealt with separately, the challenge of the award would necessarily have to be rejected (The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the exempla of France and Germany. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014, p. 810-811). Tradução livre: “A Corte de Cassação confirmou o princípio de que a recusa do tribunal arbitral em avaliar reconvenções pode afetar o direito de acesso à justiça e o princípio de tratamento igual das partes. Não obstante, a Corte de Cassação estabeleceu uma limitação importante a esse princípio: questões de denegação de justiça e tratamento igual das partes só podem se materializar quando reconvenções e pleitos aparentarem ser inseparáveis. A Corte de Cassação anulou, portanto a decisão do Tribunal de Recurso de Paris e encarregou o Tribunal de Recurso de Versalhes de averiguar se os pleitos e reconvenções eram separáveis ou não. Se a Corte de Versalhes concluísse que os pleitos e reconvenções podem ou poderiam ter sido tratadas separadamente, a disputa da sentença deveria, necessariamente, ser rejeitada”.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 74.

Como se vê, por meio dessa decisão, criou-se uma pequena exceção ao posicionamento estampado no caso *Lola Fleurs*”, afinal, permitiu-se a apreciação de pedido formulado por requerido impecunioso caso este pleito tenha estreita relação com objeto da demanda.

Por fim, precisamos apontar as últimas duas decisões relevantes encontradas sobre a matéria, que foram proferidas em 2016. A primeira decisão foi proferida em demanda ajuizada pela *Aéronautique et Technologies Embarquées* (“ATE”) contra a *Airbus Helicopters* e *Airbus Helicopters Deutschland* (denominadas em conjunto “Airbus”).

Embora tenha apontado uma série de práticas concorrenciais ilegais e que a Airbus teria sido responsável por seu estado de impecuniosidade da ATE³⁰⁶, o Tribunal de Comércio de Paris optou por realizar uma análise *a posteriore* de eventual violação ao acesso à justiça, determinando o cumprimento da convenção de arbitragem sob o fundamento de que o estado de insolvência da ATE não a impactava³⁰⁷.

A segunda decisão foi proferida em processo judicial movido por Garoubé contra a Câmara de Comércio Internacional, que cancelou procedimento arbitral instaurado pela autora contra a República de Camarões por ausência de pagamento das custas da arbitragem.³⁰⁸ Uma

³⁰⁶ Ana Gerdau de Borja Mercerau explica que “ATE and Airbus had entered into three contracts in 2008, 2009 and 2010 providing for ICC arbitration, Airbus Deutschland being signatory to the 2008 and 2010 contracts. After the commencement of insolvency proceedings on February 21, 2012, ATE filed Article L. 442-62 proceedings before French courts against Airbus alleging abusive commercial practices and unjustified contract termination. In the insolvency proceedings the ATE judicial liquidator requested that Airbus and Airbus Deutschland be held jointly liable for ATE’s impecuniousness. The Tribunal de commerce of Paris referred the parties to arbitration, affirming the enforceability of the ICC arbitration agreements under the contracts. This was confirmed by the Cour d’appel (Arbitragem. Convenção de Arbitragem. Inaplicabilidade. Falta de Pagamento. Custas da Arbitragem. Alegada Impossibilidade de Arcar com as Custas da Arbitragem – CCI. França. Cour de Cassation. J. 13.07.2016. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 55, jul-set, p. 146-155, Holanda: Wolter Kluwer. 2017. P. 150). Tradução livre: “A ATE e a Airbus haviam firmado três contratos em 2008, 2009 e 2010, prevendo arbitragem na CCI, sendo a Airbus Deutschland uma signatária dos contratos de 2008 e 2010. Após o início do processo de insolvência em 21 de fevereiro de 2012, a ATE moveu o processo do Artigo L. 442062 perante as cortes francesas contra a Airbus, alegando práticas comerciais abusivas e rompimento de contrato injustificado. No processo de insolvência, o liquidador judiciário solicitou que a Airbus e Airbus Deutschland fossem juntamente responsabilizadas pela impecuniosidade da ATE. O Tribunal de Comércio de Paris referiu as partes à arbitragem, afirmando a obrigatoriedade das convenções de arbitragem da CCI conforme os contratos. Isso foi confirmado pelo Tribunal de Recurso.”

³⁰⁷ MERCERAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem. Convenção de Arbitragem. Inaplicabilidade. Falta de Pagamento. Custas da Arbitragem. Alegada Impossibilidade de Arcar com as Custas da Arbitragem – CCI. França. Cour de Cassation. J. 13.07.2016. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 55, jul-set, p. 146-155, Holanda: Wolter Kluwer. 2017.

³⁰⁸ CHESSA, Valentine; BARYSHEVA, Nataliya. Impecuniosity and denial of justice: walking on eggshells. In: Kluwer Arbitration Blog. 2016. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/15/impecuniosity-and-denial-of-justice-walking-on-eggshells>> Acesso: 25 outubro 2018.

corte parisiense concluiu que a Câmara de Comércio Internacional violou o princípio do acesso à justiça e (i) determinou que fosse reinstaurada a arbitragem para análise dos pedidos da Garoubé; (ii) revogou a determinação da CCI de suspender as atividades do Tribunal Arbitral; e (iii) o intimou para prolatar sentença parcial sobre os pedidos da Garoubé.³⁰⁹

Essa decisão, contudo, foi reformada pela Corte de Apelação devido à incompetência da corte parisiense e pelo fato do adiantamento de custos imposto pela instituição arbitral não ferir o acesso à justiça da parte.³¹⁰ Ao analisar essa decisão, Valentine Chessa e Nataliya Barysheva concluíram que “by quashing the juge d’appui’s order on purely procedural and jurisdictional ground, the Paris Court of Appeal avoided the perilous issue of impecuniosity”³¹¹.

Pela análise dessas decisões, constata-se que, embora não seja unânime sobre as consequências da impecuniosidade³¹², a jurisprudência francesa tende a declarar a validade da convenção de arbitragem³¹³, determinando que as partes busquem o Tribunal Arbitral, o qual, com fundamento no princípio da competência-competência, analisará a validade e eficácia da convenção de arbitragem por meio de decisão que somente será analisada pelo Poder Judiciário caso uma das partes venha a impugná-la.³¹⁴

³⁰⁹ Ibidem.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ Tradução livre: “ao anular a ordem do juiz de apoio com bases puramente processuais e jurisdicionais, o Tribunal de Recurso de Paris evitou a questão delicada impecuniosidade.” (Ibidem).

³¹² Napoleão Casado Filho declara que “não há um posicionamento muito firme na França sobre os efeitos da impecuniosidade na convenção de arbitragem.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 87).

³¹³ Juan Pablo Moyano entende que “the position that impecuniosity does not affect the validity of the agreement can ben seen in the decisions of French courts.” (Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 636). Tradução livre: “A posição de que impecuniosidade não afeta a validez da convenção pode ser observada nas decisões das cortes francesas”.

³¹⁴ Para Emmanuel Gaillard, “accordingly, the court is to carry out only prima facie review of the existence and validity of the arbitration agreement. Based on the competence-competence principle, is it, at this stage, exclusively up to the arbitral tribunal carry out an in-depth analysis of the existence and validity of the arbitration agreement and, if necessary, to render a separate award on jurisdiction in this respect. Only if one party subsequently brings an action to set aside such award or to have it enforced in France would French courts have to examine the validity of the arbitration agreement in depth.” (Impecuniosity of parties and its effects on arbitration: a French view. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 74). Tradução livre: “De acordo com tal, o tribunal deve realizar apenas um juízo preliminar da existência e validez do acordo de arbitragem. Com base no princípio da competência-competência, cabe, nesse estágio, exclusivamente ao tribunal arbitral decidir pela realização de uma análise a fundo da existência e validez do acordo arbitral e, se necessário, prolatar uma sentença específica sobre a jurisdição acerca dessa questão. Somente se uma parte subsequentemente

4.3.2 A impecuniosidade na Inglaterra

De acordo com Klaus Sachs, “english legal doctrine does not consider the complete loss of a party's ability to have access to justice to be an infringement of a fundamental human right”³¹⁵. Os tribunais ingleses, conforme se verá a seguir, também possuem posicionamento semelhante.

Em 1979, por ocasião do julgamento do caso “The Rena K”, uma corte inglesa concluiu que, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, a exequibilidade da convenção de arbitragem é aferível até a prolação da sentença arbitral, de forma que seria irrelevante a análise prévia das condições financeiras de uma parte para arcar com eventual condenação arbitral.³¹⁶

No ano seguinte, as cortes inglesas voltaram a analisar os efeitos da impecuniosidade na arbitragem. No caso, Janos Paczy tinha celebrado contrato com Haendler & Natermann contendo convenção de arbitragem cujo procedimento seria administrado pela Câmara de

realizar uma moção para anular esta sentença ou garantir que ela seja cumprida na França as cortes francesas terão de examinar a validade da convenção de arbitragem a fundo”.

³¹⁵ Tradução livre: “A doutrina legal inglesa não considera que a perda total de capacidade de uma parte de ter acesso à justiça caracterize uma violação de um direito humano fundamental.” (SACHS, Klaus. *International Arbitration and State of Sovereignty*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007. P.105).

³¹⁶ Robert Hunter explica “the first case to come before the Court was The Rena K. In an application for a stay of court proceedings, the defendants argued that the court should refuse to order a stay on the ground that the arbitration was ‘incapable of being performed’ as the claimant’s financial resources were such that, if an award was made against them, they would not be able to pay the full amount of it. The court (at first instance) rejected this submission, reasoning that it was clear above all from their context in the New York Convention that the words ‘incapable of being performed’ referred only to the question of whether an arbitration agreement was incapable of being performed up to the stage when it resulted in an award and did not extend to the question of whether, once an award was made, the party against whom it was made would be capable of satisfying it.” (HUNTER, Robert. *Impecuniosity of the Parties and its Effect on Arbitration – an English Perspective*. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 110-111). Tradução livre: “O primeiro caso a se apresentar perante a Corte foi o Rena K. Num pedido de sobrestamento do processo, os réus argumentaram que o tribunal devia se recusar a ordenar um sobrestamento com base na alegação de que a arbitragem estava ‘impossibilitada de ser realizada’ pois os recursos financeiros do requerente eram tais que, se uma sentença fosse prolatada contra ele, ele não seria capaz de pagar a quantia total da sentença. O tribunal (em primeira instância) rejeitou essa petição, argumentando que estava claro, pelo seu contexto na Convenção de Nova Iorque, que as palavras ‘impossibilitado de ser realizado’ se referiam apenas à questão relativa a se uma convenção de arbitragem estaria impossibilitada de ser realizada até o estágio que resultasse numa sentença, e não estendia a questão à possibilidade de, se uma sentença fosse prolatada, a parte contra quem ela foi feita ser capaz de cumpri-la”.

Comércio Internacional.³¹⁷ Descumprindo essa convenção, Janos Paczy ajuizou ação judicial. A Haendler, por sua vez, requereu a suspensão do processo, o que, inicialmente, foi aceito pelo juízo de primeira instância.³¹⁸

De acordo com Juan Pablo Moyano, “the claimant refused to initiate arbitration and sought a further declaration from the court that the agreement was incapable of being performed due to its financial situation. The court agreed with the claimant and invalidated the agreement.”³¹⁹

Essa decisão, contudo, foi reformada pela Corte de Apelação, que, segundo Anne-Carole Cremades “consideró que la simple falta de recursos económicos de una parte no permitía considerar que el convenio arbitral fuera imposible de ejecutar, como la falta de dinero de um comprador no hace que el contrato de compraventa sea imposible de ejecutar.”³²⁰

Na visão de Robert Hunter, por meio dessa decisão, o Tribunal Inglês vinculou eventual inexecutabilidade da convenção de arbitragem com a doutrina da frustração do contrato, de forma que “frustration enables a contract to be discharged when something occurs after its formation which renders it physically or commercially impossible to fulfil the contract or radically transform the nature of obligation.”³²¹

Em 2014, o litígio “BDMS Ltd. v. Rafael Advanced Defence Systems” confirmou esse poisiconamento. No caso, após extinção da arbitragem por falta de pagamento da Rafael Advanced Defence System, a BDMS ajuizou ação judicial defendendo a inexecutabilidade da

³¹⁷JANOS PACZY v. HAENDLER & NATERMANN G.M.B.H. Disponível em: www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18523.pdf Acesso em: 18 jan. 2019.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Tradução livre: “O requerente se recusou a iniciar a arbitragem e solicitou uma declaração adicional da corte de que a convenção estava impossibilitada de ser realizada devido a sua situação financeira. A corte concordou com o requerente e invalidou a convenção.” (MOYANO, Juan Pablo. Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 639).

³²⁰ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 155.

³²¹ Tradução livre: “A frustração permite que um contrato seja rescindido se algo ocorrer após sua formação que faça com que seja física ou comercialmente impossível cumprir o contrato ou que radicalmente transforme a natureza da obrigação em questão.” (HUNTER, Robert. Impecuniosity of the Parties and its Effect on Arbitration – an English Perspective. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 112)

convenção de arbitragem.³²² Entretanto, segundo Napoleão Casado Filho, o tribunal inglês declarou que “a falta de dinheiro para enfrentar as despesas da arbitragem ICC não era motivo suficiente para declarar a convenção de arbitragem nula, inoperante ou incapaz de ser realizada”.³²³

Pela análise dessas quatro decisões, conclui-se que, na Inglaterra, a impecuniosidade de uma parte, via de regra, não impacta na convenção de arbitragem.³²⁴

4.3.3 A impecuniosidade na Alemanha

A Alemanha possui um posicionamento firme há mais de cinquenta anos sobre a matéria, qual seja: permitir a utilização do Poder Judiciário sempre que uma parte não possuir recursos financeiros para arcar com os custos do procedimento arbitral ou, até mesmo, com os

³²² FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 69.

³²³ CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 94.

³²⁴ Para Patricia Živković, “(...), unlike the German courts, the UK court focused on the fact that the parties when concluding the arbitration agreement can and should anticipate that it will have to pay the advances in accordance with the cost schedules inherent to the chosen arbitral venue. Consequently, in the UK the costs of arbitral proceedings, no matter how high, are not considered either as a ground for invalidity of the waiver contained in arbitration agreement form or as a ground for invalidity of the arbitration agreement itself.” (ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2708657> p. 47). Tradução livre: “Diferente das cortes alemãs, a corte do Reino Unido centrou no fato de que as partes, quando estiverem concluindo a convenção de arbitragem, podem e devem antecipar que terão de pagar os adiantamentos conforme o cronograma de custos inerente ao local arbitral selecionado. Consequentemente, no Reino Unido, os custos de processos arbitrais, não importa o quão alto sejam, não são considerados nem como base para invalidez da cláusula de renúncia contida na convenção de arbitragem, ou como base de invalidez da convenção de arbitragem em si”. No mesmo sentido, Roberto Hunter “concluded that: - under English law, a party to a valid arbitration agreement has a legitimate right not to be sued before a national court, and that determination of this right is not a question of appropriate forum; - the effective of a right to proceed at all as a result of having made a choice of arbitration is not an infringement of a fundamental human right.” (HUNTER, Robert. Impecuniosity of the Parties and its Effect on Arbitration – an English Perspective. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 126). Tradução livre: “concluiu que: - na lei inglesa, uma parte de uma convenção de arbitragem válida tem um direito legítimo de não ser processada frente a uma corte nacional, e que a determinação desse direito não é uma questão de fórum apropriado; - o efetivo direito de dar seguimento ao processo como resultado de ter sido feita uma escolha pela arbitragem não é uma violação de um direito humano fundamental.”

custos para ser representada adequadamente.³²⁵ Precisamos, contudo, entender os fundamentos desse posicionamento.

Segundo Anne-Carole Cremades, até 2000, “se consideraba que cada parte tenía el derecho extraordinario de terminar unilateralmente el convenio arbitral invocando su falta de recursos o la de la otra parte”.³²⁶ Nessa situação, caberia à parte declarar o término da convenção de arbitragem com base na impecuniosidade.³²⁷

Entretanto, em 2000, houve o julgamento do “encanador pobre”, oportunidade na qual a Corte Suprema alemã alterou o fundamento que embasava sua conclusão. Esse caso, de acordo com Gerhard Wagner,

[...] involved a contract between a builder and a construction company concerning the installation of heating and sanitary systems into a building and including an arbitration clause. During the course of performance, the construction company must have had considerable doubts as to the ability of the builder to pay the price for its work and it thus demanded that it be supplied with securities. As the builder refused, the constructor suggested to waive the arbitration agreement in order to have the issue decided in a court of law. Again, the builder disagreed, and the constructor refrained from filing a claim, most probably for reasons of costs. Shortly thereafter, the builder himself turned to a court of law, suing the constructor for damages and claiming that part of the work be deficient. In addition, he declared the arbitration agreement void since the lacked the funds necessary to cover the costs of arbitral proceedings.³²⁸

³²⁵ De acordo com Klaus Sachs, “the Bundesgerichtshof has often held, albeit only with regard to arbitration agreements entered into in a domestic contract, that a reluctant party may only be compelled to arbitrate if it can afford both the costs of the tribunal and to secure the services of counsel to represent it in arbitral proceedings (SACHS, Klaus. *International Arbitration and State of Sovereignty*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007. P.103). Tradução livre: “O Bundesgerichtshof frequentemente mantém, embora somente com respeito a convenções de arbitragem registradas num contrato doméstico, que uma parte relutante só pode ser compelida a arbitrar se puder arcar com os custos do tribunal e os custos necessários para garantir os serviços de um advogado para representá-lo em um processo arbitral.”

³²⁶ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 154

³²⁷ Segundo Gerhard Wagner, “under the old German arbitration law the court granted a right of termination to each party seeking a release from the arbitration agreement either because of its own impecuniosity or for the sake of the other party being unable to pay its share of the costs of the arbitral proceedings. As a party being unable to pay its share of the costs of the arbitral proceedings. As a result, the arbitration agreement was not put to rest by simple operation of the law but only upon a pertinent declaration of a party.” (WAGNER, Gerhard. *Poor parties and german forums: placing arbitration under the sword of damocles?* In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 24). Tradução livre: “Conforme a antiga lei de arbitragem alemã, a corte concedia um direito à extinção da convenção para cada parte que desejasse ser liberada da convenção de arbitragem, seja por conta da própria impecuniosidade ou por conta da outra parte se encontrar incapaz de pagar sua parcela dos custos do processo arbitral. Desta forma, a convenção de arbitragem não seria abandonada por simples operação da lei, mas somente conforme uma declaração pertinente de uma parte.”

³²⁸ Tradução livre: “Envolveu o contrato entre um construtor e uma empresa de construção relativo à instalação de sistemas sanitários e de aquecimento em um edifício, que incluía uma cláusula de arbitragem. Durante o curso da obra, a empresa de construção deve ter tido dúvidas consideráveis quanto à capacidade do construtor de

A Suprema Corte Alemã entendeu que a falta de recursos financeiros para instaurar um procedimento arbitral torna a convenção inexecutável à luz do art. 1.032, §1º do Código de Processo Civil Alemão e do art. 8, §1º da Lei Modelo.³²⁹

Ao analisar essa decisão, Patricia Živković aponta que “the Court indirectly referred to Article 6 of the ECHR since it concluded that lack of financial means would lead to a party losing judicial relief”³³⁰. Rodrigo Araujo Gabardo, por sua vez, indica que

Com a decisão no Caso do Encandor Alemão, a Corte Federal de Justiça alterou o foco da análise para a convenção de arbitragem per se, ao determinar que a impecuniosidade da parte remeteria a inexecutabilidade ipso iure da convenção de

pagar o preço pelo seu trabalho e então exigiu que lhe fossem fornecidas garantias. Como o construtor se recusou, a construtora sugeriu abandonar a convenção de arbitragem de modo a ter a questão decidida num tribunal de justiça. Novamente, o construtor discordou, e a construtora se absteve de preencher um pleito, provavelmente devido a questões de custo. Pouco depois, o próprio construtor recorreu a um tribunal de justiça, processando a empresa e reivindicando que parte do trabalho prestado foi deficitário. Ademais, ele declarou que a convenção de arbitragem estava anulada pois ele não possuía os fundos necessários para arcar com os custos do processo arbitral.” (WAGNER, Gerhard. Poor parties and german forums: placing arbitration under the sword of damocles? In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties* – a condition for the validity of arbitration agreements? Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 9-10).

³²⁹ Detlev Kühner ensina que “in a decision rendered on 14 September 2000, i.e., shortly after the entry into force of the revised German Arbitration Law in 1998, the Bundesgerichtshof (BGH) considered that in case of party impecuniosity, the arbitration agreement became incapable of being performed and that termination of the arbitration agreement was therefore no longer necessary. This decision was based on the then newly adopted provision of Article 1032 of Zivilprozessordnung (ZPO), which, in relevant parts, provides the following: A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the respondent raises an objection prior to the beginning of the oral hearing on the substance of the dispute, reject the action as inadmissible unless the court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. The term ‘incapable of being performed’ refers to obstacles that may prevent the arbitral proceedings from being effectively set in motion and the lack of funding was found to be one of these obstacles by the Federal Supreme Court. (KÜHNER, Detlev. The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the exempla of France and Germany. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014, p. 815-816). Tradução livre: “Numa decisão prolatada em 14 de setembro de 2000, pouco após a entrada em vigor da Lei de Arbitragem Alemã revisada em 1998, o Bundesgerichtshof (BGH) considerou que, no caso de impecuniosidade de uma parte, a convenção de arbitragem se tornaria impossibilitada de ser realizada e a extinção da convenção de arbitragem não seria mais necessária. Essa decisão teve como base a então recém-adotada provisão do Artigo 1032 do Zivilprozessordnung (ZPO), que, em partes relevantes, prevê o seguinte: Uma corte perante a qual é invocada uma ação numa questão sujeita a uma convenção de arbitragem deve, caso o requerido faça uma objeção anterior ao início da audiência oral quanto à substância da disputa, rejeitar a ação como sendo inadmissível, a não ser que a corte julgue que a convenção de arbitragem se encontre nula e sem efeito, inoperante ou esteja impossibilitada de ser realizada. O termo ‘impossibilitada de ser realizada’ se refere a obstáculos que podem impedir o processo arbitral de ser efetivamente posto em ação e a falta de fundos foi apontada como um destes obstáculos pela Suprema Corte Federal”.

³³⁰ Tradução livre: “A Corte indiretamente fez referência ao Artigo 6 do CEDH após concluir que a falta de meios financeiros levaria a parte a perder apoio jurídico.” (ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2708657> p. 46).

arbitragem. Assim, o afastamento da convenção de arbitragem não carece de uma resilição precedente ao ajuizamento da ação judicial.³³¹

Como se vê, na nova visão da Suprema Corte Alemã, a impecuniosidade implicaria a extinção, de pleno direito, da convenção de arbitragem, permitindo, assim, que as partes recorram, desde logo, ao Poder Judiciário³³².

Entretanto, de acordo com Rodrigo Araujo Gabardo,

A decisão da Corte Federal de Justiça reconheceu que a inexecutabilidade da convenção de arbitragem somente deverá ser declarada quando não houver meios de financiamento da parte impecuniosa e a outra parte litigante discordar em arcar, individualmente, com a totalidade dos custos da arbitragem e dos advogados da parte impecuniosa.³³³

Ou seja, a Suprema Corte Alemã definiu que a mera ausência de recursos financeiros para instauração do procedimento arbitral não é suficiente para caracterização da impecuniosidade, exigindo, para essa finalidade, que a parte impecuniosa tenha buscado cumprir a convenção de arbitragem, seja por meio do auxílio de terceiros ou da parte adversa.

³³¹ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 51.

³³² Para Mauricio Pestilla Fabbri “German courts, (...), admitted in the past that the unilateral termination of the arbitration agreement was possible in case of impecuniosity. The legal bases for this are the good-faith provision and the preservation of the right of access to justice. Also according to the German courts, a distinction must be made in relation to the effects of the arbitration agreement. It represents a waiver of the right to submit disputes to the courts in regular circumstances, but it is not a waiver of the right to seek legal protection. More recently, German courts have reached the same conclusion, but without mentioning the termination of the arbitration agreement. They have started to admit, instead of the termination, that the agreement to arbitrate is incapable of being performed when one party is impecunious.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 79). Tradução livre: “Tribunais alemães, (...), admitiram no passado que a extinção unilateral da convenção de arbitragem era possível no caso de impecuniosidade. As bases legais para tal são a provisão de boa-fé e a preservação do direito de acesso à justiça. Ainda segundo os tribunais alemães, uma distinção deve ser feita com relação aos efeitos da convenção de arbitragem. Ela representa uma renúncia ao direito de enviar disputas aos tribunais em circunstâncias regulares, mas não é uma renúncia ao direito de buscar proteção legal. Mais recentemente, os tribunais alemães chegaram à mesma conclusão, mas sem mencionar a extinção da convenção de arbitragem. Eles passaram a admitir que, ao invés da extinção, a convenção em arbitrar não poderá ser efetuada quando uma das partes for impecuniosa”. No mesmo sentido, Gerhard Wagner declara que “the court did not give any practical reasons for its switch from a right of termination to the new ipso-iure-cessation theory. Instead, it focused on the interpretation of Sec. 1031 para 1 ZPO.” (WAGNER, Gerhard. Poor parties and german forums: placing arbitration under the sword of damocles? In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 24). Tradução livre: “A corte não forneceu motivos práticos para sua mudança de um direito de terminação para a nova teoria de cessação-ipso-iure. Ao invés disso, ela focou na interpretação do Sec. 1031 para 1 ZPO.”

³³³ GABARDO, Rodrigo Araujo, op. cit., nota 333.

Fato é que o posicionamento adotado no caso “encanador pobre” também é verificado em tribunais inferiores, tanto que, conforme aponta Juan Pablo Moyano, “in a case before the Higher Regional Court of Berlin, the court determined that the claimant was entitled to initiate court proceedings without first initiating arbitration because he was unable to fund the arbitration from the outset”.³³⁴⁻³³⁵

Assim, na Alemanha, a impecuniosidade implica a inexecutabilidade da convenção de arbitragem, com sua consequente resolução de pleno direito, de forma que a parte sem recursos financeiros para instaurar o procedimento arbitral pode utilizar o Poder Judiciário para obter a tutela de seu direito.

4.3.4 A impecuniosidade nos Estados Unidos

Embora os Estados Unidos possuam um ordenamento jurídico que valoriza o princípio da obrigatoriedade dos contratos e respeita o instituto da arbitragem³³⁶, constata-se uma série

³³⁴ Tradução livre: “Em um caso apresentado perante a Corte Regional Superior de Berlim, a corte determinou que o requerente tinha direito de iniciar o processo jurídico sem antes iniciar a arbitragem pois de início ele não era capaz de financiar a arbitragem.” (MOYANO, Juan Pablo. Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 637).

³³⁵ Juan Pablo Moyano também aponta que “another example is a decision by the Court of Appeal of Cologne which again found that an arbitration agreement is incapable of being performed where one of the parties lacks the financial resources to cover the costs of the arbitration (MOYANO, Juan Pablo. Impecuniosity and the courts’ approach to the validity of the arbitration agreement. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, p. 637). Tradução livre: “Outro exemplo é uma decisão do Tribunal de Recurso de Colônia, que novamente julgou que uma convenção de arbitragem estará impossibilitada de ser realizada quando uma das partes não dispuser dos recursos financeiros necessários para arcar com os custos da arbitragem.”

³³⁶ De acordo com Brian D. King, “in principle, then, the construction and enforcement of contractual clauses in the United States proceeds on the basis of ‘what you write is what you get’. This implies, with respect to an arbitration clause, that the agreement to arbitrate means just what it says: the parties have agreed to arbitrate their dispute instead of going to court, and they will be held to that choice and the consequences thereof. This premise is further strengthened by the decidedly pro-arbitration policy that exists in United States law, (...)” (KING, Brian D. King. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 131). Tradução livre: “Em tese, portanto, a construção e execução de cláusulas contratuais nos Estados Unidos é efetuada com base na noção de que ‘vale o que está no contrato’. Isto implica, no que tange à cláusula de arbitragem, que o acordo de arbitrar significa exatamente o que indica: as partes concordaram em arbitrar sua disputa em vez de ir à corte, e estarão sujeitas à sua escolha e suas consequências. Esta premissa é fortalecida pela política decididamente pró-arbitragem que existe no direito norte-americano, [...]”

de decisões judiciais sobre impecuniosidade por força da utilização desse mecanismo por partes com menor poder econômico e pela cultura das *class actions* existente nesse país³³⁷. Por comodidade, analisaremos algumas das principais decisões sobre a matéria de forma individualizada.

4.3.4.1 Tony Brower v. Gateway 2000 INC

Tony Brower e uma série de pessoas que compraram computadores e softwares produzidos pela GATEWAY 2000 INC ajuizaram uma ação coletiva sob o fundamento de que a ré teria descumprido a garantia contratual, violado o contrato celebrado entre as partes e, inclusive, praticado fraude.³³⁸

A GATEWAY 2000 INC, por sua vez, suscitou a incompetência do Tribunal de Nova Iorque em decorrência de convenção de arbitragem existente nos contratos celebrados entre as partes, a qual indicava que eventual controvérsia deveria ser dirimida por arbitragem administrada pela Câmara de Comércio Internacional.³³⁹

Em seguida, os autores argumentaram que (i) a Câmara de Comércio Internacional não era o foro adequado para solucionar questões de direito do consumidor e que (ii) os custos da arbitragem seriam excessivos.³⁴⁰

³³⁷ Para Anne-Carole Cremades, “en Estados Unidos, la cuestión de la incidencia sobre el convenio arbitral de la falta de recursos económicos de una parte se ha planteado muy a menudo en los últimos veinte años. Eso se debe, por una parte, al desarrollo más importante que en Europa del arbitraje que involucra a partes “débiles.” (consumidores o empleados) y, por otra parte, a la influencia creciente del mecanismo judicial de class action, que permite a un litigante representante de una clase de justiciables demandar a una empresa en nombre de esta clase y que la sentencia obtenida beneficie a todos (CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 156).

³³⁸ KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 136.

³³⁹ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 157.

³⁴⁰ KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 136.

O Tribunal de Nova Iorque concluiu que os custos da arbitragem eram excessivos e anulou a parcela da convenção de arbitragem que indicava a Câmara de Comércio Internacional como responsável por gerenciar o procedimento, determinando que as partes instaurassem procedimentos *ad hoc* com base no *Federal Arbitration Act*³⁴¹. Ao analisar essa decisão, Brian D. King concluiu que

[...] the end result of the Brower decision was therefore a mixed bag both for arbitration and for consumer. On the one hand, the consumer avoided an ICC arbitration clause. On the other hand, however, the court maintained the defendant's right to arbitrate.³⁴²

Fato é que, por meio dessa decisão, o Tribunal de Nova Iorque, ao alterar a convenção de arbitragem, adotou uma postura ativa que respeitou a vontade originária das partes estampada na cláusula arbitral ao mesmo tempo em que permitiu a instauração do procedimento.

4.3.4.2 Green Tree Financial Corp v. Larketta Randolph

Larketta Randolph adquiriu casa móvel por meio de financiamento da Green Tree Financial Corporation, sendo que, no contrato celebrado entre as partes, Larketta Randolph tinha o dever de adquirir apólice de seguro que abrangesse os custos de seu eventual inadimplemento e estipulava que qualquer controvérsia fosse sanada por meio de arbitragem.³⁴³

Posteriormente, Larketta Randolph ajuizou ação sob o fundamento de que a Green Tree Financial Corporation teria violado (i) o “Truth in Lending Act” por não ter exposto, de forma clara, a apólice de seguro e (ii) o “Equal Credit Opportunity Act” ao impor que eventual litígio

³⁴¹ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 157.

³⁴² Tradução livre: “o resultado final da decisão do caso Brower foi, portanto, misto, tanto para a arbitragem quanto para o consumidor. Por um lado, o consumidor evitou uma cláusula de arbitragem da CCI. Por outro lado, entretanto, o tribunal manteve o direito do réu de arbitrar.” (KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 137).

³⁴³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. GREEN TREE, 531 US AT 79. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/79/case.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2019.

entre as partes fosse solucionado por arbitragem.³⁴⁴ Em resposta, a Green Tree Financial Corporation defendeu a ausência de jurisdição do Poder Judiciário com base na existência de convenção de arbitragem.³⁴⁵

Larketta Randolph, por sua vez, sustentou que a convenção seria inexecutável em decorrência da falha no dever de revelação da Green Tree, que não informou, adequadamente, sobre os custos da arbitragem.³⁴⁶

A Corte Distrital acolheu os argumentos apresentados pela Green Tree, impondo que Larketta utilizasse a arbitragem para solucionar eventuais conflitos contratuais.³⁴⁷ Entretanto, conforme aponta Napoleão Casado Filho, “a Corte Americana do 11º Circuito entendeu que uma cláusula arbitral, por não prever ‘garantias mínimas de que o demandante poderia reivindicar seus direitos, devido aos elevados custos arbitrais, seria inexecutável’”.³⁴⁸

Esse processo chegou na Suprema Corte dos Estados Unidos, que rejeitou o argumento de que a falha da Green Tree em informar sobre os custos da arbitragem levaria à inexecutabilidade da convenção de arbitragem.³⁴⁹

Todavia, de acordo com Anne-Carole Cremades, “la Corte Suprema de Estados Unidos admitió que el coste prohibitivo de un arbitraje podía impedir a un litigante hacer valer sus derechos, pero consideró que la Sra. Randolph no había demostrado que fuera su caso”.³⁵⁰

Por esse motivo, Brian D. King entende que “while the Supreme Court delivered a decision in Green Tree that is essentially pro-arbitration, it nonetheless left a window open for claims of inability to pay as a defense to arbitration”.³⁵¹

³⁴⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. GREEN TREE, 531 US AT 79. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/79/case.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2019.

³⁴⁵ KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 137

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, op. cit., nota 346.

³⁴⁸ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 87-88.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 157.

³⁵¹ Tradução livre: “Embora a Suprema Corte tenha prolatado um veredito em Green Tree que é essencialmente pró-arbitragem, abriu-se, de toda forma, uma brecha para alegações de incapacidade de pagar como defesa à arbitragem.” (KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness

Vê-se, portanto, que a Suprema Corte dos Estados Unidos somente julgou a demanda improcedente pela ausência de provas apresentadas por Larketta Randolph, de forma que, caso tivesse se desincumbido desse ônus, provavelmente, o resultado seria diferente.

4.3.4.3 Emanuel Licitra v. Gateway INC

Emanuel Licitra ajuizou, perante um juizado de pequenas causas, ação judicial contra a Gateway INC, que teria se recusado a realizar o reembolso de um computador defeituoso.³⁵² Dentre as matérias de defesas apresentadas, a Gateway defendeu a rejeição da demanda pela existência de convenção de arbitragem no contrato celebrado entre as partes, com a consequente determinação de que fosse instaurado procedimento arbitral.³⁵³

Segundo Brian D. King, após realizar uma minuciosa comparação entre o procedimento adotado nos juizados de pequenas causas e na arbitragem, a Corte de Nova Iorque “found that it would be inequitable to deny the plaintiff the perceived cost and procedural available in the state court, and thus held that the arbitration provision in the sales agreement was unenforceable”.³⁵⁴

Assim, por meio dessa decisão, o Tribunal de Nova Iorque desconsiderou a convenção de arbitragem celebrado entre as partes diante da flagrante impossibilidade financeira do autor em instaurar o procedimento arbitral, que era bem mais custoso do que o tribunal de pequenas causas do Poder Judiciário americano.

and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 138).

³⁵² Ibidem.

³⁵³ LICITRA v. GATEWAY, INC. Disponível em:
< <https://www.leagle.com/decision/2001910189misc2d7211782> > Acesso em: 18 jan. 2019.

³⁵⁴ Tradução livre: “Julgou que seria não equitativo negar ao demandante o custo estimado e o processual disponível na corte estadual e, portanto, manteve que a provisão da arbitragem na convenção de comércio era inexequível.” (KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 139).

4.3.4.4 American Express v. Italian Colors Restaurant

Trata-se de litígio envolvendo comerciantes que tinham celebrados contratos com a American Express, os quais previam a resolução de conflitos por meio de arbitragem, sendo vedada a formulação de pedidos coletivos.³⁵⁵ Desrespeitando a convenção, os comerciantes ajuizaram ação coletiva concorrencial. Em defesa, a American Express requereu que fosse realizada arbitragem. Os autores, contudo, defenderam que os custos necessários para arcar com um *expert* no pleito concorrencial superariam a quantia recuperada em processo individual.³⁵⁶

Ao analisar a questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que não existiria um acesso ao processo arbitral e que a convenção de arbitragem não poderia ser anulada somente pelo fato dos custos excederem o retorno da demanda.³⁵⁷

4.3.4.5 Conclusão sobre a impecuniosidade nos Estados Unidos

Embora tenha sido analisada em diversos tribunais, inclusive por sua Suprema Corte, não há um posicionamento pacífico sobre as consequências da impecuniosidade no ordenamento jurídico norte-americano.

No caso “Tony Brower v. Gateway 2000 INC”, o Tribunal de Nova Iorque, de forma inovadora, optou por alterar a convenção de arbitragem, permitindo que as partes utilizassem esse mecanismo com custos menores. Já no caso “Emanuel Licitra v. Gateway INC”, a Corte de Nova Iorque desconsiderou a convenção de arbitragem celebrada entre as partes, permitindo o prosseguimento da ação judicial.

Essa mesma divergência de posicionamento é verificada na Suprema Corte Americana: por ocasião do julgamento do processo “Green Tree Financial Corp v. Larketta Randolph”, considerou válida e eficaz a convenção de arbitragem pelo fato de Larketta Randolph não ter

³⁵⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. AM. EXPRESS CO. V. ITALIAN COLORS REST., 570 U.S. ____ (2013). Disponível: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-133/case.pdf> > Acesso em: 18 jan. 2019.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 88.

comprovado sua situação de impecuniosidade. Assim, provavelmente, caso o tivesse feito, a referida corte declararia resolvida a cláusula arbitral. Essa mesma Suprema Corte, contudo, no caso “American Express v. Italian Colors Restaurant” entendeu que os elevados custos da arbitragem não eram motivo suficiente para anular a convenção de arbitragem.

Anne-Caroles Cremades, após analisar a jurisprudência norte-americana, aponta que

Cuando los gastos de arbitraje son muy elevados para el demandante, varios Tribunales han reenviado a las partes ante otro foro arbitral o han reducido el coste del arbitraje estipulado para la parte “débil”, respetando así la voluntad de las partes de someter el litigio al arbitraje. En otros casos, han considerado que sería injusto y unconscionable obligarle a cumplir con el convenio arbitral y han admitido la introducción de una demanda judicial individual o colectiva en vez del arbitraje pactado. Más recientemente, los Tribunales americanos han autorizado los class arbitrations, aun cuando el convenio arbitral lo prohibía expresamente.”³⁵⁸

Ou seja, nos Estados Unidos, os impactos da impecuniosidade sobre a convenção de arbitragem depende das peculiaridades da demanda, sendo de extremo relevo o julgamento “Tony Brower v. Gateway 2000 INC”, no qual se alterou a cláusula arbitral para reduzir os custos do procedimento, de forma que a parte impecuniosa conseguiu instaurar ou prosseguir com o procedimento arbitral.

4.3.5 Conclusão sobre a impecuniosidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

Após analisarmos, com profundidade, a solução dada por 4 (quatro) ordenamentos jurídicos de tradicionais países praticantes de arbitragem, constata-se que não há um posicionamento uniforme.

Pela análise da jurisprudência francesa, verifica-se uma divergência de posicionamento sobre os efeitos da impecuniosidade sobre a convenção de arbitragem. Isso porque é possível encontrar decisão que (i) respeitou o princípio da competência-competência, remetendo as partes ao Tribunal Arbitral, de forma que somente caberia ao Poder Judiciário uma análise posterior de eventual violação do princípio do acesso à justiça; (ii) impôs a análise de pedido reconvenicional feito por requerido impecunioso se houvesse vínculo com o objeto da demanda; e (iii) declarou a ineficácia da convenção de arbitragem.

³⁵⁸ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review* – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 156.

Na jurisprudência inglesa, a impecuniosidade não impacta a convenção de arbitragem, de forma que a parte impecuniosa não pode utilizar o Poder Judiciário. Os tribunais alemães, por outro lado, possuem um posicionamento em prol do acesso à justiça, pois a impecuniosidade implica a inexecutabilidade da convenção de arbitragem, com sua extinção de pleno direito, permitindo que a parte impecuniosa utilize o Poder Judiciário.

Por fim, nos Estados Unidos, a impecuniosidade deve ser analisada caso a caso, tanto que existem decisões no qual o Poder Judiciário (i) alterou a convenção de arbitragem para tornar o procedimento mais barato; (ii) resolveu a cláusula arbitral; (iii) e, até mesmo, manteve válida e eficaz a convenção de arbitragem.

Vê-se, portanto, que os efeitos da impecuniosidade sobre a arbitragem mudam de acordo com cada ordenamento jurídico, inexistindo, portanto, um posicionamento internacional uniforme que possa servir de guia para o Brasil.

5 A IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM NO BRASIL

Não há, na Lei Federal nº 9.307/1996, qualquer menção à impecuniosidade, de forma que coube, ainda que timidamente, à doutrina e à jurisprudência sugerir os efeitos dessa situação na arbitragem.

Entretanto, antes de verificarmos os posicionamentos sobre o tema, analisaremos o impacto, no Brasil, do regime de recuperação judicial e falência na arbitragem, pois é natural que uma sociedade empresária em crise financeira tenha dificuldades para arcar com os custos necessários para instaurar ou prosseguir com um procedimento arbitral.³⁵⁹

Tal fato, aliás, foi confirmado pela análise jurisprudencial realizada no capítulo anterior, na qual se verificou que empresas em insolvência ajuizaram demandas judiciais para questionar a validade da convenção de arbitragem.

Além disso, tendo em vista que existem ordenamentos jurídicos em que os procedimentos judiciais de insolvência podem impactar na convenção de arbitragem³⁶⁰, precisamos verificar a situação brasileira.

Assim, a análise da legislação falimentar brasileira pode ajudar na compreensão dos efeitos da impecuniosidade sobre a convenção de arbitragem em nosso ordenamento jurídico.

³⁵⁹ De acordo com Luis Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Cozer, “tendo em vista que os estados de falência e de recuperação judicial resultam de um quadro de dificuldade financeira, em que a sociedade não é capaz de cumprir com suas obrigações contratuais, é razoável imaginar a situação de a empresa em recuperação judicial não ter condições de arcar com os custos da arbitragem.” (FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 31, p. 251-261, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, Versão Eletrônica).

³⁶⁰ Ana Gerdau de Borja Mercerau aponta que “in France the centralizing insolvency policy does not lead to the invalidity of an arbitration agreement. Likewise, in the UK, the Netherlands, Switzerland, and Germany the arbitration agreement survives even after insolvency declaration. In the US, there is no automatic invalidity, but courts weigh insolvency and arbitration policies on a case-by-case basis (MERCERAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem. Convenção de Arbitragem. Inaplicabilidade. Falta de Pagamento. Custas da Arbitragem. Alegada Impossibilidade de Arcar com as Custas da Arbitragem – CCI. França. Cour de Cassation. J. 13.07.2016. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 55, jul-set, p. 146-155, Holanda: Wolter Kluwer. 2017. P. 151-152). Tradução livre: “Na França, a legislação de insolvência não implica a invalidade da convenção de arbitragem. Da mesma forma, no Reino Unido, na Holanda, na Suíça e na Alemanha, a convenção de arbitragem sobrevive mesmo após a declaração de insolvência. Nos Estados Unidos, não há uma invalidade automática, mas as cortes podem sopesar, caso a caso, sobre as legislações de insolvência e de arbitragem.”

5.1 Recuperação judicial, falência e arbitragem

Em fevereiro de 2005, houve a promulgação da Lei Federal nº 11.101 (“LRF”), que regulamentou o procedimento de Recuperação Judicial e Falência das sociedades empresárias brasileiras.

A recuperação judicial constitui procedimento judicial por meio do qual a sociedade empresária em dificuldades financeiras busca, em conjunto com seus credores e com a chancela do Poder Judiciário, reestruturar sua operação comercial e, principalmente, suas dívidas.³⁶¹ Na visão de Inez Balbino, esse instituto permite ao “devedor a chance de envolver todos os credores (e não apenas os credores sem garantia, como ocorria na concordata) e apresentar um plano de recuperação que, efetivamente, possa ser cumprido, evitando o processo desgastante da falência”.³⁶²

A falência, por sua vez, consiste em procedimento judicial para uma sociedade empresária que não conseguirá se reerguer da crise econômico-financeira que a aflige.³⁶³ De acordo com Manoel Justino Bezerra Filho

A falência é uma ‘grande execução’, processo no qual são arrecadados todos os bens do devedor para formar a ‘massa falida’, de um lado; de outro lado, faz-se o ordenamento de todos os débitos do falido, encontrando-se o valor devido, para formação do ‘quadro-geral de credores’, que é elaborado classificando-se os créditos para serem pagos na ordem que a lei determina. Na sequência, transforma-se a ‘massa

³⁶¹ De acordo com Sérgio Campinho, o procedimento de recuperação judicial consiste em um “somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, contra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores.” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. P. 10).

³⁶² BALBINO, INEZ. A Arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 204

³⁶³ Sérgio Campinho ensina que “[...], a falência vem a ser um estado de direito. Um estado de direito, porém, que deriva da verificação e reconhecimento de um estado de fato: a insolvência. Ao declarar-se, pela sentença, o preexistente estado de insolvência, passa ele a ser judicialmente qualificado como falência. Pela sentença é que se exprime ao estado de insolvência a sua qualificação de falência, deixando de ser um estado de fato para constituir-se em um estado de direito. Anteriormente à sentença que reconhece e declara a insolvência não existe estado de falência. Esse não se forma senão após a declaração judicial. Com esta, revela-se crise econômico-financeira não ultrapassada pela recuperação, judicial ou extrajudicial, impossibilitando o empresário de prosseguir em suas atividades.” (CAMPINHO, Sérgio, op. cit., nota 363, p. 209).

falida' em dinheiro e rateia-se o resultado aos componentes do 'quadro-geral de credores', na ordem legal.³⁶⁴

Nesse contexto, o art. 75 da LRF é claro ao dispor que, por meio da falência, pretende-se “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.³⁶⁵ Ao analisar esse dispositivo, Sérgio Campinho conclui que o processo falimentar objetiva “a otimização, a preservação e utilização produtiva do ativo arrecado, inclusive quanto aos bens qualificados como intangíveis”.³⁶⁶ No mesmo sentido, Carla de Vasconcellos Crippa, entende que o processo falimentar visa “maximizar o valor dos ativos do devedor, para posterior realização e distribuição aos credores”.³⁶⁷

Por essa sucinta análise conceitual, conclui-se que a LRF, por meio desses institutos, visa regulamentar os efeitos da crise econômica suportada por determinada sociedade.³⁶⁸ É inegável, portanto, a importância desse diploma legislativo, tanto que, durante a segunda década do século XXI, período no qual a economia brasileira sofreu grande retração³⁶⁹, a SERASA EXPERIENCE, empresa especializada em análise de crédito, constatou, em 2016, a formulação de 1.863 pedidos de recuperação judicial, número recorde para um único ano desde a entrada em vigor da Lei Federal nº 11.101/05, e de 1.852 pedidos de falência.³⁷⁰

³⁶⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 247-248.

³⁶⁵ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro 2005.

³⁶⁶ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. P. 344.

³⁶⁷ CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação Judicial, falência e arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, p. 183-206, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica.

³⁶⁸ De acordo com Cláudio Valença Filho, “recuperação de empresas, liquidação extrajudicial, falência e insolvência civil são institutos reconhecidos pelo sistema jurídico brasileiro e destinados ao tratamento da crise patrimonial. A recuperação judicial e a liquidação extrajudicial destinam-se à reorganização da atividade econômica. A liquidação, porém, é de utilização restrita a setores que o legislador considera estratégicos ou economicamente sensíveis, como o securitário, o bancário e o aéreo. Já a falência e a insolvência civil constituem instrumentos de pura execução patrimonial coletiva, a qual normalmente implica desmantelo do fundo de comércio e encerramento da atividade empresarial.” (VALENÇA FILHO, Cláudio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitrabilidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 12, p. 255-282, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica).

³⁶⁹ VALOR ECONÔMICO. Economia brasileira avança 1,12% no primeiro trimestre, mostra BC. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4968248/economia-brasileira-avanca-112-no-primeiro-trimestre-mostra-bc?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=Timeline>. Acesso em 18 jan. 2019.

³⁷⁰ CONSULTOR JURÍDICO. Pedidos de recuperação judicial batem recorde; falências também sobem. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/pedidos-recuperacao-judicial-batem-recorde-falencias-tambem-sobem>>. Acesso em 18 jan. 2019.

Naturalmente, a partir desses institutos, passou-se a discutir a possibilidade de utilização da arbitragem em procedimentos recuperacionais e falimentares, bem como os seus efeitos sobre o processo arbitral. Entretanto, segundo Renato Stephan Grion, Luis Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva, “à semelhança do que ocorre com a Lei de Arbitragem, a Lei 11.101/2005 não estipula regras específicas que, de forma expressa, autorizem ou proíbam a utilização da arbitragem para a solução de controvérsias havidas em seu bojo”.³⁷¹

Assim, conforme se verá a seguir, ficou a cargo da doutrina definir os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre: (a) as convenções de arbitragens celebradas pela sociedade empresária devedora; (b) procedimentos arbitrais em curso; e (c) a possibilidade de celebração de novas convenções de arbitragens.

5.1.1 Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre convenções de arbitragem preexistentes

A primeira controvérsia entre a Lei de Arbitragem e a LRF consiste nos efeitos do processo de recuperação judicial e de falência sobre as convenções de arbitragens celebradas anteriormente pela recuperanda ou falida. No caso, a questão que se impõe é a seguinte: esses procedimentos judiciais implicam a ineficácia superveniente da convenção de arbitragem? Por uma questão sistemática, analisaremos cada situação individualmente.

No caso da recuperação judicial, o art. 66 da LRF dispõe que a recuperanda “não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”. Em decorrência do referido dispositivo legal, a sociedade em recuperação judicial não pode praticar qualquer ato que impacte os seus ativos.³⁷²

³⁷¹ GRION, Renato *et al.* A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. P. 87

³⁷² De acordo com Manoel Justino Bezerra Filho, a recuperação judicial impõe a “proibição de alienar ou onerar bens do ativo permanente, salvo se houver autorização judicial ou se constar do plano de recuperação judicial ou se constar do plano de recuperação judicial devidamente aprovado e em execução.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 233).

O art. 66 da LRF, contudo, não retira a eficácia das convenções de arbitragem celebradas pela sociedade empresária antes do início do processo de recuperação judicial. Isso porque, conforme bem apontado por José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “a celebração da convenção de arbitragem não representa alienação, renúncia ou disposição de bem material ou de direito, mas apenas a escolha do método de resolução de disputas, tal como ocorre quando se firma uma cláusula de eleição de foro”.³⁷³

Além disso, o procedimento recuperacional não tem o condão de modificar a capacidade da recuperanda, de forma que não se pode declarar sua incapacidade superveniente.³⁷⁴ Conclui-se, assim, que é válida e eficaz qualquer convenção de arbitragem celebrada por sociedade empresária antes de um processo de recuperação judicial desde que preencha todos os requisitos previstos na Lei de Arbitragem.³⁷⁵

A controvérsia sobre a ineficácia superveniente da convenção de arbitragem em decorrência da falência reside no art. 117 da Lei Federal nº 11.101/05, o qual dispõe que

Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

Segundo Manoel Justino Bezerra Filho, por força do referido dispositivo legal, “o contrato continuará a ser executado ou será dado por rescindido ou resolvido, dentro de um critério de conveniência para a massa a ser avaliado pelo administrador judicial, mediante autorização do Comitê de Credores, se houver, [...]”.³⁷⁶ Ou seja, a instauração de processo

³⁷³ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 432.

³⁷⁴ De acordo com José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “a sociedade empresária recuperanda não tem suspensão ou extinta a sua capacidade de fato, de modo que não há nenhuma razão para se entender pela invalidade superveniente da convenção de arbitragem por conta do deferimento da recuperação judicial.” (Ibidem, p. 431).

³⁷⁵ Para, Carla de Vasconcellos Crippa, “se a cláusula compromissória tiver sido convencionada por pessoa capaz de contratar e dispor dos seus bens (como é, via de regra, o caso de empresas em recuperação judicial) e se referir a direitos patrimoniais disponíveis, não haverá qualquer incompatibilidade com o processo de recuperação judicial.” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. *Recuperação Judicial, falência e arbitragem*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, p. 183-206, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica).

³⁷⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 340.

falimentar permite que o administrador judicial decida sobre o cumprimento dos contratos bilaterais previamente celebrados pela sociedade empresária falida.

Com base no referido dispositivo legal, Ronaldo Vasconcelos defende que “compete ao juízo falimentar, e não a tribunal arbitral, a decisão pela instauração ou não da arbitragem com base em cláusula compromissória firmada pelo falido antes da decretação de quebra”.³⁷⁷ Ou seja, na visão do referido autor, o administrador judicial decidiria, com o aval do Comitê de Credores ou do juízo falimentar, se a convenção de arbitragem celebrada antes da instauração do processo falimentar seria cumprida.

Entretanto, conforme bem apontado por Felipe Ferreira Machado Moraes, “ainda que o administrador opte pelo não cumprimento do contrato, a cláusula de arbitragem, autônoma, permanecerá perfeita e passível de ser aplicável”.³⁷⁸ O motivo é simples: no preenchimento dos requisitos legais no momento de sua celebração, operam-se os efeitos da convenção de arbitragem.³⁷⁹

Além disso, José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro sustentam que “não é exatamente correto o argumento de que a decretação de falência ocasionaria a indisponibilidade absoluta dos bens e dos direitos que formam a massa falida, e por isso, haveria uma inarbitrabilidade superveniente”.³⁸⁰

Dessa forma, a decretação de falência não implica a ineficácia superveniente da convenção de arbitragem firmada anteriormente pela sociedade empresária, em especial pelo fato de os efeitos da referida cláusula terem sido produzidos no momento de sua celebração.³⁸¹

³⁷⁷ VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 25, p. 29-59, jan-mar, Curitiba: IOB. 2010. P. 45.

³⁷⁸ MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 776.

³⁷⁹ Donaldo Armelin ensina que “com a celebração, na forma da lei de regência, da convenção de arbitragem, consumou-se o direito de opção pela jurisdição arbitral, emergindo direito adquirido à sua instauração, prosseguimento e conclusão com a prolação da sentença arbitral.” (ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 16-29, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, Versão Eletrônica). No mesmo sentido, Carla de Vasconcellos Crippa declara que “a competência do Poder Judiciário (e, conseqüentemente, do juízo falimentar) foi afastada no exato momento em que a convenção de arbitragem foi contratada e, conseqüentemente, o juízo falimentar careceria de competência para julgar os conflitos submetidos à arbitragem, salvo se dissessem respeito a matérias da sua competência exclusiva.” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação Judicial, falência e arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, p. 183-206, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica).

³⁸⁰ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 463

³⁸¹ Paulo Fernando Campos Salles de Toledo é preciso ao declarar que “a convenção de arbitragem válida afasta a jurisdição estatal. Assim, não cabe ao administrador judicial dizer se a cumpre ou não. A validade e eficácia do

Assim, pode-se afirmar, sem medo, que grande parte da doutrina entende que os processos de recuperação judicial e de falência não impactam na eficácia da convenção de arbitragem previamente celebrada pela recuperanda ou falida.³⁸² Tal fato, aliás, foi confirmado em enunciado da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no qual se convencionou que “o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”.³⁸³

5.1.2 Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre convenções de arbitragem futuras

Outra importante controvérsia entre a Lei de Arbitragem e a LRF consiste na possibilidade de celebração de convenção de arbitragem durante um procedimento de recuperação judicial ou de falência.

Ao analisar as consequências na recuperação judicial, Ronaldo Vasconcelos afirma que não há “qualquer espaço para a arbitragem no processo de recuperação judicial disciplinado pela Lei de Recuperação e Falências [...], independentemente do fato de se tratar de litígio entre o devedor e os seus credores ou entre os próprios credores do devedor”.³⁸⁴

negócio jurídico não são afetadas pelo decreto de falência de uma das partes”. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, p. 25-52, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica).

³⁸² Renato Stephan Grion, Luis Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva declaram, de forma precisa, que “a superveniência de regimes especiais de falência ou de recuperação nada afetam a validade e eficácia de convenções arbitrais previamente pactuadas que constituem ato jurídico perfeito e acabado, tampouco a possibilidade de que procedimentos arbitrais correlatos sejam continuados ou instaurados [...]” (GRION, Renato Stephan. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. P. 89).

³⁸³ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669> Acesso em 18 jan. 2019.

³⁸⁴ VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 25, p. 29-59, jan-mar, Curitiba: IOB. 2010. P. 55.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo adota um posicionamento intermediário: a viabilidade de celebração de convenção de arbitragem durante a recuperação judicial depende da natureza do crédito em discussão. De forma mais específica, em sua visão, somente seriam arbitráveis litígios que discutissem sobre crédito extraconcursais, excluindo, assim, a possibilidade de utilização da arbitragem para litígios que envolvessem créditos concursais.³⁸⁵

Um terceiro posicionamento é apresentado por José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, os quais defendem que a recuperanda “permanece no exercício de sua capacidade de fato e, por conseguinte, conduzindo seus negócios, razão pela qual nada impede que ela celebre convenção de arbitragem para solucionar os conflitos decorrentes dos negócios dos quais participa”.³⁸⁶⁻³⁸⁷ José Emílio Nunes Pinto não só concorda com esse pensamento como “[antevê] várias formas de escolha da arbitragem como o mecanismo para solução de controvérsias decorrentes de implementação do Plano de Recuperação”.³⁸⁸⁻³⁸⁹

³⁸⁵ Para Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “a segunda hipótese examinada neste tópico refere-se à possibilidade de se firmar convenção de arbitragem durante o processamento da recuperação judicial. Aqui também distinguem-se duas situações, conforme o crédito seja ou não sujeito aos efeitos da recuperação. No primeiro caso, a questão não poderá ser subtraída da apreciação do juiz concursal, competente para julgá-la, não cabendo, portanto, o recurso à via arbitral. A segunda hipótese merece uma atenção maior. A princípio, não se tratando de crédito sujeito à recuperação, nada impede a propositura da demanda, tanto por via judicial quanto arbitral. A peculiaridade do status da devedora, no entanto, recomenda cautela, uma vez que a decisão a ser proferida poderá repercutir na recuperação judicial, podendo até levá-la ao insucesso. Daí ser de todo conveniente que o devedor em recuperação solicite autorização ao juiz concursal para celebrar convenção de arbitragem.” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, p. 25-52, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica).

³⁸⁶ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 435

³⁸⁷ Luis Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Cozer também partilham desse posicionamento ao defender que, “após o deferimento da recuperação judicial, a sociedade empresária deverá continuar celebrando contratos, buscando a continuidade de suas atividades regulares. E nada parece impedir que se indique a arbitragem como método de resolução de controvérsias oriundas desses novos contratos.” (FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 31, p. 251-261, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, Versão Eletrônica).

³⁸⁸ PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 79-100, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, Versão Eletrônica

³⁸⁹ Renato Stephan Grion, Luis Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva sustentam “não existirem óbices intransponíveis à utilização da arbitragem em planos de recuperação judicial. Entretanto, como salientado, parece haver certo risco de que uma cláusula compromissória tenha sua eficácia limitada durante o referido período de supervisão judicial.” (GRION, Renato Stephan. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. P. 107). Por outro lado, Carlos Alberto Carmona entende que “embora não haja, em princípio, impedimento de submeter à decisão de árbitros desavenças relativas às obrigações constantes do plano de recuperação, a utilização deste mecanismo de resolução de controvérsias soa bastante inadequado no ambiente regulado pela Lei 11.101/05.” (CARMONA,

Fato é que, majoritariamente, a doutrina arbitralista brasileira entende que o processo de recuperação judicial não impede que a recuperanda celebre novas convenções de arbitragem para solucionar seus conflitos, podendo, inclusive, utilizar esse mecanismo para dirimir controvérsias oriundos do plano de recuperação judicial.

Na falência, essa questão deve ser dirimida à luz do art. 103 da Lei Federal nº 11.101/05, o qual dispõe que “desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.³⁹⁰

Ao comentar o referido dispositivo legal, Manoel Justino Bezerra Filho afirma que “qualquer ato de administração praticado pelo devedor após momento em que foi decretada a falência é nulo, nulidade que será declarada de ofício pelo juiz da falência, independentemente de prova de prejuízo”.³⁹¹ Assim, por força do referido artigo da LRF, a sociedade empresária em falência não pode dispor de seu patrimônio. Nesse contexto, Donaldo Armelin defende que

Em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, não há, sob o prisma do direito brasileiro, como celebrar convenção de arbitragem válida, até porque esta exige, de forma expressa e inequívoca, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis.³⁹²⁻³⁹³

Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 54).

³⁹⁰ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro 2005.

³⁹¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresa e Falência* – Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 323.

³⁹² ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 16-29, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, Versão Eletrônica

³⁹³ Inez Balbino também defende que, “no caso em que a arbitragem tenha sido firmada e instaurada após decretação da Falência, essa não poderá ser aplicada, pois os bens do falido, por força do artigo 103 da Lei de Falência, são considerados, nesse momento, como indisponíveis, o que preceitua contrariamente o princípio basilar e fundamental da arbitragem, inserido no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, [...]” (BALBINO, Inez. A Arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 210). Partilhando desse mesmo posicionamento, Ronaldo Vasconcelos declara que “[...], em se tratando de processo falimentar pendente, com a consequente perda pelo falido da disponibilidade da administração de seus bens (LRF, art. 103), não há como celebrar convenção de arbitragem válida, uma vez que esta inequivocadamente exige que os seus objetos sejam direitos patrimoniais disponíveis.” (VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 25, p. 29-59, jan-mar, Curitiba: IOB. 2010. P. 40).

Dessa forma, o processo falimentar impõe a indisponibilidade dos bens do falido, de forma que qualquer conflito surgido no bojo desse procedimento não poderia ser arbitrado.

Essa corrente doutrinária, contudo, parte de uma interpretação equivocada do artigo 103 da Lei Federal nº 11.101/05. Isso porque, conforme bem apontado por Felipe Ferreira Machado Moraes, “a decretação da falência não implica a indisponibilidade dos bens do falido, mas tão somente a possibilidade de esse empresário, ou sociedade falida, dispor de seu patrimônio”.³⁹⁴

No caso, por força do processo falimentar, esse poder de disposição é transferido da sociedade empresária para a massa falida, que será gerida pelo administrador judicial.³⁹⁵ Nesse contexto, o administrador judicial poderá celebrar convenção de arbitragem para dirimir eventual conflito da massa falida.³⁹⁶ Conclui-se, assim, que o processo de falência também não impede a celebração de novas convenções de arbitragem.

5.1.3 Os efeitos da recuperação judicial e da falência sobre as arbitragens em andamento

Um terceiro questionamento interessante diz respeito aos efeitos desses procedimentos sobre as arbitragens que já tinham sido iniciadas, tendo em vista o art. 6º da LRF, o qual dispõe que “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”.³⁹⁷

³⁹⁴ MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 772

³⁹⁵ Clávio Valença Filho ensina que “a inauguração do concurso de credores provoca a transmissão da titularidade do poder de disposição do devedor à massa ou ao administrador judicial, sem, todavia, afetar a natureza disponível dos bens e direitos envolvidos.” (VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitrabilidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 12, p. 255-282, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica).

³⁹⁶ Para José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “enquanto a sociedade empresária falida não pode celebrar convenção de arbitragem sobre os direitos e os bens componentes da massa falida após a decretação da falência, o mesmo já não ocorre com o administrador judicial, que, mediante autorização judicial, possui a prerrogativa legal de firmar convenção de arbitragem cujo objeto sejam os bens e os direitos integrantes do acervo patrimonial arrecadado com a falência.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 470).

³⁹⁷ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro 2005.

No caso de processo falimentar, a questão é ainda mais tormentosa por causa do art. 76 da Lei Federal nº 11.101/05, o qual pretende garantir o princípio do *par conditio creditorum*³⁹⁸ ao prever que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.³⁹⁹

José Emílio Nunes Pinto defende que o processamento da recuperação judicial impõe a suspensão das arbitragens nas quais se demandam quantia líquida, somente podendo prosseguir aquelas nas quais se pleitear valor ilíquido⁴⁰⁰ por força da exceção prevista no § 1º do art. 6º da LRF, o qual dispõe que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”.

Ocorre que, conforme lembrado por Felipe Ferreira Machado Moraes, “a legislação brasileira estabelece que o processo concursal deverá concentrar sua atenção aos créditos já existentes, revestidos de força executiva”.⁴⁰¹

No caso, o procedimento arbitral se assemelha à fase de conhecimento do processo judicial, na medida em que o Tribunal Arbitral não possui meios executórios para satisfazer eventual crédito devido por litigante contra sociedade empresária em recuperação judicial ou falência.⁴⁰²

Por esse motivo, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro entendem que

³⁹⁸ Segundo Inez Balbino, “a falência envolve a coletividade de bens do devedor e, conforme a lei, todos os credores devem concorrer no juízo. Assim, se a falência visa assegurar a *par conditio creditorum*, é por suposto que as demais ações singulares contra o devedor sejam suspensas até o final da ação principal”. (BALBINO, Inez. *A Arbitrabilidade do Direito Falimentar*. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 205).

³⁹⁹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro 2005.

⁴⁰⁰ PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 79-100, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, Versão Eletrônica.

⁴⁰¹ MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 780.

⁴⁰² Paulo Fernando Campos Salles de Toledo ensina que o procedimento arbitral foi “erigido ao mesmo plano do processo judicial de conhecimento, na medida em que a sentença arbitral qualifica-se como título executivo judicial. A competência do árbitro, no entanto, esgota-se com a prolação da sentença. O cumprimento desta será efetuado perante o juízo cível competente. E isto porque a jurisdição arbitral não tem poderes para executar. Estes apenas são devidos pelo Estado. Bem por isso, os litígios submetidos à arbitragem são de cunho cognitivo ou cautelar. Não se pode, via arbitragem, executar um crédito. Daí se depreende que, de um modo geral, os procedimentos arbitrais têm por objeto quantias ilíquidas (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Arbitragem e Insolvência*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, p. 25-52, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica).

Como a arbitragem representa, sempre, uma fase cognitiva de uma demanda – já que a execução da sentença arbitral deve ser feita perante o Poder Judiciário, *ex vi* do art. 31 da Lei de Arbitragem e do art. 515, VII, do Código de Processo Civil -, a regra da suspensão prevista no caput do art. 6º da Lei de Recuperação Judicial e Falências nunca alcança os processos arbitrais, razão pela qual se pode dizer com segurança que o deferimento da recuperação judicial não ocasiona a suspensão das arbitragens em curso, pouco importando, para tal, qual seja a natureza da demanda (obrigações de pagar quantia, obrigações de dar coisa diversa de dinheiro, obrigações de fazer, obrigações de não fazer ou demandas declaratórias constitutivas), bem como a liquidez ou iliquidez da quantia debatida.⁴⁰³

No mesmo sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo conclui que “o procedimento arbitral, por sua natureza não-executória, tem prosseguimento, mesmo quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial ou tenha sua falência decretada”.⁴⁰⁴

Além disso, especificamente sobre o processo de falência, Donaldo Armelin, ao analisar o art. 76 da Lei Federal nº 11.101/05, leciona que

O prosseguimento da arbitragem após a decretação da falência é análogo à continuidade do processamento das reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral, com a conseqüente habilitação dos créditos nela reconhecidos, na execução falimentar, [...].⁴⁰⁵

No mesmo sentido, Renato Stephan Grion, Luis Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva entendem que “os procedimentos arbitrais devem ser enquadrados na exceção contida na segunda parte do dispositivo, que ressalva de sua abrangência todas as causas não reguladas naquela lei”.⁴⁰⁶

Vê-se, portanto, que a instauração de procedimentos recuperacional ou falimentar também não impacta no prosseguimento dos procedimentos arbitrais em curso, uma vez que (i) não seria possível executar eventual crédito contra sociedade empresária em recuperação judicial ou falência e (ii) a arbitragem estaria abrangida pelas exceções previstas no art. 76 da LRF.

⁴⁰³ FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 443.

⁴⁰⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, p. 25-52, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

⁴⁰⁵ ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 16-29, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, Versão Eletrônica.

⁴⁰⁶ GRION, Renato Stephan *et al.* A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. P. 97.

5.1.4 Conclusões sobre a relação entre a arbitragem e os procedimentos judiciais de insolvência

De forma sucinta, verificamos que, para grande parte da doutrina, os procedimentos de recuperação judicial e de falência não implicam a ineficácia superveniente das convenções de arbitragens anteriormente celebradas pela sociedade empresária, tampouco impedem a celebração de novas convenções de arbitragem.

Esses procedimentos judiciais também não impactam no curso dos procedimentos arbitrais. Ou seja, o mero estado objetivo de insolvência não impõe, necessariamente, a desconsideração da convenção de arbitragem.

Ocorre que, em nenhum momento, a legislação falimentar discorre sobre a impossibilidade da sociedade empresária, seja em estado recuperação judicial ou falimentar, não possuir condições financeiras para instaurar procedimento arbitral visando tutelar um direito lesado ou ameaçado.

Persiste, assim, a dúvida: quais são os efeitos, em nosso ordenamento jurídico, da impecuniosidade na arbitragem? Para conseguirmos responder essa questão, precisaremos, em primeiro lugar, verificar o posicionamento da doutrina e dos tribunais brasileiros.

5.2 **Os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro**

5.2.1 O posicionamento da doutrina sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Ao analisar a questão à luz do regime falimentar, Clávio Valença Filho entende que a insuficiência de recursos financeiros para instauração de procedimento arbitral impede a execução da cláusula arbitral, razão pela qual

Configura hipótese fática da norma contida no art. II, 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958, reproduzida e popularizada no direito comparado, por recomendação contida no art. 8º da Lei-Modelo UNCITRAL.⁴⁰⁷

Por esse motivo, se a impecuniosidade atingir uma empresa em falência, o referido autor defende, com base no princípio do acesso à justiça, que

O juiz nacional deve mitigar o efeito negativo da convenção e admitir o retorno da jurisdição à órbita do detentor originário, o Estado. A possibilidade de denegação de justiça, portanto de atentado à ordem pública do sistema do foro, derroga a declaração de desinteresse do soberano em relação à resolução da específica lide.⁴⁰⁸

Estevão Mallet, ao examinar a impecuniosidade sob a ótica da legislação trabalhista, também sustenta que

A despeito do compromisso, a parte não tem meios para suportar os meios para suportar os correspondentes encargos, é inconcebível negar-lhe a possibilidade de tutela. Seria o mesmo que reconhecer a licitude da denegação de acesso à justiça, por insuficiência de meios econômicos, o que não se harmoniza como garantia constitucional de proteção dos direitos (Constituição, art. 5º, XXXV). Diante da incapacidade econômica de uma parte, ou a outra dispõe-se a custear integralmente a arbitragem, para exigir o cumprimento da obrigação assumida no compromisso – o que não está obrigada a fazer, advirta-se –, ou abre-se a oportunidade para ajuizamento de ação perante os tribunais estaduais, como já decidiu o Bundesgerichtshof, no célere processo do encanador, em solução que depois repercutiu, em alguma medida, em certos sistemas jurídicos.⁴⁰⁹

Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos defendem que, “havendo hipossuficiência financeira superveniente da parte e a parte adversa em não arcar com as despesas do procedimento arbitral, restará ao hipossuficiente recorrer à tutela jurisdicional, em prestígio ao princípio do amplo acesso à justiça”.⁴¹⁰

Mauricio Pestilla Fabbri defende que “arbitral institutions bodies (which should be composed of jurists, financial experts, economists and/or accountants) should have powers to

⁴⁰⁷ VALENÇA FILHO, Cláudio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitrabilidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 12, p. 255-282, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica.

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ MALLET, Estêvão. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 84, nº 2, arb-jun. São Paulo: Lex Magister. 2018. P. 45-46.

⁴¹⁰ BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 88, p. 139-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica.

decide about this”.⁴¹¹ De forma mais específica, defende que a instituição arbitral possa realizar um procedimento simplificado⁴¹² para verificar a impecuniosidade da parte, sendo que, confirmada essa situação e a probabilidade do direito sendo alta, a outra parte deveria ser obrigada a arcar com os custos da arbitragem.⁴¹³ Se a probabilidade do direito for baixa, sustenta que a instituição arbitral pode definir sobre a aplicabilidade da convenção de arbitragem.⁴¹⁴

Rodrigo Araujo Gabardo, em pioneira dissertação sobre a impecuniosidade em arbitragem comercial, entende que a impossibilidade de instauração do procedimento arbitral em decorrência da ausência de recursos financeiros é situação que viola o acesso à justiça.⁴¹⁵ Entretanto, diferentemente dos autores anteriores, conclui que

O problema deverá inicialmente ser resolvido pelos árbitros e instituição de arbitragem, vez que a dimensão do princípio competência-competência no Brasil não permite a apreciação um escrutínio aprofundado pelo juiz estatal, procedimento esse fundamental para a correta verificação da impecuniosidade e denegação de justiça. Não sendo possível o acesso aos árbitros, não estará a parte liberada para resolver o mérito da disputa no Judiciário. O estado de denegação de justiça poderá ser sanado através da ação judicial prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, facultando-se ao juiz tão somente tomar as medidas necessárias para a instituição da arbitragem em compatibilidade com as condições econômicas das partes litigantes.⁴¹⁶

Já Napoleão Casado Filho sustenta que a impecuniosidade não seria suficiente para implicar a nulidade da convenção de arbitragem:

⁴¹¹ Tradução livre: “órgãos das instituições arbitrais (que devem ser compostos por juristas, especialistas financeiros, economistas e/ou contadores) devem ter poder para decidir sobre a questão.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 80).

⁴¹² Na visão de Mauricio Pestilla Fabbri, esse procedimento deveria ser composto por “one round of debates between the parties (submission and reply), and one opportunity to the person or body who will render the decision to ask specific questions of the parties in relation to issues that should be clarified (and occasionally to request information from third parties, as explained below) before the decision is rendered.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 81). Tradução livre: “uma rodada de debate entre as partes (apresentação do pedido e resposta), e uma oportunidade para que a pessoa ou o órgão competente para solucionar a controvérsia realize questionamentos para as partes sobre pontos que devem ser esclarecidos (e ocasionalmente, solicitar informações de terceiros, conforme explicado abaixo) antes da decisão ser prolatada.”

⁴¹³ *Ibidem*, p. 82.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁴¹⁵ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 114.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 145-146.

Primeiro, por inexistir qualquer provisão legal nesse sentido no Brasil, tampouco nos principais tratados sobre o tema, como a Convenção de Nova York de 1958. Segundo, porque tal entendimento simplesmente esvaziaria por completo o instituto da arbitragem, uma vez que permitiria à parte fugir do procedimento arbitral, invocando um argumento de difícil constatação e verificação para voltar atrás na sua escolha.⁴¹⁷

Além disso, rechaça a ideia de que a convenção de arbitragem tornar-se-ia inexecutável ou inoperante.⁴¹⁸ Na visão do referido autor,

O fundamento para afastar a eficácia da cláusula arbitral deve ser a clara inadequação da via eleita que, para tanto, deveria ser baseada não nos balanços da empresa, mas sim na natureza do negócio jurídico. Além disso, o momento de analisar essa adequação deve ser o da formação do negócio jurídico.⁴¹⁹

De toda forma, Napoleão Casado Filho concorda que a melhor solução para o problema da impecuniosidade consiste em permitir que o Poder Judiciário intervenha para adequar os custos da arbitragem à realidade da parte impecuniosa.⁴²⁰

Assim, pela análise dos posicionamentos dos poucos doutrinadores que enfrentaram a controvérsia da impecuniosidade no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que não há unanimidade quanto a seus efeitos sobre a convenção de arbitragem.

5.2.2 O posicionamento dos tribunais brasileiros sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Finda a análise da doutrina sobre o tema, devemos verificar o posicionamento dos tribunais brasileiros. Embora não tenhamos encontrado qualquer julgado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, constatamos 18 (dezoito) decisões em tribunais

⁴¹⁷ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 89.

⁴¹⁸ Segundo Napoleão Casado Filho “não nos parece correto entender que uma cláusula compromissória que preveja uma arbitragem, a qual, em um segundo momento, fique por demais onerosa às partes, seja inoperante ou inexecutável. Tal entendimento, que sequer é possível em casos mais graves, como o da falência de uma das partes, fica ainda mais frágil em situações de simples falta de dinheiro.” (Ibidem, p. 92).

⁴¹⁹ Ibidem, p. 91.

⁴²⁰ CASADO FILHO, Napoleão, op. cit., nota 419, p. 103.

estaduais, sendo: 1 (uma) no Rio de Janeiro, 10 (dez) em São Paulo, 4 (quatro) no Paraná, 2 (duas) em Minas Gerais e 1 (uma) em Goiás.

5.2.2.1 O posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou a impecuniosidade em ação judicial movida pela GAMEX Serviços Ltda. contra a AMEBRASIL Construções Ltda. visando à satisfação de crédito no valor de US\$ 148.872,52 (cento e quarenta e oito mil, oitocentos e setenta e dois dólares e cinquenta e dois centavos), decorrente de contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes.

Em contestação, a AMEBRASIL requereu a extinção do processo, sem resolução de mérito, pela existência de convenção de arbitragem no contrato celebrado entre as partes. A GAMEX, por sua vez, defendeu, com fundamento no art. II (3) da Convenção de Nova Iorque e no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que a cláusula arbitral seria inoperante devido à sua impossibilidade de arcar com os custos do procedimento arbitral. O Juízo de Primeira Instância acolheu a preliminar arguida pela AMEBRASIL e extinguiu o processo sem resolução de mérito por entender que: (i) a convenção de arbitragem tinha sido celebrada por livre e espontânea vontade; (ii) as partes se vincularam à resolução extrajudicial do conflito; e (iii) a cláusula arbitral não exclui a apreciação do Poder Judiciário.

Ao apreciar as apelações interpostas pelas partes, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara, não analisou a validade e eficácia da convenção de arbitragem celebrada entre as partes com base no princípio da competência-competência, limitando-se a declarar que o custo de procedimento arbitral para solucionar aquela controvérsia não era exagerado, tendo vista a relevância do contrato e as pessoas jurídicas envolvidas.⁴²¹

⁴²¹ O Desembargador Alexandre Freitas Câmara declarou que “em primeiro lugar, que o custo de um processo arbitral na Câmara de Comércio Internacional, conforme estabelecido pela cláusula, depende do valor da causa. Considerando o valor que a própria apelante indica como lhe sendo devido, equivalente a pouco mais de cento e quarenta e oito mil dólares (fls. 317 – pasta eletrônica 00329), o custo aproximado do processo arbitral seria da ordem de trinta e oito mil dólares (conforme se pode verificar pelo emprego do Cost calculator que pode ser encontrado no website da Câmara de Comércio Internacional (<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Costand-payment/Cost-calculator/>)). Este valor, considerando a magnitude do contrato e das pessoas jurídicas envolvidas, não pode ser tido por exagerado. Basta dizer que a remuneração prevista no contrato seria de 2% do faturamento bruto da devedora, e esta tinha, em 2001, um

Essa decisão, contudo, não auxilia a solução da controvérsia sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem. Isso porque, embora tenha aplicado corretamente o princípio da competência-competência, somente realizou uma análise da proporcionalidade dos custos do procedimento arbitral na controvérsia *sub judice*.

Por esse motivo, não é possível afirmar que o posicionamento da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seria idêntico se fosse uma situação de flagrante impossibilidade financeira para arcar com os custos do procedimento.

5.2.2.2 O posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo

Constatamos que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 1ª e da 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, se posicionou, em 10 (dez) oportunidades, sobre a ausência de recursos financeiros para instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral. Para facilitar a compreensão, organizamos as decisões de acordo com o órgão julgador e data em que foram proferidas.

5.2.2.2.1 Os julgamentos da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

5.2.2.2.1.1 Rosângela Guimarães Salermo v. Waldir Aparecido Frade e outros

Na primeira oportunidade em que analisou a questão, por ocasião do julgamento da apelação interposta por Rosângela Guimarães Salermo contra sentença que extinguiu demanda movida contra Waldir Aparecido Frade e outros, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto da lavra do Desembargador Luiz Antonio Godoy, acordou que litígio decorrente de convenção de arbitragem livremente pactuada pelas partes

capital social próximo de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), tendo ela um ativo (em dezembro de 2006) superior a oito milhões de dólares.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0031996-20.2010.8.19.0209, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, j. 11/6/2014).

“não comporta exceção alguma, não socorrendo a apelante a alegada insuficiência financeira”.⁴²²

5.2.2.2.1.2 Regra Comércio e Serviço de Estética Ltda. (“Regra”) e outras v. JC Comércio de Produtos de Beleza e Máquinas de Depilação Ltda. (“JC”)

A 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar apelações em demanda movida por REGRA e outras contra JC, confirmou a sentença que extinguiu a ação judicial pela existência de convenção de arbitragem. Isso porque, de acordo com o acórdão lavrado pelo Desembargador Ênio Santarelli Zuliani,

Não se permite, sem que se prove ter havido alteração do contrato ou demonstração cabal de impossibilidade de instalação da arbitragem (Resp. 1.082.498 MT, DJ de 4.12.2012), avocar jurisdição que foi delegada por consenso modelado pela imutabilidade (direito contratual adquirido ou rigor na incidência do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).⁴²³

Especificamente sobre o elevado valor dos custos para instauração da arbitragem, o referido órgão julgador consignou ser “irrelevante para o afastamento da cláusula em questão, pelo que não caberia (falta de interesse) recorrer ao Judiciário”.⁴²⁴

Por fim, após analisar o regulamento da instituição de arbitragem eleita pelas partes, verificou que não teria sido comprovada a recusa da outra parte em adiantar os custos do processo arbitral.⁴²⁵

5.2.2.2.1.3 Alexandre de Azevedo Rego e outros v. Icemellow Franchising Ltda.

⁴²² Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0036760-07.2007.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10/1/2012.

⁴²³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0003784-70.2012.8.26.0161, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 21/5/2013.

⁴²⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0003784-70.2012.8.26.0161, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 21/5/2013.

⁴²⁵ Ibidem.

O Desembargador Ênio Santarelli Zualiani também relatou recurso de apelação interposto por Alexandre de Azevedo Rego e outros contra sentença que extinguiu, sem resolução de mérito, ação movida em face de Icemellow Franchising Ltda.

Dessa vez, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto do aludido Desembargador, acordou que, analisando as peculiaridades de cada demanda envolvendo franquias, pode, “excepcionalmente, anular a cláusula compromissária impeditiva do acesso do lesado à ordem jurídica justa”.⁴²⁶

Entretanto, no presente caso, constatou-se que (i) a arbitragem estava em curso e que (ii) os custos necessários para prosseguimento de procedimento arbitral não eram elevados. Por essa razão, o referido órgão julgador entende que se a controvérsia sobre os custos da arbitragem for “alçada ao patamar de revogação da cláusula compromissária, haverá insegurança contratual injustificável e que depõe contra a ideologia de uma jurisdição estabilizada e coerente com os princípios maiores da função (solucionar conflitos)”.⁴²⁷

Por fim, rechaçou a aplicação, por analogia, da lei estadual que regulamenta as taxas judiciais para o Tribunal de Justiça de São Paulo e sustentou que “os recorrentes escolheram a arbitragem e não cabe arrependimento por questão de doze mil reais”⁴²⁸, que era o valor em discussão para o prosseguimento da arbitragem.

5.2.2.2.1.4 Luiz Carlos Sambo e Morbo Comercio Varejista de Artigos de Vestuários e Acessórios LTDA. v. SPR Indústria de Confecção e Tecelagem LTDA.

Luiz Carlos Sambo e Morbo ajuizaram demanda judicial visando, dentre outros pleitos, à rescisão de contrato de franquia celebrado com a SPR, oportunidade na qual requereram a declaração de nulidade da convenção de arbitragem celebrada entre as partes com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e na ausência do preenchimento dos requisitos

⁴²⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1010093-17.2014.8.26.0001, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zualiani, j. 10/8/2016.

⁴²⁷ Ibidem.

⁴²⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1010093-17.2014.8.26.0001, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zualiani, j. 10/8/2016.

previstos no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem. Após contestação e réplica, o Juízo de Primeira Instância rejeitou a alegação de nulidade apresentada pelos autores e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Interposta apelação, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto redigido pelo Desembargador Hamid Bdine, confirmou a sentença com base no efeito negativo da convenção de arbitragem e no princípio da competência-competência, oportunidade na qual sustentou que

Não se afasta de todo a possibilidade de a incapacidade financeira daquele que subscreve cláusula compromissória ser invocada para impor a jurisdição estatal, se - o que não ocorreu neste caso - vier a demonstrar modificação de riqueza após a celebração do contrato.⁴²⁹

Ou seja, nessa decisão, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo indicou que, de acordo com as peculiaridades da situação econômica da parte, pode afastar a concretização da convenção de arbitragem celebrada entre as partes.

5.2.2.2.1.5 Vinícius Chaves Christ Wandenkolk v. BR Insurance Corretora de Seguros SA

Vinícius ajuizou demanda judicial contra BR Insurance visando o desbloqueio de ações obtidas por acordos societários, tendo requerido, desde logo, o afastamento da convenção de arbitragem devido à desproporcionalidade entre o valor da controvérsia e os custos da arbitragem.

Finda a fase postulatória, o Juízo de Primeira Instância, com fundamento no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, extinguiu o processo sem resolução de mérito. Essa sentença foi mantida pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual, em voto lavrado pelo Fortes Barbosa, concluiu que

O dispêndio financeiro necessário para instalação da arbitragem e a suposta desproporção com os valores buscados deveriam ter sido sopesados pelo apelante antes de anuir com a instituição de arbitragem, não sendo motivo válido para afastar

⁴²⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1049478-63.2014.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, j. 13/9/2017.

a jurisdição arbitral. Não é cabível, apenas após o surgimento do litígio, discutir eventuais desvantagens econômicas decorrentes da arbitragem.⁴³⁰

Em outras palavras, nessa oportunidade, o aludido órgão julgador declarou que a insuficiência de recursos para instauração de arbitragem não causaria qualquer impacto na convenção de arbitragem.

5.2.2.2.2 Os julgamentos da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

5.2.2.2.2.1 Valter De Lima v. Jonas Zotelli e Lizofer Ferro e Aço Ltda

Ao apreciar apelação interposta contra sentença que extinguiu ação de dissolução parcial da sociedade devido à existência de cláusula compromissória, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto redigido pelo Desembargador Ricardo Negrão, verificou que a sociedade empresária em litígio tinha capacidade financeira para arcar com os custos do procedimento arbitral e, em seguida, declarou que “eventual dificuldade financeira do demandante não [seria] óbice à instituição de arbitragem, lembrando-se que os custos do procedimento são proporcionais à dificuldade e valor da causa.”⁴³¹

5.2.2.2.2.2 Ibirapuera Assessoria Idiomatica Ltda. v. Central de Produções Gwup Ltda

Ao apreciar apelação interposta por Ibirapuera Assessoria Idiomatica Ltda. contra sentença que julgou extinta demanda judicial contra Central de Produções GWUP Ltda, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão elaborado pelo Desembargador Carlos Alberto Garbi, rejeitou a alegação da apelante de impossibilidade de arcar com os custos de arbitragem com base nos argumentos adotados no

⁴³⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1010893-44.2016.8.26.0011, 1ª Câmara Reservada Empresarial, rel. Des.Fortes Barbosa, j. 03.08.17.

⁴³¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0029502-72.2012.8.26.0451, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 19/5/2014.

caso “Regra e outras v. JC”⁴³². De certa forma, nesse julgado, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial entendeu que seria possível se dirigir ao Poder Judiciário caso tivesse sido demonstrada alteração no contrato ou impossibilidade de instalação da arbitragem, mas que, no caso, o elevado valor dos custos para instauração da arbitragem não consistiria em motivo para afastar a convenção de arbitragem.

5.2.2.2.3 Robson Levi Halagisnki vs Supera Instituto de Educação Limitada

Robson Levi Halagisnki (“Robson”) ajuizou ação judicial contra a Supera Instituto de Educação Limitada (“Supera”) visando à declaração judicial de rescisão de contrato de franquia. Após contestação e réplica, o Juízo de Primeira Instância acolheu a preliminar de convenção de arbitragem e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Inconformado, Robson interpôs recurso de apelação, oportunidade na qual sustentou que, “diante da necessidade de reconhecimento e concessão dos Benefícios da Assistência Judiciária, [...] não poderia pleitear este direito pelas vias arbitrais, pois as mesmas, como é de conhecimento público, possuem elevados custos, [...]”.

Em 28/11/2016, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de relatoria do Desembargador Fabio Tabosa, desproveu o recurso de Robson, mantendo a sentença proferida.

No caso, além de declarar que (a) a celebração de convenção de arbitragem impede a apreciação do litígio pelo Poder Judiciário e que (b) o princípio competência-competência estipula que o juízo arbitral dever ser o primeiro a se manifestar sobre a validade e eficácia da cláusula arbitral, o referido órgão julgador defendeu que

A mera alusão em torno dos custos envolvidos no procedimento arbitral não tem, ao contrário do quanto pretendido, o condão de legitimara mitigação da convenção de arbitragem para fins de submissão do litígio à apreciação judicial, pois livremente pactuada a cláusula compromissória, tendo o franqueado, por seu turno, realizado vultoso investimento para a contratação da franquia (da ordem de R\$ 70.000,00, segundo a petição inicial), o que até mesmo torna duvidosa, a despeito da gratuidade

⁴³² Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1040579-42.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 3/2/2016.

processual concedida em Primeiro Grau a partir de simples declaração de pobreza (fl. 57), a veracidade da hipossuficiência por ele apregoada.⁴³³

Ou seja, nesse caso, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a mera alegação de ausência de recursos para instauração da arbitragem não seria suficiente para causar impacto na convenção de arbitragem.

5.2.2.2.2.4 Calçados Suplicy Ltda. EPP. vs Bellíssima Calçados Ltda. ME

O arcabouço fático desse caso é semelhante ao caso anterior: Calçados Suplicy Ltda. EPP (“Calçados Suplicy”) ajuizou ação judicial contra Bellíssima Calçados Ltda. ME (“Bellíssima”) visando à declaração de nulidade do contrato de franquia. Em contestação, a Bellíssima suscitou a existência de convenção de arbitragem, preliminar esta que foi acolhida pelo Juízo de Primeira Instância. A Calçados Suplicy, por sua vez, interpôs recurso de apelação.

Em 13/3/ 2017, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi, proveu o recurso da Calçados Suplicy, reformando a sentença para declarar a invalidade da convenção de arbitragem e determinar o prosseguimento da demanda.⁴³⁴

Com efeito, na visão do referido órgão julgador, não estavam presentes os requisitos legais previstos no art. 4º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Federal nº 9.307/96, para validade da convenção de arbitragem no contrato de franquia celebrado entre as partes, que possuiria caráter adesivo.⁴³⁵

Embora a Calçados Suplicy não tenha suscitado a impossibilidade de arcar com os custos necessários para instauração do procedimento arbitral, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou que

⁴³³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 4010691-72.2013.8.26.0576, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, j. 28/11/2016.

⁴³⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1011982-63.2014.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13/3/2017.

⁴³⁵ Ibidem.

Para demandar no juízo arbitral, as autoras devem custear diversas despesas, tais como taxa de registro, taxa de administração e honorários do árbitro, cujo montante certamente não se mostrará compatível com a natureza do negócio, celebrado para viabilizar a exploração de pequeno comércio de sapatos, com taxa de franquia no valor de R\$ 30.000,00, tudo a reforçar que as franqueadas, de fato, desconheciam o conteúdo da cláusula compromissória constante do instrumento, e, destarte, a ela não poderiam ter livremente anuído.⁴³⁶

Em seguida, defendeu que

Como meio alternativo de resolução de conflitos, que importa em renúncia à jurisdição do Estado, não pode haver dúvida alguma sobre a vontade das partes na escolha da arbitragem. Essa escolha, entendo, só deve ser reconhecida quando se dá com pleno conhecimento do que representa, incluindo informação declarada sobre custos no Tribunal Arbitral previamente escolhido. O que se tem notado na prática é um desvio perigoso no uso da cláusula compromissória, que tem sido utilizada para inibir a propositura das demandas e impor aos franqueados, mais fracos, as condições e vontades do franqueador. Não se pode reconhecer a validade de cláusula dessa natureza que não representa a livre vontade das partes em assunto tão relevante como é a escolha do meio de solução dos conflitos e a aplicação da jurisdição.⁴³⁷

Como se vê, nessa ocasião, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (i) realizou um juízo de adequação entre o valor do litígio e os custos da arbitragem e (ii) apontou para a necessidade da ciência das partes sobre os custos da arbitragem no momento de celebração da convenção de arbitragem. Assim, tendo em vista que o litígio em questão era desproporcional e que a parte autora não tinha ciência dos custos da arbitragem, optou por declarar a invalidade da convenção de arbitragem.

Por fim, deve-se mencionar que, por ocasião do julgamento de demanda movida por Armanda Sordili e Gustavo Arutin Cavalcanti de Albuquerque contra Mendonça Alimentação Saudável Ltda. e outros⁴³⁸, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo reafirmou a necessidade de ciência das partes sobre os custos da arbitragem no momento de celebração da convenção de arbitragem.

⁴³⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1011982-63.2014.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13/3/2017.

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1131844-28.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30/11/2017.

5.2.2.2.3 Conclusões sobre o Posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo

O Tribunal de Justiça de São Paulo não possui um posicionamento definido sobre a questão, tanto que é possível encontrar decisão na qual se declarou que: (i) a impecuniosidade não impacta a convenção de arbitragem⁴³⁹; (ii) é permitido o socorro ao Poder Judiciário caso seja provada alteração no contrato ou impossibilidade de instauração da arbitragem, sendo que a insuficiência de recursos financeiros não estaria inserida nessas hipóteses⁴⁴⁰; (iii) é permitida a anulação de convenção de arbitragem que violar o acesso à justiça, com a ressalva de que a controvérsia sobre a impecuniosidade poderia causar insegurança jurídica⁴⁴¹; (iv) seria possível afastar a convenção de arbitragem com base na impecuniosidade⁴⁴²; (v) impõe-se, no momento da celebração da cláusula arbitral, a ciência prévia das partes sobre os custos da arbitragem sob pena nulidade.⁴⁴³

5.2.2.3 O posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná

Em 2012, o Tribunal de Justiça do Paraná analisou os efeitos da impecuniosidade na arbitragem, por ocasião do julgamento da Apelação nº 0010731-22.2009.8.16.0001, interposta

⁴³⁹ Conferir: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0036760-07.2007.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10/1/2012; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1010893-44.2016.8.26.0011, 1ª Câmara Reservada Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 03.08.17; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0029502-72.2012.8.26.0451, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 19/5/2014.

⁴⁴⁰ Conferir: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0003784-70.2012.8.26.0161, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 21/5/2013; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1040579-42.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 3/2/2016.

⁴⁴¹ Conferir: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1010093-17.2014.8.26.0001, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 10/8/2016.

⁴⁴² Conferir: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1049478-63.2014.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, j. 13/9/2017.

⁴⁴³ Conferir: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1011982-63.2014.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13/3/2017. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1131844-28.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30/11/2017.

por SERVIÇO DE ACABAMENTO NA CONSTRUÇÃO CIVIL IAPOCKI LTDA. contra sentença que, por força da existência de convenção de arbitragem em contrato de empreitada, extinguiu ação de cobrança ajuizada contra HOMES EMP E PARTICIPAÇÕES SA e outros.⁴⁴⁴

No caso, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em acórdão da relatoria do Des. João Domingos Kuster Puppi, confirmou que a anulação da convenção de arbitragem somente seria possível em caso de vício de consentimento ou abusividade, sendo que a insuficiência de recursos financeiros para iniciar o procedimento arbitral não consistiria em nenhuma dessas situações.⁴⁴⁵

Além disso, sustentou que, “ao optarem por meio alternativo de solução de conflitos, qual seja, a arbitragem, esta afasta a jurisdição estatal, sem que, com isto, configure qualquer violação ao artigo 5º, inciso XXXV”.⁴⁴⁶ Por fim, concluiu que o elevado valor das custas instituídas por câmara arbitral não configura violação ao acesso à justiça por força da liberdade que qualquer instituição privada tem para estabelecer o preço de seus serviços, não cabendo ao Poder Judiciário analisar essa questão.⁴⁴⁷

Curiosamente, nesse mesmo ano, o TJPR também analisou a impecuniosidade no julgamento da apelação nº 0009832-87.2010.8.16.0001, interposta por Deonaldo Conoratto Filho contra sentença que extinguiu processo movido contra ARL Engenharia e Construção Ltda. e outro.⁴⁴⁸ Nessa oportunidade, a 11ª Câmara Cível do TJPR, em voto da lavra do Des. Ruy Muggiati, declarou sucintamente que a ausência de recursos financeiros para instauração da arbitragem “não configura motivo para anular a cláusula compromissória”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0010731-22.2009.8.16.0001, 12ª Câmara Cível, rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, j. 12/9/2012.

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0010731-22.2009.8.16.0001, 12ª Câmara Cível, rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, j. 12/9/2012.

⁴⁴⁷ O Des. João Domingos Kuster Puppi declarou que “também não configura violação constitucional o preço cobrado pela câmara de arbitragem. Afinal, tratando-se de instituição privada, esta pode estabelecer as suas custas. Ora, estabelecendo as partes que eventuais conflitos sejam decididos pela arbitragem, esta deverá seguir o regulamento previsto pela respectiva câmara escolhida pelas partes. Não cabe ao Poder Judiciário apreciar o valor das custas cobradas por câmara de arbitragem, pois esta análise foge à sua competência.” (Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0010731-22.2009.8.16.0001, 12ª Câmara Cível, rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, j. 12/9/2012).

⁴⁴⁸ Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0009832-87.2010.8.16.0001, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Ruy Muggiati, j. 28/11/2012.

⁴⁴⁹ Ibidem.

Deve-se mencionar, ainda, que, em 2013, no julgamento de apelação interposta por Secon Construções Técnicas LTDA. contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em demanda ajuizada contra Toshiba Infraestrutura América do Sul LTDA. (Processo nº 0008756-91.2011.8.16.0001), a 11ª Câmara Cível do TJPR concluiu que o desconhecimento sobre os custos para instauração de arbitragem não consiste em vício de consentimento apto para anular a convenção de arbitragem.⁴⁵⁰

Entretanto, em 2016, a 11ª Câmara Cível, em acórdão da lavra do Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson, adotou um posicionamento distinto dos três julgados anteriores. No caso, por ser “evidente que as partes beneficiárias da Justiça Gratuita não têm condições para custear um processo arbitral”, entendeu que “impor a cláusula arbitral no presente caso seria negar o princípio da indisponibilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal”.⁴⁵¹

Vê-se, portanto, que, embora tivesse adotado um posicionamento em prol da arbitragem em três decisões, recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu afastar a validade da cláusula arbitral quando verificar que a parte não possui condições financeiras de utilizar esse mecanismo de resolução de conflitos.

5.2.2.4 O Posicionamento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de Goiás

Pelo que se tem notícia, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais analisou, em duas oportunidades, a insuficiência de recursos financeiros para instauração de arbitragem. Na primeira, sua 13ª Câmara Cível, em voto da lavra do Desembargador Rogério Medeiros, rejeitou o questionamento sobre a validade da cláusula compromissória firmada em transação judicial, oportunidade na qual declarou ser irrelevante o fato da parte ter que arcar com custas para processamento da arbitragem, uma vez que essa situação deveria ter sido melhor analisada no

⁴⁵⁰ Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0008756-91.2011.8.16.0001, 11ª Câmara Cível, rel. Des. (a) Vilma Régia Ramos de Rezende, j. 23/4/2014.

⁴⁵¹ Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação nº 0002536-39.2013.8.16.0088, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, j. 11/5/2016.

momento de celebração da cláusula arbitral.⁴⁵² Na segunda, a 13ª Câmara Cível, dessa vez em acórdão redigido pelo Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata, limitou-se a declarar que “a insuficiência de recursos da parte não tem o condão de desconstituir a cláusula arbitral ou qualquer outra cláusula do contrato social firmado, por se tratar de uma condição sem correlação com os objetivos do contrato”.⁴⁵³

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, por sua vez, no julgamento de apelação interposta por Patrícia Duarte da Silva em demanda movida contra Residencial Mendanha Empreendimentos Imobiliários LTDA, em acórdão da escrito pelo Desembargador Eudécio Machado Fagundes, declarou que “o procedimento a ser observado, e seguido nas cortes arbitrais, deve sempre estar pautado pelos princípios basilares do acesso à jurisdição, dentre eles, do acesso à justiça e da assistência judiciária aos necessitados”.⁴⁵⁴ Entretanto, nessa oportunidade, manteve sentença que julgou extinto o processo sem resolução de mérito devido à ausência de prova de que a câmara de arbitragem indicada pelas partes na cláusula arbitral teria se recusado a processar o litígio pela ausência do pagamento das custas.

5.2.3 Conclusões sobre os efeitos da impecuniosidade no Brasil

A impecuniosidade na arbitragem é um assunto pouco debatido no Brasil, seja na doutrina ou nos tribunais. Para piorar, não há uma unanimidade sobre seus efeitos na convenção de arbitragem.

Com efeito, verifica-se que, após uma profunda análise dos efeitos da impecuniosidade à luz da (i) Constituição Federal, (ii) da Lei de Arbitragem e (iii) da Convenção de Nova Iorque, a doutrina, majoritariamente, entende que a insuficiência de recursos financeiros para

⁴⁵² O Desembargador Rogério Medeiros declarou que “a questão de a ora apelante ser obrigada a arcar com custas ao eventualmente ter de discutir as questões aventadas nos autos em epígrafe junto à CAMARB é absolutamente irrelevante para o deslinde da questão posta à minha apreciação, visto que a mesma deveria ter sido melhor aquilataada quando a ora apelante anuiu - espontaneamente, insisto - em transigir com a empresa recorrida relativamente quando da lavratura do acordo.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação nº 0086730-20.2010.8.13.0521, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério Medeiros, j. 7/5/2015).

⁴⁵³ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 6041987-77.2015.8.13.0024, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 15/12/2016.

⁴⁵⁴ Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação nº 196255-68.2008.09.0051, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Eudécio Machado Fagundes, j. 10/7/2012.

instauração da arbitragem impõe a resolução da convenção de arbitragem ou a mitigação de seus efeitos, com a consequente permissão da parte impecuniosa de acionar o Poder Judiciário para solucionar seus litígios.

Por outro lado, o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro sobre o tema é escasso e, pior, errático. No único julgado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conquanto tenha privilegiado o princípio da competência-competência, indicou que a impecuniosidade poderia ter impactado na convenção de arbitragem caso fosse flagrante situação de insuficiência de recursos financeiros para arcar com os custos do procedimento arbitral.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, órgão judicial com o maior número de casos sobre impecuniosidade na arbitragem, possui decisões declarando que a impecuniosidade não afeta a convenção de arbitragem ao mesmo tempo em que possui decisões no sentido oposto, desconsiderando a cláusula arbitral em prol do princípio do acesso à justiça.

O Tribunal de Justiça do Paraná apresentou, inicialmente, posicionamento no sentido de que a impecuniosidade não afetaria a convenção de arbitragem por não se tratar de situação violadora do princípio do acesso à justiça. Entretanto, há dúvidas sobre a manutenção desse posicionamento, tendo em vista que, recentemente, foi proferida decisão desconstituindo a convenção de arbitragem com base no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nas duas oportunidades em que analisou a questão, manteve válida e eficaz a convenção de arbitragem. O Tribunal de Justiça de Goiás, por sua vez, no único julgamento dessa controvérsia, rejeitou o pedido da parte impecuniosa por ausência de provas.

Vê-se, portanto, que não é possível visualizar um posicionamento definido da doutrina, tampouco dos tribunais brasileiros. Essa situação, por óbvio, não pode ser aceita, pois, em última instância, implica insegurança jurídica para todo cidadão que pretende utilizar o referido método para solucionar seus conflitos.

Em nossa opinião, essa dissonância entre a doutrina e o posicionamento dos tribunais somente será resolvida se atribuirmos maior concretude ao conceito de impecuniosidade com base na boa-fé, de forma que possamos facilmente verificar quando uma pessoa não possui recursos financeiros para instaurar um procedimento arbitral, o que será feito no próximo capítulo.

6 POR UM NOVO CONCEITO DE IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM

A impecuniosidade consiste em conceito extremamente genérico e, para piorar, sua incidência na arbitragem não é regulamentada no Brasil ou em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Essa situação, em nossa visão, dificulta a verificação de seus efeitos na arbitragem, afinal, fica ao livre arbítrio do órgão julgador decidir se determinada situação de ausência de recursos financeiros é relevante o suficiente para causar qualquer impacto na cláusula arbitral. Para resolver tal problema, entendemos que o conceito de impecuniosidade na arbitragem deve ser concreto, o que ocorrerá se o analisarmos à luz da boa-fé objetiva, conforme será demonstrado a seguir.

6.1 Noções sobre a boa-fé objetiva

A boa-fé, instituto presente no direito desde a antiguidade⁴⁵⁵, divide-se em subjetiva e objetiva. A primeira espécie, segundo Judith Martins-Costa, consiste em situação na qual “um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato”.⁴⁵⁶

Já a boa-fé objetiva, instituto jurídico moderno incorporado efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro no final do século XX⁴⁵⁷, consiste, na visão de Anderson

⁴⁵⁵ Marcelo de Oliveira Milagres aponta que “a boa-fé tem origem na fides (fidelidade) romana: fides-sacra (entrega e lealdade), fides-fato (garantia), fides-ética (dever moral). Da fides, passou-se a fides bona, a bona-fides e a bonae fidei iudicia. A bona-fides canônica era vista como a ausência de pecado. Atribui-se a origem da boa-fé germânica ao juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada (lealdade e crença).” (MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Negociabilidade e Boa-fé*. In: *Revista de Direito Privado*, v. 61, p. 107-124, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica).

⁴⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 280.

⁴⁵⁷ De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, embora esteja prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Comercial de 1850, “os arts. 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor são apontados como os primeiros a consagrar a noção da boa-fé objetiva em nosso sistema; isto se deve, contudo, não a uma especial ligação da boa-fé ao campo do direito do consumidor, mas apenas e tão-somente ao fato de que, à época da elaboração do CDC, a ciência jurídica nacional já estava suficientemente madura para

Schreiber, “em cláusula geral que impõe a adoção de comportamento compatível com a mútua lealdade e confiança nas relações jurídicas”.⁴⁵⁸ Trata-se de um princípio jurídico que impõe ao indivíduo a adoção de um comportamento probo e ético em suas relações jurídicas.⁴⁵⁹

Nesse contexto, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ensinam que a boa-fé possui “uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, [...]”.⁴⁶⁰

A função interpretativa da boa-fé fundamenta-se no art. 113 do Código Civil, o qual dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.⁴⁶¹ Ao interpretar o referido dispositivo legal, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria sustentam que “a função interpretativa reservada à boa-fé consiste em evitar, nas disposições provocadoras de divergência exegética, o sentido que seja incompatível com a honestidade e a lealdade”.⁴⁶² Tal função impede, ainda, que determinada cláusula contratual seja interpretada de forma que prejudique, sem qualquer fundamento, uma das partes.⁴⁶³

Em decorrência de sua função corretora, que se alicerça no art. 187 do Código Civil⁴⁶⁴, a boa-fé objetiva também impõe a prática de atos legais, rechaçando, inclusive, qualquer

consolidar o princípio e torna-lo aplicável além da simples hermenêutica contratual.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 130).

⁴⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 405.

⁴⁵⁹ Jairo Saddi entende que “[...], boa-fé objetiva é a conduta em consonância com os padrões sociais estabelecidos e reconhecidos em determinado local, ou seja, é a postura do homem médio diante da realidade social em que vive. Posto isso, tem-se por boa-fé objetiva o dever de conduta leal, honesta ou mesmo correta nas relações jurídicas obrigacionais, trazendo assim uma situação de confiança entre as partes envolvidas.” (SADDi, Jairo. O princípio da Boa-Fé e a Arbitragem. In: GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin. 2006. P. 66-67).

⁴⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. P. 35.

⁴⁶¹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da Boa-fé. Teoria do ato próprio ou vedação do comportamento contraditório. In: *Revista de Direito Privado*, v. 38, p. 149-175, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

⁴⁶³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, op. cit., nota 462, p. 36.

⁴⁶⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

conduta jurídica abusiva⁴⁶⁵. Por fim, verifica-se a função criadora da boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil⁴⁶⁶, da qual defluem uma série de deveres anexos à prestação obrigacional a ser prestada pela parte, dentre os quais, para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, destacam-se os “de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação”.⁴⁶⁷

Fato é que, atualmente, a boa-fé objetiva é um “novo princípio contratual”, aplicável em todas as relações jurídicas, em especial as contratuais⁴⁶⁸, que também exerce a importante função de mitigar os princípios contratuais clássicos⁴⁶⁹.

6.2 A boa-fé objetiva na arbitragem

A arbitragem, conforme verificado no segundo capítulo do presente trabalho, é um método adequado de resolução de conflitos que possui natureza jurisdicional, na medida em que, por força do art. 18 da Lei de Arbitragem, “o árbitro é juiz de fato e de direito”. Esse mecanismo, contudo, também possui natureza contratual⁴⁷⁰, afinal, a escolha das partes pela

⁴⁶⁵ Judith Martins-Costa é precisa ao sustentar que “a função corretora se abre em duas distintas vertentes: a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude (Código Civil, 187, a contrario); e pauta a correção do próprio conteúdo contratual, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual, neste último caso por meio de institutos especificamente previstos em lei.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 625).

⁴⁶⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. P. 36.

⁴⁶⁸ Antonio Junqueira declara que, “no campo dos contratos, a boa-fé objetiva é, pois, aplicável a toda e qualquer relação contratual, independentemente do desequilíbrio entre os pólos da relação.” (JUNQUEIRA, Antonio. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 127).

⁴⁶⁹ Anderson Schreiber menciona que “com a edição do Código Civil de 2002, ganhou força na doutrina brasileira a alusão a ‘novos princípios contratuais’, que seriam essencial três: (i) a boa-fé objetiva; (ii) a função social dos contratos e (iii) o equilíbrio contratual. Tais princípios, embora atrelados aos valores solidaristas consagrados na Constituição, em oposição ao pensamento liberal-voluntarista que caracterizava a tradição do Direito Civil brasileiro, teriam, para muitos autores, não o papel de se opor, mas tão somente de temperar a intensidade de aplicação dos princípios tradicionais do Direito dos Contratos, quais sejam, (i) a liberdade de contratar, (ii) a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); e (iii) a relatividade dos contratos.” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 25).

⁴⁷⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 3.

adoção desse meio jurisdicional é realizada por meio de convenção de arbitragem, que nada mais é do que um negócio jurídico⁴⁷¹.

Consequentemente, consoante ensina Jairo Saddi, “sendo a arbitragem de natureza contratual, conclui-se que não somente a Lei 9.307/96, como também o Código Civil e os princípios da Teoria Geral dos Contratos regerão essas relações”.⁴⁷² Logo, verifica-se que a boa-fé objetiva se aplica na arbitragem, pois, conforme bem delineado por Luiz Olavo Baptista,

A boa-fé nas relações entre as pessoas é um imperativo ético que existe permanentemente, e nas arbitragens adquire contornos específicos. Todavia, as relações contratuais entre os participantes – partes e árbitro, partes e seus representantes, e partes e instituições arbitrais – obedecem a regra geral de conduta de boa-fé na execução e negociação do contrato, constantes do Código Civil.⁴⁷³

De toda forma, conforme apontado por José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, o art. 27 da Lei de Arbitragem consiste na “fonte legal do princípio da lealdade processual (ou princípio da boa-fé processual) na arbitragem, o que, contudo, não afastaria a sua aplicação caso houvesse omissão da lei, pois se trata de um princípio do ordenamento processual, implicitamente incidente”.⁴⁷⁴

Assim, em nenhuma hipótese, pode-se defender a inaplicabilidade da boa-fé objetiva na arbitragem. Pelo contrário, o referido princípio processual jurídico é empregado em sua plenitude, o que abarca as funções integrativa, corretora e criadora de deveres anexos.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Giovanni Ettore Nanni ensina que a convenção de arbitragem “consubstancia negócio jurídico, dependendo do consenso das partes, mediante declaração de vontade, para sua implementação. Sendo assim, deve se adequar a todas as características decorrentes das relações jurídicas privadas, como, por exemplo, a formação, os efeitos e a obediência aos requisitos do negócio jurídico estabelecidos no art. 104 do Código Civil.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 4).

⁴⁷² SADDI, Jairo. O princípio da Boa-Fé e a Arbitragem. In: GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin. 2006. P. 63.

⁴⁷³ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P.112.

⁴⁷⁴ FICHTNER, José Antonio *et al.* A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012. P. 278.

⁴⁷⁵ Para José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “na arbitragem, o princípio da boa-fé objetiva se manifesta nas suas três funções, isto é, (i) cânone hermenêutico-integrativo, (ii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos e (iii) norma de criação de deveres jurídicos.” (Idem. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 137).

Importante mencionar, ainda, que a aplicação da boa-fé objetiva na arbitragem é extremamente ampla, abrangendo o momento de celebração da cláusula arbitral⁴⁷⁶, de escolha pela instauração da arbitragem e, especialmente, o decorrer do procedimento arbitral⁴⁷⁷.

Vê-se, portanto, que, embora estejam em conflito, existe um dever de as partes agirem de forma leal durante todas as etapas da arbitragem, que vai desde as tratativas para celebração da cláusula arbitral até a prolação da sentença, que, provavelmente, solucionará o litígio adequadamente e com celeridade.⁴⁷⁸

6.3 As táticas de guerrilha na arbitragem

Embora a boa-fé seja aplicável na arbitragem, infelizmente, a prática demonstra que, habitualmente, há o descumprimento do dever de agir com retidão durante o procedimento arbitral por meio das “táticas de guerrilha”⁴⁷⁹, que, segundo Eleonora Coelho, “são métodos

⁴⁷⁶ Segundo José Emílio Nunes Pinto, “a conduta determinada pelo princípio da boa-fé deverá estar presente durante a fase de negociação do contrato e de sua execução, fazendo com que se projete esse dever sobre ambos os pólos da relação obrigacional - credor e devedor.” (PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 34-47, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, Versão Eletrônica).

⁴⁷⁷ Luiz Olavo Baptista entende que “o dever ético das partes tem início antes do início da arbitragem, no juízo que precisam fazer da existência de boas razões para dar início à mesma, e prosseguem evoluindo no curso do procedimento, sob a batuta da boa-fé.” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 112).

⁴⁷⁸ Marcelo Roberto de Carvalho Ferro sustenta que “[...], o dever geral de boa-fé impõe a todos os participantes de um processo arbitral a adoção de um comportamento pautado pela atuação transparente, que permita a prolação de uma sentença executável e privada de vícios, ou defeitos.” (FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de et al. (coord). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2013. P. 631).

⁴⁷⁹ Caio Campello de Menezes leciona que “O termo ‘guerrilha’ origina-se do idioma Espanhol e significa pequena guerra. As guerrilhas seriam manobras com contornos irregulares de conflitos travados por um restrito grupo de combatentes que utilizam táticas não convencionais com elementos surpresa e com certo grau de agressividade contra exércitos tradicionais.” (MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 45, jan-mar, p. 82-107, Holanda: Wolter Kluwer. 2015. P. 83).

antiéticos utilizados por aqueles que não estão interessados, ou que buscam evitar e/ou atrasar o resultado útil da arbitragem”.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹

Em outras palavras, a expressão “tática de guerrilha” é utilizada para conceituar qualquer conduta praticada pela parte, seja interna ou externamente ao procedimento arbitral⁴⁸², que tenha como objetivo frustrar a arbitragem. Trata-se, portanto, de atos que violam a boa-fé objetiva⁴⁸³, e que, diante da ilimitada imaginação do ser humano, são de difícil sistematização. Para Manoel Pereira, consistem em táticas de guerrilha:

- 1) expedientes destinados a retardar a constituição do tribunal arbitral ou o seu prosseguimento, nomeadamente a formulação de incidentes processuais, por vezes múltiplos, sem fundamento e, frequentemente, sem sentido racional.
- 2) recusa injustificada de árbitros, designadamente no decurso da instância arbitral, muito frequentemente com fundamento em alegada falta de imparcialidade ou de independência.
- 3) Ameaça injustificada de utilização de meios impugnatórios da atividade do tribunal arbitral e, sobretudo, da sentença arbitral.
- 4) Ameaça injustificada de instauração de ações de responsabilidade civil contra os árbitros.⁴⁸⁴

Eleonora Coelho, por sua vez, aponta os seguintes atos enquadráveis nesse conceito: (i) a excessiva produção probatória; (ii) a prática de atos protelatórios; (iii) a geração de conflito entre as partes; (iv) a oposição aos árbitros desprovidas de fundamentos; (v) apresentação extemporânea de argumentos e documentos; (vi) ajuizamento de medidas antiarbitragem; (vii) tentativas de obter vantagens indevidas perante o Tribunal Arbitral; (viii) coação de

⁴⁸⁰ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: Revista Brasileira da Advocacia, v. 5, p. 35-55, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. P. 39.

⁴⁸¹ No mesmo sentido, Caio Campello de Menezes diz que “as táticas de guerrilha têm como propósito de obstruir, retardar ou desvirtuar o procedimento arbitral em prol de interesses escusos da parte.” (MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 45, jan-mar, p. 82-107, Holanda: Wolter Kluwer. 2015. P. 84).

⁴⁸² HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 311.

⁴⁸³ Eleonora Coelho defende que “ilegais ou não, as táticas de guerrilha são sempre antiéticas. Isso porque configuram violação ao princípio geral de atuação ética e de boa-fé, e ao dever de lealdade decorrente da convenção de arbitragem, necessário para que os árbitros possam conduzir o procedimento de forma planejada e para produzir os resultados esperados.” (COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: Revista Brasileira da Advocacia, v. 5, p. 35-55, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. P. 40).

⁴⁸⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. Processo Arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais. In: ROA, 2012. P. 1.091.

testemunhas e *experts* visando um posicionamento favorável; (ix) ações desrespeitosas com os sujeitos da arbitragem; (x) criação de entraves na audiência arbitral.⁴⁸⁵

Caio Campello de Menezes indica que também consistem em tática de guerrilha: (a) o suborno de árbitro, auxiliares do tribunal arbitral ou testemunhas; (b) a intimidação de alguma pessoa envolvida na arbitragem; (c) a adoção de métodos de controle de informações; (d) a apresentação de fatos ou documentos falsos.⁴⁸⁶

Especificamente para fins deste trabalho, destaca-se uma tática de guerrilha, qual seja: a recusa em arcar com os custos do procedimento arbitral.⁴⁸⁷ Para Hermes Marcelo Huck, essa atitude “retarda o andamento do processo, além de transferir para a parte contrária o ônus financeiro da disputa. É incidente que pode desincentivar o seguimento da arbitragem ou mesmo decretar sua morte”.⁴⁸⁸

Ou seja, em certas ocasiões, a insuficiência de recursos financeiros tem sido indevidamente utilizada por uma parte visando protelar o procedimento arbitral, o que não pode ser aceito por violar a boa-fé objetiva.

Fato é que a comunidade jurídica tem buscado alternativas para combater essas táticas de guerrilha, tendo, inclusive, criado códigos de conduta para os praticantes de arbitragem verificarem, com maior facilidade, tais atos, de forma que possam ser melhor rechaçados.⁴⁸⁹

Todavia, de acordo com Maurício Gomm dos Santos, “o ‘antídoto’ para enfrentar as táticas de guerrilha ainda residem na idoneidade, seriedade, zelo, cuidado e experiência dos árbitros e advogados, e, conseqüentemente, nos contornos – por estes – definidos sobretudo no

⁴⁸⁵ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: Revista Brasileira da Advocacia, v. 5, p. 35-55, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. P. 40-41.

⁴⁸⁶ CAMPELLO, Caio de Menezes. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 45, jan-mar, p. 82-107, Holanda: Wolter Kluwer. 2015. P. 84-85.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 85.

⁴⁸⁸ HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 312.

⁴⁸⁹ Eleonora Coelho indica que respeitadas instituições arbitrais criaram códigos de condutas para combater as táticas de guerrilha, dentre os quais se destacam as diretrizes do International Bar Association sobre representação das partes apresentadas em 2013, bem como “(i) IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1986); (ii) Union Internationale des Avocats ‘Turin Principles’ (2005); (iii) IBA General Principles of Legal Profession (2006); (iv) Code of Conduct for EUropean Lawyers, do Council of Bars and Law Societies of Europe (2006); (v) The Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals (2010).” (COELHO, Eleonora, op. cit., nota 487, p. 43-44).

início da arbitragem”.⁴⁹⁰ Nesse contexto, aumenta-se a importância da adequada aplicação da boa-fé objetiva na arbitragem para combater as táticas de guerrilha e, consequentemente, permitir a efetiva utilização da arbitragem.

6.4 Um novo conceito de impecuniosidade à luz da boa-fé objetiva

Não bastasse a vagueza do conceito, a alegação de impecuniosidade por uma das partes no procedimento arbitral, como visto, pode consistir em tática de guerrilha utilizada para frustrar a arbitragem. Esses dois fatores, em nossa opinião, contribuem para o atual cenário de incerteza doutrinária e jurisprudencial sobre os efeitos dessa situação na convenção de arbitragem.

Nesse panorama, entendemos que a boa-fé objetiva possui um papel essencial para solucionar o problema, na medida em que permitirá uma melhor visualização da situação de extrema penúria financeira da parte, bem como impedirá a utilização de expedientes de guerrilha.⁴⁹¹

No caso, a função criadora da boa-fé impõe que as partes adotem todas as medidas possíveis para cumprir determinado contrato, de forma que possam aproveitar as benesses de seu adimplemento.⁴⁹²

⁴⁹⁰ SANTOS, Maurício Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017. P. 342.

⁴⁹¹ Na visão de José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro, “o princípio da boa-fé objetiva também atua na arbitragem para evitar o abuso de direito. Quem celebra convenção de arbitragem, deve submeter seus conflitos de interesse à arbitragem, sendo certo que qualquer tentativa de se opor ao processo arbitral de forma desarrazoada implica violação do princípio da boa-fé objetiva. Assim, v.g., o ajuizamento de ações judiciais sem fundamento, objetivando a declaração de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção da arbitragem no curso da arbitragem também representa abuso de direito. Da mesma maneira, age a parte que, sem fundamento adequado, para inibir arbitragem, ajuíza a chamada anti-arbitration injunction perante o Poder Judiciário, especialmente em países que não o da sede da arbitragem.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 137).

⁴⁹² José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro declaram que “a boa-fé objetiva, ademais, não se contenta apenas com deveres negativos, mas exige deveres positivos, pois a sua observância pressupõe que as partes façam tudo aquilo que esteja razoavelmente ao seu alcance para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambos os contratantes obtenham o proveito objetivado.” (Ibidem, p. 132).

Transportando esse conceito para a arbitragem, verifica-se que a celebração da cláusula arbitral consiste na opção das partes, com base na autonomia da vontade, de solucionar seus conflitos por um método de resolução de conflitos que lhes seria mais adequado que o Poder Judiciário.⁴⁹³

Logo, conforme bem aponta José Emílio Nunes Pinto, “surgindo a controvérsia, o que se pode esperar das partes é que ajam de acordo com o que convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral destinado a solucioná-la, [...]”.⁴⁹⁴

A boa-fé objetiva, portanto, impõe que as partes adotem todas as medidas possíveis para cumprir a convenção de arbitragem, instaurando o procedimento arbitral caso venha a surgir um litígio.⁴⁹⁵

Nessa conjuntura, entendemos que a impecuniosidade na arbitragem não pode se caracterizar pela mera ausência de recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com um procedimento arbitral. O motivo é simples: conforme bem alertado por Rodrigo Araujo Gabardo, “reconhecer que a mera alegação de situação de impecuniosidade repercutisse na presunção do estado de pobreza e legitimasse o seguimento da ação judicial, simplesmente representaria o fim do efeito positivo da convenção de arbitragem”.⁴⁹⁶

Em nossa opinião, a impecuniosidade na arbitragem deve consistir em uma situação na qual a parte não possui recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com uma arbitragem mesmo após adotar uma série de medidas visando o adimplemento da cláusula arbitral.

⁴⁹³ Para José Emílio Nunes Pinto, “a posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é de partes em colaboração. O que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo que seja aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando estas venham a surgir. Portanto, do ponto de vista da conclusão da cláusula compromissória, estariam as partes alinhadas com o princípio da boa-fé objetiva. Há inerente na conclusão da cláusula compromissória o traço da colaboração entre as partes signatárias, da identidade de propósitos, qual seja, o de utilizarem-se da arbitragem quando venham a surgir suas controvérsias, sem mencionar a sua integração na equação de equilíbrio econômico do contrato.” (PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 34-47, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, Versão Eletrônica).

⁴⁹⁴ Ibidem.

⁴⁹⁵ José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro reconhecem que “o princípio da boa-fé objetiva incide na arbitragem no sentido de exigir que as partes atuem em colaboração ou cooperação, sempre no intuito de tornar viável o negócio arbitral.” (FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 138).

⁴⁹⁶ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 108.

Esse conceito, portanto, conjuga um elemento fático e um jurídico. No primeiro, a parte impecuniosa deve demonstrar, por meio de documentos, que não possui recursos financeiros para arcar com os custos necessários para instauração e prosseguimento da arbitragem.⁴⁹⁷

O elemento jurídico, calcado na boa-fé objetiva, impõe à parte que demonstre a busca por alternativas para instaurar o procedimento arbitral. De forma mais específica, entendemos que esse *standard* de conduta deve ser composto por atitudes que demonstrem: (i) tentativas de obtenção recursos financeiros e de transferência dos custos do procedimento arbitral para terceiros; e (ii) contato com a outra parte da convenção da arbitragem para realizar o pagamento das despesas necessários à instituição da arbitragem ou modificar a cláusula arbitral para reduzir os custos do procedimento.

6.4.1 As tentativas de obtenção de recursos financeiros e de transferência dos custos do procedimento arbitral para terceiros

Tendo em vista que a arbitragem é um método privado de resolução de conflitos em que não há o benefício da gratuidade da justiça para a parte hipossuficiente⁴⁹⁸, a caracterização da

⁴⁹⁷ Jaroslav Kudrna também entende que “if a claimant is impecunious, he should bear a heavy burden of proof to convince a state court that his financial conditions do not allow him to start arbitration. The threshold for not giving effect to the arbitral agreement should remain high.” (KUDRNA, Jaroslav. Arbitration and right of access to justice: tips for a successful marriage. In: New York University – *Journal of international law and politics online forum*. Disponível em: <<https://nyujilp.org/arbitration-and-right-of-access-to-justice-tips-for-a-successful-marriage/>> Acesso: 31 out. 2018). Tradução livre: “Se um requerente for impecunioso, ele carrega o ônus da prova para convencer a corte do estado de que suas condições financeiras não permitem que ele inicie uma arbitragem. O limiar para não efetivar a convenção de arbitragem deve permanecer alto”. No mesmo sentido, Rodrigo Araujo Gabardo aponta que “no caso da alegação de impecuniosidade em face da convenção de arbitragem, esta produzirá fortes e imediatos efeitos no direito da parte ex adversa, repercutindo em toda a relação processual; fato que impõe sua devida comprovação.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 108).

⁴⁹⁸ Francisco José Cahali menciona que inexistente “previsão para este juízo de gratuidade da justiça pela incapacidade financeiro da parte, nos moldes previstos no Código de Processo Civil de 2015 (arts. 98 e ss., com revogação parcial da Lei 1.060/1950 a respeito). O benefício previsto na norma processual se exerce exclusivamente perante o juízo estatal.” (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 293). Marcelo Roberto de Carvalho Ferro também é taxativo ao declarar que “como não existe justiça arbitral gratuita, toda arbitragem é custeada.” (FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de et al. (coord). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2013. P. 626).

impecuniosidade depende da comprovação de que buscou recursos para financiar a arbitragem.⁴⁹⁹ Embora sejam de difícil obtenção⁵⁰⁰, entendemos que a parte impecuniosa precisa buscar mecanismos bancários para arcar com os custos do procedimento arbitral.⁵⁰¹

Além disso, precisará comprovar que buscou transferir esses custos para um terceiro que não participa da relação contratual por meio de convenções processuais, as quais, segundo Antonio do Passo Cabral, “podem transferir, total ou parcialmente, os custos do processo para sujeitos que não fazem parte da relação jurídica material subjacente ao conflito e também não participam ou que nem venham a participar do processo”.⁵⁰²

Trata-se de expediente extremamente normal, que permite (i) uma melhor administração dos riscos de uma demanda⁵⁰³ e, principalmente, (ii) o acesso à justiça das pessoas que não possuem meios para arcar com as custas de um processo.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Rodrigo Araujo Gabardo também partilha desse posicionamento por entender que “a excepcionalidade da flexibilização do pacta sunt servanda inerente a convenção de arbitragem deverá ser verificada em situações excepcionais de crise econômico-financeira da parte. A exigibilidade de escrutínio amplo e do afastamento de todas as hipóteses de financiamento do litígio terão ainda um efeito prático, desincentivar a utilização, de má fé, do estado de impecuniosidade como um mecanismo de eximir-se da arbitragem.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 111).

⁵⁰⁰ Stefan Krööl declara que “(...), it will be very difficult if not impossible to find a bank which gives credit to an already impecunious party against which a claim is brought. Loans or the issuance of bank guarantees normally depend on the existence of sufficient assets of the main debtor.” (KRÖÖL, Stefan. Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousness of a party. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 156). Tradução livre: “será muito difícil ou impossível encontrar um banco que forneça crédito para uma parte já impecuniosa contra quem for aberto um processo. Empréstimos ou a emissão de garantias bancárias normalmente dependem da existência de ativos suficientes do devedor.”

⁵⁰¹ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 161-162.

⁵⁰² CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

⁵⁰³ De acordo com Flávia Bittar Neves, a transferência dos custos do processo para terceiros “também pode oferecer aos seus usuários a oportunidade de administrar o risco financeiro associado ao exercício do seu direito de ação por meio da instauração da arbitragem. Trata-se de situação em que o investidor oferece ao cliente a possibilidade de alcançar um bom resultado financeiro ao final da demanda, sem que tenha que incorrer em despesas para processá-la ou alocar fundos para fazer face às consequências que possam advir da improcedência de seu pleito.” (NEVES, Flávia Bittar. Financiamento de arbitragem por terceiros – uma alternativa apenas em tempos de crise? In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 165).

⁵⁰⁴ Antonio do Passo Cabral menciona que “esse tipo de convenção processual promove o acesso à justiça, tornando possível a propositura de demandas complexas ou referentes a pretensões muito valiosas por pessoas que talvez não conseguissem suportar, por longo tempo, os intrincados meandros de um custoso processo judicial

Existem vários mecanismos por meio dos quais pode-se transferir os custos, mas, no presente trabalho, nos limitaremos a analisar dois, quais sejam: (i) o seguro de tutela jurisdicional; e (iii) o *third party funding*.

6.4.1.1 O seguro de tutela jurisdicional

Caio Mário da Silva Pereira ensina que “seguro é o contrato por via do qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante o recebimento de um prêmio, a garantir interesse legítimo desta, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos futuros predeterminados”.⁵⁰⁵ Em pouco tempo, essa espécie contratual se disseminou: atualmente, existem seguros das mais variadas espécies, inclusive um que garante os custos do processo, seja judicial ou arbitral.

Trata-se, nos dizeres de Antonio do Passo Cabral, do seguro de tutela jurisdicional, surgido no início do século XX na França⁵⁰⁶, no qual há “a obrigação do segurador de pagar os custos judiciais e extrajudiciais, inclusive honorários de advogado, despesas com perícia e transporte de testemunhas, bem assim com medidas constritivas de bens [...], sem variação em razão de sua complexidade”.⁵⁰⁷

(CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

⁵⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Volume III. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. P. 415.

⁵⁰⁶ Hubertus W. Labes indica que “legal insurance was first developed in the early 1920’s at Le Mans, France. Accidents at this famous racing track gave rise to extremely complicated and long legal disputes. A whole range of insurance companies with varying interests was involved. Today legal insurance can be purchased for the entire family, for the job (arbeitsrechtsschutz), for traffic infractions (verkehrsrechtsschutz) and, for example, for tenancy disputes (mietrechtsschutz).” (LABES, Hubertus W. Are there means – contractual or otherwise – to guard against an adverse impact of financial incapacity on arbitration? Insurance-related instruments. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 169). Tradução livre: “o seguro legal foi originalmente desenvolvido no início da década de 1920 em Le Mans, na França. Acidentes nessa famosa pista de corrida suscitaram disputas legais extremamente complicadas e longas. Diversas empresas de seguro com interesses diversos se envolveram. Hoje, seguro legal pode ser comprado para a família inteira, para o emprego (Arbeitsrechtsschutz), para infrações de trânsito (Verkehrsrechtsschutz) e, por exemplo, para disputas de arrendamento (Mietrechtsschutz).”

⁵⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

Há, contudo, um problema mencionado por Anne-Carole Cremades: “debido al carácter aleatorio del contrato de seguro, tendría que ser suscrito antes de que surja el litigio”.⁵⁰⁸ Logo, caso não tenha contratado o referido instrumento no momento de celebração da convenção de arbitragem, a parte impecuniosa deverá buscar um seguro de Tutela Jurisdicional “posterior ao evento”⁵⁰⁹, que somente será oferecido caso a seguradora constate grandes chances de êxito na demanda.⁵¹⁰

Fato é que, conquanto sua adoção reduza o poder de disposição da parte⁵¹¹, tal mecanismo garante o acesso da parte à arbitragem, de forma que a boa-fé objetiva decorrente da cláusula arbitral impõe, pelo menos, que se busque sua utilização.

6.4.1.2 O third party funding

O *Third party funding* (financiamento de terceiro) consiste em instrumento por meio do qual um terceiro, denominado *funder* (financiador), suporta os custos de um processo, seja

⁵⁰⁸ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 161.

⁵⁰⁹ Consoante lição de Hubertus W. Labes, “for situations where a party to a dispute is contemplating a law suit or required to defend itself in litigation or arbitration without having adequate insurance to meet such costs then some insurers also offer ‘after the event’ legal insurance.” (LABES, Hubertus W. Are there means – contractual or otherwise – to guard against an adverse impact of financial incapacity on arbitration? Insurance-related instruments. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. P. 168-169). Tradução livre: “Para situações em que uma parte em uma disputa contemple um processo ou necessite se defender em um litígio ou numa arbitragem sem que possua um seguro adequado para atender aos custos necessários, algumas seguradoras oferecem ainda seguro legal ‘após o fato’.”

⁵¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, Versão Eletrônica.

⁵¹¹ Flávia Bittar Neves declara que “é comum que as seguradoras exijam uma maior interferência e controle na condução do procedimento e na negociação de acordos voltados ao encerramento do litígio. Com efeito, a apólice de seguro pode prever que caberá à seguradora decidir se e quando instaurar a arbitragem, a estratégia a ser seguida no curso do procedimento, bem como o momento e as condições para sua desistência ou para uma composição amigável. A remuneração da seguradora normalmente é proporcional ao nível de interferência e controle que detiver sobre os destinos da controvérsia.” (NEVES, Flávia Bittar. Financiamento de arbitragem por terceiros – uma alternativa apenas em tempos de crise? In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 164).

judicial ou arbitral, para uma pessoa (financiada) por uma contrapartida econômica, que, normalmente, consiste em parcela dos ganhos financeiros que a financiada tenha obtida com a demanda.⁵¹² Nada impede, por óbvio, que haja um financiamento de terceiro sem fins lucrativos.⁵¹³

Importante ter em mente que esse instrumento não se confunde com o seguro de tutela jurisdicional, pois: (i) somente abrange os custos do processo, sendo que podem existir limites ao referido custeio;⁵¹⁴ (ii) as partes desejam a ocorrência do evento futuro e incerto (vitória no processo), que lhes trará ganhos financeiros;⁵¹⁵ (iii) o financiador possui maior controle sobre o processo;⁵¹⁶ e (iv) “no seguro, paga-se de forma certa e antecipada um prêmio para que uma das partes assuma o risco do evento danoso” ao passo que “no investimento/financiamento de arbitragens, a contrapartida é incerta e posterior ao acontecimento do evento desejado”.⁵¹⁷

Fato é que não é fácil obter um financiamento de terceiro, na medida em que o financiador somente investirá em demandas após realizar uma série de verificações que atestem uma grande probabilidade de êxito da demanda.⁵¹⁸ Para se ter ideia da profundidade dessa análise, basta verificar as sugestões de Bernardo M. Cremades, o qual defende que

⁵¹² Napoleão Casado Filho conceitua o third party funding como “[...] método de financiamento no qual uma entidade, que não faz parte de um conflito, suporta as despesas do processo no lugar de uma das partes, arcando com os honorários dos advogados, dos julgadores e com as demais despesas necessárias à produção de provas e administração do processo. Em retorno, a entidade financiadora recebe uma porcentagem dos ganhos decorrentes da decisão final.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 120).

⁵¹³ Marcelo Roberto de Carvalho Ferro indica que “(…), o TPF pode ocorrer até mesmo em situações nas quais o terceiro não tenha interesse financeiro na demanda, mas apenas atue em prol do resultado favorável à parte que ele financiou. É o caso de Organizações Não Governamentais, cuja finalidade social justifica o financiamento da demanda.” (FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al.* (coord). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2013. P. 624).

⁵¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

⁵¹⁵ CASADO FILHO, Napoleão, op. cit., nota 514, p. 183.

⁵¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo op. cit., nota 516, p. 47-78.

⁵¹⁷ CASADO FILHO, Napoleão, op.cit, nota 518, p. 183-184.

⁵¹⁸ NEVES, Flávia Bittar. Financiamento de arbitragem por terceiros – uma alternativa apenas em tempos de crise? In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017. P. 162-163.

Any professional financier must analyse the particular case submitted to him. Before committing any funds, he should request an independent legal opinion to enable him to undertake a risk assessment. The financier will have the greatest interest in assessing whether the claim or defense are frivolous or, on the contrary, serious enough to merit funding. The would-be financier has to analyse the solvency of the respondent and the prospects of recovery. He must consider the legal and factual issues in question, if the documentary evidence is sufficient and what witnesses may be required, the duration and merits of the proceedings, issues of quantification and whether the calculation of damages is cautious or reasonable.⁵¹⁹

Essa análise impactará, sem dúvidas, na proposta de financiamento a ser apresentada pelo financiador. Nessa situação, embora seja mais um instrumento que facilita o acesso à justiça⁵²⁰, concordamos com Mauricio Pestilla Fabbri, o qual sustenta que “if the conditions required by the funder to grant the money are harsh and extremely burdensome, the party will not be obliged to accept the funding, unless the applicable laws and rules permit it to recover the respective costs”.⁵²¹

Logo, da mesma forma que o seguro de tutela jurisdicional, a boa-fé objetiva arbitral impõe que a parte sem recursos financeiros tente obter, pelo menos um, financiamento de terceiros para arcar com os custos da arbitragem.

⁵¹⁹ Tradução livre: “Qualquer financiador profissional deve analisar o caso específico enviado a ele. Antes de investir quaisquer fundos, ele deve solicitar uma opinião legal independente que permita que ele realize uma avaliação de risco. O financiador terá o maior interesse em avaliar se o requerimento ou defesa são frívolos ou, ao contrário, sérios o suficiente para merecer financiamento. O financiador potencial deve analisar a solvência do requerido e os prospectos de recuperação dos fundos. Ele deve avaliar as questões legais e factuais do caso, bem como se a evidência documental é suficiente e que testemunhas podem ser requeridas, a duração e méritos do processo, questões de quantificação e se o cálculo de danos é cauteloso ou razoável.” (CREMADES, Bernardo M. *Third Party Funding in International Arbitration*. IN: CELLI JUNIOR, Umberto *et al.* (coord.). *Arbitragem e Comércio Internacional – Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin. 2013. P. 766).

⁵²⁰ FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al.* (coord). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2013. P. 639.

⁵²¹ Tradução livre: “se as condições requeridas pelo financiador para conceder o dinheiro forem rigorosas e extremamente onerosas, a parte não será obrigada a aceitar o financiamento, a não ser que as leis e regulamentos aplicáveis permitam que a parte recupere os custos respectivos.” (FABBRI, Mauricio Pestilla. *Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018. P. 90).

6.4.2 O auxílio do ex adverso

Caso não consiga recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com o procedimento arbitral, a parte impecuniosa deverá buscar auxílio da outra parte da convenção de arbitragem, seja para solicitar o pagamento das custas da arbitragem ou para alterar a cláusula arbitral.

Especificamente sobre o primeiro ponto, concordamos com Rodrigo Araujo Gabardo que “o respeito garantia do acesso ao árbitro repercute, obrigatoriamente, no asseguramento do direito da parte ex adversa em arcar com a totalidade dos custos arbitrais, antes que qualquer repercussão ocorra sobre a convenção arbitral originalmente pactuada”.⁵²²⁻⁵²³ Nessa hipótese, o pagamento dos custos necessários para instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral permite que a vontade das partes em submeter o litígio à arbitragem seja respeitada.

Todavia, tendo em vista que a convenção de arbitragem não impõe o referido dever jurídico, sempre há possibilidade de a proposta ser recusada. Nessa situação, entendemos que a parte impecuniosa deve sugerir a alteração na cláusula de arbitragem, afinal, conforme apontado por Yves Derain, a melhor solução para reduzir os custos do procedimento arbitral “consiste em adaptar os instrumentos às características do litígio, considerando-se não somente as tradições jurídicas das partes e seus advogados, como também o mérito de cada caso”.⁵²⁴

Com efeito, a parte impecuniosa deve apresentar sugestões que diminuam os custos da arbitragem, dentre as quais pode-se citar, como exemplos, a possibilidade de alterar a convenção de arbitragem para: (i) reduzir o número de árbitros responsáveis por julgar o

⁵²² GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 114.

⁵²³ Em sentido idêntico, Hubertus W. Labes declara, ao analisar o ordenamento jurídico alemão, que “a solvent party to a dispute will always have the possibility to pay for the entire procedural and lawyer’s costs in order to assure the continuation of the arbitration procedure. De facto, this is privately financed legal aid.” (LABES, Hubertus W. Are there means – contractual or otherwise – to guard against an adverse impact of financial incapacity on arbitration? Insurance-related instruments. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 165). Tradução livre: “Uma parte solvente em uma disputa sempre terá a possibilidade de pagar por todos os custos do processo e de seu advogado para garantir a continuação do processo de arbitragem. De fato, sua assistência legal será financiada de forma privada.”

⁵²⁴ DERAIS, Yves. A arbitragem internacional: custo e duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 20, p. 175-184, jan-mar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

litígio;⁵²⁵ (ii) alterar a administração do procedimento arbitral, seja para escolher uma instituição arbitral mais barata ou para, até mesmo, transformar a arbitragem institucional em *ad hoc*, sendo permitido, obviamente, o contrário; e (iii) simplificar o procedimento arbitral, seja pela redução de oportunidades de manifestação ou de produção de provas.⁵²⁶

Dessa forma, em nossa visão, a parte sem recursos financeiros deve buscar auxílio do *ex adverso* para instaurar ou prosseguir com o procedimento arbitral sob pena de não ser configurada a impecuniosidade.

6.5 Conclusões sobre o conceito de impecuniosidade na arbitragem

No decorrer deste capítulo, verificamos que a boa-fé objetiva é princípio jurídico aplicável a todas as relações jurídicas, inclusive as contratuais, que possui função interpretativa, restritiva e criadora de deveres anexos. Consequentemente, o referido princípio também se aplica à arbitragem, em especial sobre a convenção de arbitragem, de forma que as partes convenientes devem adotar todas as medidas possíveis para instaurar o procedimento arbitral caso surja um litígio.

Logo, ainda que não haja recursos financeiros para praticar tal ato, essa parte deve comprovar essa situação de penúria financeira, bem como comprovar que buscou cumprir a convenção de arbitragem.

De forma mais específica, essa comprovação impõe que a parte demonstre que buscou mecanismos bancários que permitissem obter recursos para iniciar o procedimento arbitral.

⁵²⁵ Para Emmanuel Gaillard “to adopt a model with one sole arbitrator may well increase efficiency and speed, and obviously reduce costs.” (GAILLARD, Emmanuel. Impecuniosity of parties and its effects on arbitration: a French view. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 85). Tradução livre: “Adotar um modelo com um único árbitro pode incrementar eficiência e agilidade, e obviamente reduzir custos”. No mesmo sentido, Anne-Carole Cremades declara que “la solución más obvia consiste en reducir los gastos del arbitraje nombrando a un solo árbitro en vez de tres” (CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 161).

⁵²⁶ Renata Auler Monteiro aponta para a existência da “arbitragem expedita”, espécie de procedimento que teria surgido “por uma demanda de determinados setor de economia, em especial o setor imobiliário, em razão da necessidade de se estabelecer um meio de resolução de conflitos que valorize a simplificação procedimental a fim de garantir celeridade e uma redução significativa dos custos.” (MONTEIRO, Renata Auler. *A insuficiência de recursos financeiros e seus reflexos na arbitragem*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. P. 48).

Impõe, na hipótese de frustração dessa tentativa, que a parte busque transferir os custos do processo para terceiros, seja por meio de um seguro legal ou pelo *third party funding*, que são ferramentas facilitadores do acesso à justiça.

Caso, ainda assim, não seja possível instaurar o procedimento, entendemos ser necessário o contato com a outra parte que firmou a convenção de arbitragem, seja para realizar o pagamento dos custos necessários para instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral ou para alteração da cláusula para tornar o processo mais barato.

Frustrada essa tentativa, configura-se a impecuniosidade, que, na arbitragem, deve ser entendida como situação na qual uma parte não possui recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com um procedimento arbitral mesmo após ter buscado auxílio de terceiros e do *ex adverso* visando cumprir o pactuado na convenção de arbitragem. Esse novo conceito, em nossa visão, facilita a análise da alegação de insuficiência financeira ao mesmo tempo em que afasta a possibilidade da parte utilizar tal argumento como uma tática de guerrilha.

7 A IMPECUNIOSIDADE NA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Estabelecido o conceito de impecuniosidade, podemos avaliar os seus efeitos sobre a convenção de arbitragem e verificar se essa situação viola o princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Caso seja constatada eventual violação ao referido princípio, o conceito de impecuniosidade será vital para que apresentemos uma solução ao problema.

7.1 Os efeitos da impecuniosidade na convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem, por consistir em negócio jurídico⁵²⁷, deve respeitar o regramento previsto no Código Civil⁵²⁸, na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque. Assim, para descobrirmos os efeitos da impecuniosidade na arbitragem, devemos analisar, previamente, a cláusula arbitral em seus três planos, quais sejam: (i) existência, (ii) validade e (iii) eficácia.⁵²⁹

Tal fato, aliás, é confirmado pelo art. 8, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, o qual dispõe que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. O referido dispositivo, além de regulamentar o princípio da

⁵²⁷ MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

⁵²⁸ Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa atestam que “fixada a premissa de que a jurisdição arbitral surge de um verdadeiro negócio jurídico (ainda que dito processual), extrai-se importante conclusão: os princípios e regras atinentes aos negócios jurídicos, presentes em nosso ordenamento, também regem a arbitragem (tendo esta como verdadeira relação jurídica – i.e., a ‘eficácia atualizada’ do negócio jurídico da qual ela decorre).” (SCALETSCY, Fernanda Sirotsky *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

⁵²⁹ Para Antônio Junqueira de Azevedo, “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 24).

competência-competência⁵³⁰, confirma que a convenção de arbitragem deve ser analisada sob a ótica dos planos da existência, validade e eficácia.⁵³¹

Fato é que a análise desses planos deve ser feita com base no Código Civil e na Lei de Arbitragem, que estabelecem os pressupostos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia da convenção de arbitragem. Deve, ainda, ser feita à luz da Convenção de Nova Iorque, a qual estabeleceu, em seu art. II, (3), espécies de convenções de arbitragem que mitigam o princípio do competência-competência, permitindo que o Poder Judiciário constate, previamente, que o “acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

7.1.1 A impecuniosidade e o plano da existência da convenção de arbitragem

Os elementos essenciais para caracterização do negócio jurídico estão abrangidos pelo plano da existência.⁵³² Transportando essa noção para arbitragem, constatamos que, no plano da existência, estão os elementos que permitem caracterizar um negócio jurídico como cláusula arbitral.

No caso, Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa apontam que as partes são o primeiro pressuposto de existência da convenção de arbitragem.⁵³³

⁵³⁰ Na visão de Arruda Alvim, “dentre as principais inovações implementadas pela regulamentação da arbitragem contida na Lei n. 9.307/96 pode-se citar a competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória e do contrato que contenha esta cláusula; e, consequentemente, a competência do árbitro para decidir sobre o próprio cabimento da via arbitral.” (ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José *et al.* *Arbitragem – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 138).

⁵³¹ Isabela Lacreta é precisa ao comentar que “em sendo a cláusula compromissória negócio jurídico bilateral, deve seguir os requisitos de existência, validade e eficácia deste para que possa plenamente produzir efeitos. No exercício da autonomia privada, as partes de uma relação jurídica são livres para optar pela inclusão ou não da cláusula compromissória em seus contratos e, nos limites estabelecidos por lei, modelar seu conteúdo.” (LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

⁵³² Segundo Anderson Schreiber, no plano da existência, “situam-se os elementos essenciais do negócio jurídico, entendidos como aqueles pressupostos de fato necessários à sua ocorrência.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 222).

⁵³³ SCALETCKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

O principal pressuposto, contudo, é idêntico ao de qualquer negócio jurídico: a vontade das partes⁵³⁴, que devem manifestar o desejo de resolver determinado conflito por arbitragem, na forma do art. 3º da Lei Federal nº 9.307/96.

Assim, conforme posto por Isabela Lacreta em lição que, em nosso entender, também é aplicável ao compromisso arbitral, “o acordo das partes é, [...], requisito essencial de existência da cláusula compromissória, sendo vedada sua formação como resultado de um negócio jurídico unilateral”.⁵³⁵

Às partes e suas respectivas vontades, somam-se os elementos que a Lei de Arbitragem reputa como indispensáveis para a existência do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória.

Sobre a primeira espécie de convenção de arbitragem, Luis Fernando Guerrero, com base no art. 10º da Lei de Arbitragem, aponta que “os elementos indispensáveis do compromisso arbitral previsto em lei são a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou a entidade que os indicará, a matéria que será submetida à arbitragem e o local em que a sentença arbitral deverá ser proferida”.⁵³⁶

Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa, por sua vez, verificam que existirá cláusula compromissória cheia se houver

(1) declaração negocial das partes; (2) indicação dos árbitros ou de entidade/pessoa à qual as partes delegarão a indicação dos árbitros; e (3) referência, ainda que de forma apenas suficiente, acerca das futuras controvérsias que poderão ser objeto de apreciação pelo Juízo Arbitral.⁵³⁷

Já a existência da cláusula compromissória vazia, para esses mesmos autores, será constatada caso haja “(1) a declaração negocial das partes e (2) a referência, de forma nada mais

⁵³⁴ Para Gustavo Tepedino, “no plano da existência, como se sabe, o elemento fundamental para a formação do negócio jurídico é a vontade dos contratantes. Sem vontade, inexistente negócio e, portanto, sequer se deve adentrar a discussão de sua validade ou eficácia.” (TEPEDINO, Gustavo. *Invalidez da Cláusula Compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. P. 162).

⁵³⁵ LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

⁵³⁶ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 22.

⁵³⁷ SCALETSKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*. vol. 3, p. 321-351, maio-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

do que apenas suficiente acerca das futuras controvérsias que poderão ser objeto de apreciação pelo Juízo Arbitral”.⁵³⁸

Com base nessa sucinta explicação, entendemos que a impecuniosidade não impacta no plano da existência da convenção de arbitragem. Isso porque, conforme ensina Giovanni Ettore Nanni, “para o plano da existência, o que se considera como elemento essencial é a declaração de vontade por si só”.⁵³⁹

Nesse contexto, a impecuniosidade de uma parte não altera o fato de que foram emitidas declarações de vontade que veiculavam o interesse de resolver determinado conflito por arbitragem, tampouco o preenchimento dos requisitos legais necessários para existência da convenção de arbitragem.⁵⁴⁰

7.1.2 A impecuniosidade e o plano da validade da convenção de arbitragem

No plano da validade, cujo fundamento legal é o art. 104 do Código Civil⁵⁴¹, encontram-se os requisitos necessários para que o negócio produza os efeitos jurídicos na forma desejada pelas partes.⁵⁴² De forma mais específica, Giovanni Ettore Nanni defende que

Se os elementos gerais intrínsecos são forma, objeto e circunstâncias negociais, e se os requisitos de validade são qualidades dos elementos, constata-se que: a declaração de vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: (a) resultante de um processo volitivo; (b) querida com plena consciência da realidade; (c) escolhida com

⁵³⁸ SCALETSCKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*. vol. 3, p. 321-351, maio-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

⁵³⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 30.

⁵⁴⁰ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 116.

⁵⁴¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵⁴² Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar o art. 104 do Código Civil, declarou que “para que a manifestação de vontade produza os efeitos reconhecidos pela ordem jurídico, deve obedecer a certos imperativos, que são os requisitos de validade do negócio jurídico, mencionados no art. 104.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil de 2002*: Parte Geral - Arts. 1º a 232. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2017. P. 110).

liberdade; (d) deliberada sem má-fé. O objeto deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável; e a forma, ou será livre, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser conforme a prescrição legal.⁵⁴³

Por comodidade, cada requisito legal será analisado de forma individualizada, quais sejam: (i) a capacidade das partes para celebração da cláusula arbitral; (ii) o objeto da disputa submetida à arbitragem; e (c) a forma da convenção. No fim, verificaremos se há algum impacto da impecuniosidade nesse plano da convenção de arbitragem.

7.1.2.1 O plano da validade: a capacidade das partes para celebração da convenção de arbitragem

O primeiro requisito de validade da convenção de arbitragem é que as partes sejam capazes (art. 104, I, do Código Civil e art. 1º da Lei Federal nº 9.307/96). A capacidade consiste em instituto jurídico que permite a aquisição e o exercício de determinado direito⁵⁴⁴, sendo subdividida em: (i) capacidade de direito, que permite a aquisição de direito ou obrigação;⁵⁴⁵ e (ii) capacidade de fato, que autoriza o exercício do direito adquirido.⁵⁴⁶

No caso, para cumprir o referido requisito legal, a convenção de arbitragem deve, via de regra, ser celebrada por pessoas que tenham capacidade de fato, podendo dispor de seu patrimônio para celebrar contratos como é o caso da cláusula arbitral.⁵⁴⁷ Caso o conveniente seja

⁵⁴³ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 35.

⁵⁴⁴ Caio Mário da Silva Pereira Leciona que “aliada à ideia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio (representação), ou com a assistência de outrem.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* - Volume I. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010. P. 225).

⁵⁴⁵ Giovanni Ettore Nanni aponta que “se toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, CC), tal capacidade diz respeito à capacidade de direito, como aptidão conferida de forma genérica para exercer direitos e contrair obrigações.” (NANNI, Giovanni Ettore, op. cit., nota 545, p. 53).

⁵⁴⁶ Para Anderson Schreiber, “capacidade de fato é a faculdade concreta de exercer por si mesmo os direitos, sem necessidade de assistentes ou representante.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 222).

⁵⁴⁷ Isabela Lacrete é precisa ao mencionar que “as características específicas da arbitragem, que implicam a renúncia ao poder judiciário estatal, exigem que as partes tenham plena capacidade de exercício de seus bens, a possibilidade de livremente dispor de seus bens, para que possam por ela optar em seus contratos”. (LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

uma pessoa jurídica ou ente despersonalizado, concluir-se-á pelo preenchimento de tal requisito caso tenha sido celebrada por representante legal devidamente qualificado para essa finalidade.⁵⁴⁸

Importante mencionar que, de acordo com Fernanda Sitotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa, os absoluta e relativamente incapazes “podem validamente celebrar convenção de arbitragem, desde que devidamente assistidos ou representados, suprindo-se a exigência legal”.⁵⁴⁹

Caso esse requisito seja desrespeitado, a convenção de arbitragem é inválida⁵⁵⁰ e pode vir a ser anulada ou declarada nula dependendo do vício na capacidade⁵⁵¹, sendo inclusive, para Isabela Lacreta, “causa para requerer a anulação da sentença arbitral”.⁵⁵²

7.1.2.2 O plano da validade: objeto lícito, possível, determinado ou determinável a ser submetido à arbitragem

O segundo requisito de validade da convenção de arbitragem é que o objeto da convenção de arbitragem seja “lícito, possível, determinado ou determinável” (art. 104, II, do Código Civil). De acordo com Giovanni Ettore Nanni, “o Código Civil requer que o objeto - requisito objetivo - do negócio jurídico seja lícito, no sentido de idoneidade acima citado;

⁵⁴⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 53-54.

⁵⁴⁹ SCALETSKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

⁵⁵⁰ De acordo com Giovanni Ettore Nanni, “na presença das situações de incapacidade previstas no Código Civil (arts. 3º e 4º), em função de idade, enfermidade, doença mental, ausência de discernimento, ainda que não completa, não é possível pactuar a cláusula compromissória, sob pena de invalidade.” (NANNI, Giovanni Ettore, op. cit., nota 550, p. 53).

⁵⁵¹ André Martin, Flávio Santana Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani sustentam que “a capacidade relativa impõe à parte certas limitações em sua capacidade de contratar e, como efeito, uma Convenção de Arbitragem celebrada por uma pessoa relativamente incapaz será anulável” ao passo que “os absolutamente incapazes, [...], representam aquela categoria de indivíduos que, por si, não podem exercer sozinhos os atos da vida civil e, desta forma, não podem celebrar uma Convenção de Arbitragem, sob o risco de nulidade.” (MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

⁵⁵² LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

possível, encarado sob a perspectiva de possibilidade absoluta ou relativa, jurídica e física; determinado ou determinável”.⁵⁵³

No caso, esse requisito de validade está intimamente ligado à arbitrabilidade objetiva, prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem, segundo o qual “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” podem ser solucionados por esse mecanismo.

De acordo com Luis Fernando Guerrero, “o direito é patrimonial quando possuir expressão monetária” enquanto “será disponível na medida em que puder ser exercido livremente por seu titular, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.⁵⁵⁴ Nesse contexto, é precisa a declaração de Isabela Lacreta no sentido de que somente é aceitável uma arbitragem na qual se discute sobre “direitos patrimoniais disponíveis lícitos, possíveis, determinados ou determináveis”.⁵⁵⁵

Por fim, deve-se mencionar que, em decorrência do momento da celebração, percebe-se que, normalmente, o objeto do litígio a ser solucionado por arbitragem é determinado no compromisso arbitral.⁵⁵⁶ A cláusula compromissória, por sua vez, terá objeto determinado se for cheia e, indeterminado se for vazia.⁵⁵⁷

Vê-se, portanto, que esse segundo requisito de validade da cláusula arbitral está intimamente ligado às peculiaridades do litígio a ser solucionado pela arbitragem.

⁵⁵³ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 35.

⁵⁵⁴ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 44).

⁵⁵⁵ LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

⁵⁵⁶ André Martin, Flávio Santana Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani entendem que “ao celebrarem um compromisso arbitral, as partes ou uma das partes e o juiz definirão a matéria objeto da arbitragem, ou seja, no compromisso arbitral o objeto da arbitragem é determinado. (MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

⁵⁵⁷ Giovanni Ettore Nanni leciona que “objeto da cláusula compromissória, nesse sentido, em regra, não é apenas a eleição do juízo arbitral e a renúncia à jurisdição arbitral, mas também o número de árbitros que decidirá a disputa, a sua forma de escolha, a sede da arbitragem, se o procedimento será administrado por uma instituição arbitral ou ad hoc e a lei aplicável, comportando, evidentemente, variações. O seu objeto, portanto, é determinado na hipótese da chamada cláusula cheia, que contém todos os elementos identificadores da arbitragem a ser instituída, pelo que é dispensável o uso do Poder Judiciário caso a outra parte se recuse a começar o procedimento arbitral. Contudo, em se tratando de cláusula vazia, isto é, aquela incompleta, habitualmente as partes precisam de consenso para iniciar a arbitragem, eis que não se estabelece algum elemento essencial, como o número de árbitros ou sua forma de escolha, o lugar da arbitragem etc.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 37).

7.1.2.3 O plano da validade: a forma da convenção de arbitragem

O terceiro requisito de validade do negócio jurídico, também aplicável à convenção de arbitragem, é a forma, que, por força do art. 104, III, do Código Civil, deve ser “prescrita ou não defesa em lei”.

O código civil brasileiro, por meio desse dispositivo legal, permite que as partes formatem o negócio jurídico da forma que melhor lhes aprouver salvo se houver disposição em contrário.⁵⁵⁸

No caso da arbitragem, a legislação brasileira, seguindo uma orientação adotada em diversos países⁵⁵⁹, determina que a cláusula compromissória “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (art. 4, § 1º da Lei Federal nº 9.307/96).

Em outras palavras, via de regra, a lei de arbitragem estabelece que a cláusula compromissória deve ser celebrada por qualquer forma escrita.⁵⁶⁰ De acordo com André Martin, Flávio Santana Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani, esse requisito de validade formal decorre do efeito negativo da convenção de arbitragem, o qual impõe prova escrita que comprove a adoção desse método de resolução de conflitos.⁵⁶¹

Há, contudo, uma exceção legal: quando a relação jurídica entre as partes for calcada em contrato de adesão, a cláusula compromissória deve ser celebrada por iniciativa do aderente,

⁵⁵⁸ Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “a regra dominante no Direito brasileiro, como aliás na generalidade dos sistemas jurídicos modernos, é a liberdade de forma. A vontade, uma vez declarada, produz os efeitos queridos pelo agente. Em certas circunstâncias, porém, a lei prescreve requisito formal, para maior segurança das relações jurídicas.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Comentários ao Código Civil* de 2002: Parte Geral - Arts. 1º a 232. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2017. P. 111).

⁵⁵⁹ Isabela Lacreta indica que “a exigência de forma escrita é replicada por grande parte das legislações de arbitragem modernas, com destaque para as leis de Espanha, Argentina e Uruguai, que estabelecem que a falta de um escrito representa a nulidade da convenção. Já a Lei de Arbitragem Voluntária, de Portugal, replica quase à exatidão os requisitos de forma da Lei Modelo da Uncitral.” (LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

⁵⁶⁰ Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa esclarecem que, “embora a Lei 9.307/1996 não contemple previsão expressa nesse sentido, admite-se como atendida a forma escrita quando a convenção de arbitragem conste não apenas de instrumento contratual escrito e assinado pelas partes, mas, igualmente, de troca de missivas, faxes, ou até mesmo mensagens eletrônicas, das quais reste prova escrita.” (SCALETSECKY, Fernanda Sirotsky *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica).

⁵⁶¹ MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

em instrumento anexo e destacada em negrito, na forma do art. 4, § 2º da Lei de Arbitragem.⁵⁶² Para Luis Fernando Guerrero, com esse dispositivo, “busca-se dar plena consciência ao aderente do seu ato de solucionar conflitos via arbitragem, excluindo tal discussão do Judiciário, evitando que tal cláusula seja assinada por falta de conhecimento ou no bojo de um conjunto de cláusulas, sem a devida reflexão”.⁵⁶³

De toda forma, embora a legislação determine a forma escrita, atualmente, pode-se concluir pela validade de cláusula compromissória quando for possível constatar um comportamento ativo das partes em prol da arbitragem.⁵⁶⁴ Cite-se, como exemplo, a validade de procedimento arbitral do qual, ainda que não tenha sido celebrada cláusula compromissória por escrito, as partes tenham participado sem qualquer manifestação em contrário.⁵⁶⁵

Feitas as considerações sobre a cláusula compromissória, deve-se mencionar os requisitos formais do compromisso arbitral. Para Fernanda Sirotsky Scaletsky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa:

Tratando-se de compromisso arbitral judicial, será negócio jurídico material e formalmente processual, celebrado no curso de demanda judicial e levado a termo nos autos (art. 9.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996). Tratando-se, contudo, de compromisso arbitral extrajudicial, será negócio jurídico apenas materialmente processual, devendo, não obstante, ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por meio de escritura pública (art. 9.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996). Além destes requisitos de ordem geral, o compromisso arbitral deverá atender a requisitos de validade de ordem específica, previstos no art. 10 da LA, [...] ⁵⁶⁶

⁵⁶² “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

⁵⁶³ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 16.

⁵⁶⁴ Segundo Isabela Lacreta, “o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que é necessário que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito, sem, contudo, exigir que seja assinada. No entanto, esse entendimento apenas prevalece quando o comportamento das partes em sua defesa durante o processo arbitral seja coerente com a aceitação, por exemplo, pela ausência de arguição de inexistência ou ausência do requisito formal da cláusula. É o comportamento das partes, ratificando seu consentimento em arbitrar, que permite reputar a cláusula compromissória com se tivesse sido estipulada por escrito.” (LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

⁵⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 50.

⁵⁶⁶ SCALETCKY, Fernanda *et al.* Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 321-351-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

Dessa forma, percebe-se que o requisito de validade da cláusula arbitral está intimamente ligado a questões meramente formais da convenção de arbitragem.

7.1.2.4 Conclusões sobre a impecuniosidade e o plano da validade da convenção de arbitragem

A impecuniosidade não impacta o plano da validade da cláusula arbitral, pois essa situação não altera (i) a capacidade dos convenientes;⁵⁶⁷ (ii) o objeto abrangido pela convenção de arbitragem e (iii) a forma adotada pelas partes para celebração da cláusula arbitral.

Em primeiro lugar, a ausência de recursos financeiro não é motivo que altere, à luz do Código Civil, a capacidade de uma pessoa, seja física ou jurídica, para dispor de seu patrimônio.⁵⁶⁸ Aliás, conforme visto no capítulo 5 do presente trabalho, nem mesmo a falência e a recuperação judicial, consistentes em situações objetivas de crise financeira, impedem a utilização da arbitragem.

Além disso, a impecuniosidade não modifica o objeto do litígio a ser solucionado por arbitragem, que é limitado no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória. Da mesma forma, não modifica a forma com que as partes celebraram os referidos negócios jurídicos.

De toda forma, para que não haja dúvidas sobre o assunto, analisaremos a hipótese aventada por Rodrigo Araujo Gabardo de que “poder-se-ia alegar que o desconhecimento da parte quanto a inexigibilidade do pagamento de custas na arbitragem ou de seu montante configurariam hipótese de erro que macula-se a validade da convenção de arbitragem”.⁵⁶⁹

Em nossa opinião, essa situação não estaria abrangida pelo conceito de impecuniosidade proposto neste trabalho. Isso decorre do próprio conceito de erro, o qual, segundo Caio Mário da Silva Pereira, é “quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das

⁵⁶⁷ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 116.

⁵⁶⁸ Esse posicionamento também é partilho por Rodrigo Araujo Gabardo, segundo o qual “a impecuniosidade, como uma circunstância inerente à pessoa, não caracteriza hipótese de invalidade da convenção de arbitragem, pois não a qualifica como incapaz.” (Ibidem).

⁵⁶⁹ Ibidem.

circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação [...]”.⁵⁷⁰

Considera-se, assim, o erro um vício do consentimento emitido pela parte, que, inclusive, implica a invalidade da convenção de arbitragem.⁵⁷¹ Essa invalidade, aliás, torna a cláusula nula e sem efeitos à luz do art. II, (3), da Convenção de Nova Iorque.⁵⁷²

Na arbitragem, conforme bem colocado por Luis Fernando Guerrero, “as hipóteses mais comuns relativas ao erro dizem respeito a equívocos na indicação da instituição arbitral responsável pela administração do litígio ou por um falso conhecimento de quaisquer outras circunstâncias relativas ao procedimento arbitral”.⁵⁷³ Nesse contexto, a falta de informações sobre os custos da arbitragem pode consistir em erro desde que a parte consiga demonstrar, de forma cabal, que este era substancial.⁵⁷⁴

Entretanto, na situação de impecuniosidade, a parte objetivava que determinado conflito fosse solucionado por arbitragem, mas não conseguiu instaurar o procedimento arbitral por não possuir recursos financeiro e nem ter conseguido auxílio de terceiros ou do *ex adverso*. Ou seja,

⁵⁷⁰ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil- Volume I*. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010. P. 442.

⁵⁷¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 35.

⁵⁷² Para Pedro A. Batista Martins, “[...], pode-se dizer que a dicção nula e sem efeitos (null and void) encerra os vícios atinentes à declaração de vontade manifestada pela parte em prol da resolução das disputas contratuais por arbitragem.” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.) *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 136). No mesmo sentido, Rodrigo Araujo Gabardo declara que “sob o prisma da Convenção de Nova Iorque, a dicção ‘nula e sem efeitos’ do art. II.3 equipara-se ao sentido de nulidade e ineficácia no direito brasileiro, tendo na convenção uma interpretação mais restrita. Refere-se tão somente aos vícios atinentes à declaração de vontade manifestada pela parte em prol da arbitragem. Seriam os casos de falta de consentimento por incapacidade do agente, fraude, coação, declaração falsa e uso impróprio do titular de um poder em prejuízo alheio. Hipóteses essas que não se aplicam à impecuniosidade.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 117).

⁵⁷³ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 34.

⁵⁷⁴ Luis Fernando Guerrero sustenta que, “dependendo da qualificação do indivíduo que tinha esse falso conhecimento, o erro pode não ser escusável e o ato supostamente viciado gerar os efeitos típicos. Esse é o caso de qualquer falso conhecimento relativo às disposições da Lei de Arbitragem, por exemplo. Ademais, em relação à arbitragem, o erro poderá ser alegado em face da própria escolha do método de solução de conflito. Caberá à parte que utilizar este argumento justificar sua escusa para o desconhecimento da arbitragem e suas consequências como forma de solução de conflitos. Parece claro, nessa linha, que profissionais do comércio ou que tenham sido auxiliados por advogado ou departamento jurídico não possam se valer desse argumento.” (Ibidem).

diferentemente do erro pelo desconhecimento dos custos do processo arbitral, a impecuniosidade não afeta a vontade do indivíduo que celebrou a convenção de arbitragem.

7.1.3 A impecuniosidade e o plano da eficácia da convenção de arbitragem

No plano da eficácia, discutem-se os efeitos do negócio jurídico, bem como o momento em que estes são produzidos.⁵⁷⁵ De forma mais específica, caso seja existente e válido, o negócio jurídico produz efeitos imediatamente. Entretanto, seja pela vontade das partes ou da lei, esses efeitos podem estar sujeitos (i) a evento futuro e incerto, denominado condição⁵⁷⁶, (ii) a evento futuro e certo, denominado termo⁵⁷⁷, ou (iii) ao cumprimento de certos encargos pela parte beneficiária do negócio jurídico⁵⁷⁸.

Assim, nesse âmbito, discute-se, na arbitragem, o momento em que são produzidos os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem. Para Luis Fernando Guerrero, “os efeitos da convenção de arbitragem terão aplicação imediata e independente do momento da sua celebração, desde que a manifestação de vontade seja desprovida de vícios se o litígio surgiu após o advento da Lei nº 9.307, de 1996”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ Anderson Schreiber sustenta que “a eficácia consiste na aptidão do negócio jurídico a produzir efeitos. Embora tal aptidão se mostre presente, a princípio, em todo o negócio existente e válido, pode ser contida pela lei ou pela vontade das partes.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 228).

⁵⁷⁶ Caio Mário da Silva Pereira ensina que “chama-se condição a cláusula acessória que subordina a eficácia do negócio jurídico a um acontecimento futuro e incerto (Código Civil, art. 121), mediante a limitação da vontade, imposta pelas partes que nele intervêm.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* - Volume I. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010. P. 474).

⁵⁷⁷ Em outro estudo sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que “considera-se termo a cláusula acessória ao negócio jurídico, segundo a qual o seu exercício permanece suspenso ou vem a cessar. O primeiro é o termo inicial (*dies a quo*), e o segundo, o termo final (*dies ad quem*).” (Idem. *Comentários ao Código Civil de 2002*: Parte Geral - Arts. 1º a 232. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2017. P. 135).

⁵⁷⁸ De acordo com Anderson Schreiber, “a terceira e última modalidade de negócio jurídico contemplado no Código Civil é o encargo ou modo, que consiste no ônus assumido pelo beneficiário de uma liberalidade.” (SCHREIBER, Anderson, op. cit., nota 576, p. 234).

⁵⁷⁹ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 124.

Um segundo posicionamento é apresentado por Carlos Alberto Carmona, segundo o qual “basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)”.⁵⁸⁰

Giovanni Ettore Nanni, ao analisar especificamente a cláusula compromissória, defende que esta espécie de convenção de arbitragem, “por ocasião de sua conclusão, é latente, com aptidão para a produção de efeitos, contudo sem eficácia, dependendo da deflagração do conflito, que é o fator de atribuição da eficácia em geral da cláusula compromissória”.⁵⁸¹

Em nossa visão, tendemos a concordar com o posicionamento apresentado por Carlos Alberto Carmona, em prol da produção imediata do efeito negativo da convenção de arbitragem que cumprir os pressupostos de existência e os requisitos de validade dispostos em lei. O efeito positivo, por sua vez, dependerá da instauração do tribunal arbitral para solucionar o conflito objeto da convenção de arbitragem

Nesse contexto, entendemos que a impecuniosidade, caso impeça a instauração do procedimento arbitral, impactará, justamente, no plano da eficácia por impedir a produção do efeito positivo da convenção de arbitragem.

Tal fato, aliás, facilmente visualizado à luz do art. II, (3), da Convenção de Nova Iorque, que dispõe sobre três patologias da cláusula arbitral que podem impedir a arbitragem.

A primeira patologia, conforme visto anteriormente, consiste na convenção de arbitragem “nula e sem efeitos”, que está relacionada à existência de um vício de consentimento, sendo que essas situações não se relacionam com a impecuniosidade.

Constata-se a segunda patologia quando a convenção de arbitragem é inoperante que, na visão de Pedro A. Batista Martins, ocorre quando “a cláusula compromissória perde seu efeito por força de ato da parte ou da prática ou omissão de certo ato”.⁵⁸²

No mesmo sentido, Luiz Olavo Baptista declara que a cláusula arbitral inoperante “deixou de ter efeito, seja porque as partes decaíram do direito, ocorreu a prescrição, ou revogação expressa ou tácita da mesma pela conduta das partes”.⁵⁸³

⁵⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 79.

⁵⁸¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. P. 57.

⁵⁸² MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.) *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 136.

⁵⁸³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora. 2011. P. 141.

A impecuniosidade, em nossa opinião, também não está abrangida nesse conceito por não impedir a produção do efeito negativo da convenção de arbitragem, tampouco implica o decaimento do direito das partes.

Resta, assim, verificar a última e mais branda patologia da cláusula arbitral mencionada na Convenção de Nova Iorque que é a inexequibilidade⁵⁸⁴, a qual, segundo Luiz Olavo Baptista, “refere-se a aspectos operacionais, por exemplo, a impossibilidade de estabelecer o tribunal arbitral”.⁵⁸⁵

A inexequibilidade consiste, portanto, em situação fática que impede a instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral,⁵⁸⁶ frustrando, assim, a execução da convenção de arbitragem.⁵⁸⁷

Em nossa opinião, a impecuniosidade implica essa patologia, uma vez que é uma situação fática na qual uma parte, após adotar uma série de medidas, não possui recursos financeiros para instaurar a arbitragem. Stefan Kröll, aliás, aponta que

The various courts which would otherwise have jurisdiction are generally required under their national arbitration law or under Article II (3) New York Convention to decline jurisdiction if a party invokes the existence of an arbitration agreement. This obligation, however, only exists where the arbitration agreement is not null and void, inoperable or unenforceable. The latter may be the case where one of the parties lacks the necessary funds to initiate and participate in the arbitration proceedings.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Consta nos ensinamentos de Pedro A. Batista Martins que, “vistas as hipóteses constantes da ressalva inserta no artigo II (3) da CNI, tudo indica que o legislador estabeleceu uma graduação com base na gravidade dos vícios imputados à cláusula compromissória, iniciando pelo mais relevante (nulidade e ineficácia) e terminando no mais brando (inexequibilidade) (MARTINS, Pedro A. Batista, op. cit., nota 587, p. 139).

⁵⁸⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.) *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 139.

⁵⁸⁶ Para Rodrigo Araujo Gabardo, “a convenção de arbitragem inexecutável (incapable of being performed) é aquele em que existe uma impossibilidade fática de dar curso ao procedimento arbitral, por exemplo na hipótese das partes terem escolhido uma instituição arbitral que não mais existe no momento do litígio ou na hipótese de ocorrência de circunstâncias políticas (guerra) no local escolhido como sede da arbitragem.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 118).

⁵⁸⁷ MARTINS, Pedro A. Batista, op. cit., nota 586, p. 137.

⁵⁸⁸ Tradução livre: “As várias cortes que, em outras circunstâncias, teriam jurisdição, são, em linhas gerais, obrigadas por sua lei nacional de arbitragem ou segundo o Artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque a negar jurisdição se uma parte invocar a existência de uma convenção de arbitragem. Essa obrigação, entretanto, só existe quando a convenção de arbitragem não for nula e sem efeito, inoperante ou inexecutável. Ela pode ser inexecutável quando uma das partes não dispuser dos fundos necessários para iniciar e participar do processo de arbitragem.” (KRÖLL, Stefan. Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousness of a party. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004. P. 151-152).

Confirma-se esse posicionamento ao perceber que a inexecuibilidade da convenção de arbitragem pode ser passageira, bastando que haja o término da situação que a impôs.⁵⁸⁹ Da mesma forma, nada impede que, após a caracterização da impecuniosidade, a parte obtenha recursos ou auxílio de terceiros que ponha fim nessa situação.

Assim, da mesma forma que no direito alemão,⁵⁹⁰ a impecuniosidade implica a inexecuibilidade da convenção de arbitragem, que, por sua vez, torna-se ineficaz devido à impossibilidade da produção de efeito positivo.

Isso porque, embora sua celebração produza imediatamente seu efeito negativo, o positivo somente exige a constituição de tribunal arbitral para solucionar determinado litígio, o qual tende a ser obstado pela ausência de recursos financeiros e de auxílio de terceiros ou da contraparte.⁵⁹¹

Dessa forma, conclui-se que a impecuniosidade impacta no plano da eficácia da convenção de arbitragem, impedindo a plena produção do seu efeito positivo, que somente ocorre com a constituição do tribunal arbitral.

7.2 A impecuniosidade: um empecilho ao acesso à justiça arbitral?

Tendo em vista que a impecuniosidade impacta na eficácia da convenção de arbitragem, deve-se analisar essa situação à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual, conforme

⁵⁸⁹ Pedro A. Batista Martins registra que “a inexecuibilidade da cláusula compromissória não prejudica a sua eventual eficácia futura.” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.) *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 138).

⁵⁹⁰ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 119

⁵⁹¹ Embora entenda que não implique na inexecuibilidade da convenção de arbitragem, Napoleão Casado Filho também defende que “a falta de recursos para enfrentar os custos da arbitragem poderia ser encarada como um exemplo de ineficácia parcial superveniente da convenção de arbitragem, pois, embora existente e válida, a convenção encontra dificuldades para produzir seus efeitos, de forma semelhante às cláusulas vazias ou patológicas [...]” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 96).

analisado no primeiro capítulo, estabelece o princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos.

De forma mais específica, a releitura do referido princípio impõe que qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão tem o direito de utilizar o método que entender mais adequado para solucionar seu conflito, inexistindo, portanto, uma atividade exclusiva do Poder Judiciário.

Por esse motivo, ao analisarem o referido dispositivo constitucional, José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Luís Monteiro apontam, com precisão, que “o que se garante é o acesso à justiça – e, portanto, também à via arbitral – e não o acesso exclusivo ao Poder Judiciário”.⁵⁹²

Compartilhando dessa visão, Pedro Batista Martins afirma que a arbitragem “desempenha papel relevante e primordial como instrumento eficaz de acesso à justiça”,⁵⁹³ sendo, inclusive, um instrumento democrático ao permitir que o cidadão participe, ativamente, da resolução de seu litígio.⁵⁹⁴

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco declara que “a arbitragem tem realmente essa missão de abrir portas à adequada solução dos litígios, pacificando os litigantes com realização de justiça – e daí a afirmação do acesso à justiça como um bem a ser obtido mediante a atuação dos árbitros, tanto quanto do juiz togado”.⁵⁹⁵

Com base no posicionamento desses respeitados doutrinadores, bem como no que foi exposto no capítulo 1 do presente trabalho, pode-se defender a aplicação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal na arbitragem, na medida em que consiste mecanismo que pode ser utilizado por qualquer pessoa capaz que deseja resolver um conflito patrimonial disponível.

Além disso, o princípio do acesso à justiça, de acordo com Selma Ferreira Lemes, também “encontra guarida nas disposições previstas no art. 33, referente à ação de decretação de nulidade de sentença arbitral, sendo que a lei aumentou as causas de nulidades relacionadas no art. 32, [...], tendo como norte aumentar as garantias das partes”.⁵⁹⁶

⁵⁹² FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 158-159.

⁵⁹³ MARTINS, Pedro A. Batista *et al.* *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999. P. 1.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2013. P. 70.

⁵⁹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista *et al.*, *op. cit.*, nota 598, p. 93.

Assim, inobstante o efeito negativo da cláusula arbitral, a própria lei de arbitragem permite a utilização do Poder Judiciário em certas ocasiões para corrigir eventual vício da sentença arbitral. Mais uma vez, há o respeito ao princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, no qual a tutela estatal consiste na última *ratio*.

Entretanto, diferentemente do Poder Judiciário, a arbitragem é um método privado de resolução de conflitos, de forma que inexistente instrumento para permitir que um cidadão sem recursos financeiros possa instaurar procedimento arbitral.⁵⁹⁷⁻⁵⁹⁸

Nesse contexto, Carlos Alberto Carmona defende que não há “preocupação política de acesso à justiça, mas sim preocupação prática de tornar razoáveis, para todos os litigantes, os custos da demanda”.⁵⁹⁹

Napoleão Casado Filho, por sua vez, chega a sustentar que “o princípio do Acesso à Justiça deve, dentro do sistema da arbitragem, ser compreendido como um direito de acesso a um procedimento arbitral, e não como um direito de recurso ao Judiciário, algo que claramente as partes rejeitaram em suas declarações de vontade”.⁶⁰⁰

No mesmo sentido, Rodrigo Araujo Gabardo declara que “advinda da celebração da convenção arbitral, o direito de acesso ao árbitro aplica-se a todas as partes contratantes, mesmo àquela atingida pela impecuniosidade”.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 81.

⁵⁹⁸ Essa situação também é verificada na Europa, conforma aponta Patricia Živković, segundo a qual “there is no explicit guarantee of a right to arbitrate under the ECHR. This means that once a party has concluded an arbitration agreement, it has also waived the protection which the state usually provides in order to assure the effectiveness of the access to the courts, including legal aid as one of the means.” (ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2708657> p. 41). Tradução livre: “Não há garantia explícita de um direito de arbitrar no CEDH. Isso significa que, uma vez que uma parte concluiu uma convenção de arbitragem, ela também abriu mão da proteção que o estado costuma providenciar de modo a assegurar a efetividade do acesso às cortes, inclusive à assistência judiciária enquanto um dos meios de acesso.”

⁵⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* - Um Comentário à Lei n 9.307/96. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 214

⁶⁰⁰ CASADO FILHO, Napoleão. Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 101-102.

⁶⁰¹ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 123.

Logo, ao mesmo tempo que consiste em opção para o cidadão solucionar seus conflitos, não há qualquer obrigação legal imposta ao Estado para prover mecanismos que facilitem o acesso da parte impecuniosa à arbitragem.

Ocorre que, naturalmente, pode acontecer de um cidadão não possuir recursos financeiros para instaurar procedimento arbitral para solucionar seu litígio.⁶⁰² No caso, além da impossibilidade de acesso ao árbitro, o referido cidadão, por força do efeito negativo da convenção de arbitragem, também estaria impedido de buscar a tutela do Poder Judiciário.

Nessa situação, questiona-se a aplicação do princípio do acesso à justiça quando uma pessoa que celebrou convenção de arbitragem for impecuniosa. Dito de outra forma: a impecuniosidade pode violar a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal?

Na visão de Rodrigo Araujo Gabardo, “têm-se a denegação de justiça quando verificada a impossibilidade de superação da relação entre a inexistência de fundos da parte e a exigibilidade de pagamento das custas arbitrais suficientes para a instauração da arbitragem”.⁶⁰³

Tendemos a concordar com o referido autor, pois, em decorrência do princípio do acesso à justiça, o cidadão não é obrigado a utilizar o Poder Judiciário para solucionar seus conflitos, sendo livre para escolher a arbitragem por ser o método que entendeu ser mais adequado para tal finalidade.

Todavia, caso algum fator o impeça a utilização da arbitragem, o cidadão não pode ser privado de solucionar seu conflito a não ser que tenha declarado, de forma expressa, que somente o resolveria pelo método previamente escolhido.

Isso porque concordamos com Klaus Sachs, o qual sustenta que, por meio de convenção de arbitragem, “the parties wanted to choose a certain mechanism of dispute resolution, but that

⁶⁰² Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos apontam que “é possível que as partes contratantes estejam financeiramente saudáveis no momento em que estipulem a arbitragem como forma de dirimir eventuais controvérsias, razão pela qual o contrato nasceria fundado em um real equilíbrio das prestações devidas e em conformidade com a previsão das margens de ganho e perda para cada contratante. Contudo, circunstâncias que afetam este equilíbrio, causando ganho de uma parte e perda da outra que ultrapassam esta margem já prevista de lucro e prejuízo, faz com que no momento em que as controvérsias surjam, ou mesmo após o surgimento destas, a situação econômico-financeira possa não ser a mesma, a ponto de não conseguirem suportar os custos de uma arbitragem.” (BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 88, p. 139-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica).

⁶⁰³ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 114.

they had no intention of at the same time renouncing their underlying substantive rights if the chosen mechanism cannot proceed due to the lack of the required funds”.⁶⁰⁴

No mesmo sentido, Anne-Caroles Cremades entende que “se puede razonablemente pensar que la intención hipotética de las partes era prever implícitamente la posibilidad subsidiaria de recurrir a la justicia estatal en caso de no tener los recursos necesarios para ir al arbitraje”.⁶⁰⁵

Em outras palavras, ao celebrar uma convenção de arbitragem, as partes estabelecem que pretendem resolver determinado litígio por meio do procedimento arbitral, excluindo a utilização do Poder Judiciário. Essa renúncia, por força do art. 114 do Código Civil,⁶⁰⁶ deve ser interpretada restritivamente, de forma que a impecuniosidade de uma parte não pode ser motivo para impedir a tutela da lesão ou ameaça de lesão de um direito.

Vê-se, portanto, que o efeito negativo da cláusula arbitral pode impedir, em princípio, que a parte impecuniosa tenha acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, o que violaria o art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

7.3 Proposta de solução para a impecuniosidade na instauração do procedimento arbitral

Tendo em vista que a impecuniosidade pode violar o princípio do sistema multiportas de resolução de conflitos, deve-se buscar uma solução para esse problema que seja factível à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁰⁷

Essa solução, por outro lado, precisa respeitar o instituto da arbitragem, de forma que esse importante mecanismo de resolução de conflitos não seja enfraquecido. Ou seja,

⁶⁰⁴ Tradução livre: “As partes desejavam escolher um determinado mecanismo de resolução de disputa, mas não tinham qualquer intenção de concomitantemente renunciar aos seus direitos substantivos básicos se o mecanismo escolhido não pudesse proceder devido à falta dos fundos necessários”. (SACHS, Klaus. *International Arbitration and State of Sovereignty*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007. P.101)

⁶⁰⁵ CREMADES, Anne-Caroles. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review* – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010. P. 151.

⁶⁰⁶ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

⁶⁰⁷ Exclui-se, nesse contexto, sugestões como a apontada por Jaroslav Kudrna, em que “arbitration centers could create funds providing aid to impecunious parties to arbitration.” (KUDRNA, Jaroslav. *Arbitration and right of access to justice: tips for a successful marriage*. In: New York University – *Journal of international law and*

discordamos profundamente do posicionamento, apresentado no capítulo 4, adotado em certos países europeus, como a Alemanha, que permitem o imediato acesso da parte impecuniosa ao Poder Judiciário.

Esse posicionamento, em nossa visão, facilita o sucesso de táticas de guerrilha, o que, por sua vez, traria insegurança para qualquer pessoa que viesse a celebrar uma convenção de arbitragem, afinal, sempre existiria a possibilidade de a parte alegar a impecuniosidade visando inadimpli-la.

Essa solução também precisa respeitar a vontade das partes, que optaram por resolver seus conflitos por arbitragem por entender que, diante das vantagens apresentadas no capítulo 2 do presente trabalho, era o mais adequado.⁶⁰⁸

Assim, a melhor proposta de solução passa, inicialmente, pelo respeito ao princípio competência-competência, bem como ao do acesso ao árbitro, que, de acordo com Rodrigo Araujo Gabardo, “advém da preservação dos motivos que subsidiaram a escolha da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, mas também da manutenção da equação econômica contratual”.⁶⁰⁹

Em nossa visão, embora não tenha recursos financeiros e nem o auxílio de terceiros ou da contraparte, a parte deve buscar a instauração do procedimento arbitral.⁶¹⁰ Essa ideia pode parecer contraditória com a própria ideia de impecuniosidade, mas o(s) árbitro(s) ou a

politics online forum. Disponível em: <<https://nyujilp.org/arbitration-and-right-of-access-to-justice-tips-for-a-successful-marriage/>> Acesso: 31 out. 2018). Tradução livre: “Centros de arbitragem podem criar fundos que fornecem assistência para arbitragem às partes impecuniosas.”

⁶⁰⁸ Rodrigo Araujo Gabardo entende que “a garantia do acesso das partes ao juízo arbitral é, portanto, um aspecto econômico relevante na formação do negócio jurídico, impondo-se a sua preservação.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 125).

⁶⁰⁹ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 119.

⁶¹⁰ No mesmo sentido, Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos defendem que, “como corolário da boa-fé, mister se faz a parte requerer a instauração do procedimento arbitral, informando, preliminarmente, ao tribunal e a parte adversa que se encontra impossibilitada de arcar com as custas de instalação e de manutenção do procedimento, requerendo que lhe seja desincumbida desse ônus, atribuindo a responsabilidade à parte capaz financeiramente, fundado seu pedido na onerosidade excessiva.” (BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 88, p. 139-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica).

instituição escolhida para administrar o procedimento arbitral pode(m) auxiliar na redução dos custos imediatos da arbitragem.⁶¹¹

Aliás, diante dos poderes outorgados pelas partes por meio da convenção de arbitragem, vislumbra-se uma atuação positiva do tribunal arbitral para alterar o procedimento, tornando-o mais econômico para a parte impecuniosa, o que, em última instância, lhe garantiria o acesso à justiça.⁶¹² Nesse contexto, Rodrigo Araujo Gabardo aponta que

Poder-se-ia cogitar a interferência dos árbitros no pagamento dos honorários arbitrais de maneira mais fracionada, a fixação de honorários mínimos em menor montante, a redução do valor dos honorários arbitrais, a alteração do local da sede da arbitragem, a realização de audiência em videoconferência, a realização da arbitragem unicamente por via digital, entre outros.⁶¹³

Entretanto, caso não seja possível instaurar o procedimento arbitral, a impecuniosidade implicará, necessariamente, a violação do princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, pois a parte impecuniosa não obterá a tutela jurisdicional arbitral.⁶¹⁴

Nessa situação, Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos entendem que,

Não havendo êxito no consenso quanto à redistribuição do encargo ou havendo recusa expressa ou ainda, na hipótese de também a parte adversa se encontrar financeiramente hipossuficiente, torna-se inviável a instauração da arbitragem, configurando-se a renúncia de ambas as partes ao procedimento arbitral, com o

⁶¹¹ Francisco José Cahali declara que “nada impede, porém, que a convenção, a entidade arbitral, ou árbitro (no procedimento ad hoc), por pietatis causa ou por interesse comercial (estratégico) em atender ao potencial adversário ou mesmo à demanda, tenha a iniciativa de reduzir as custas, parcelar o débito ou mesmo isentar o pagamento.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. P. 293). No mesmo sentido, Rodrigo Araujo Gabardo, menciona que a American Arbitration Association (“AAA”) “concede uma abstenção das custas administrativas de uma arbitragem se a parte comprovar que o seu faturamento bruto anual é igual a 200% da ‘Federal Poverty Guidelines’” e que “com relação ao árbitro, na hipótese de concessão do benefício da isenção de custas administrativas, a AAA indicará um árbitro, que atuar gratuitamente na realização de uma audiência, sempre que a parte requerente não tiver meios financeiros para arcar com as custas inerentes ao procedimento arbitral e aos honorários do árbitro.” (GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 39).

⁶¹² Ibidem, p.128.

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ No mesmo sentido, Rodrigo Araujo Gabardo, entende que “a tentativa infrutífera da parte impecuniosa em constituir o tribunal arbitral repercutiria numa situação de denegação de justa, dada a impossibilidade concomitante de poderes do juiz estatal para apreciar o mérito da controvérsia.” (Ibidem, p. 130).

consequente direito de proporem a demanda no Poder Judiciário, em face do princípio do acesso à Justiça.⁶¹⁵

Não concordamos, contudo, com esse posicionamento. Isso porque, por se tratar de mecanismo privado de resolução de conflitos, a parte impecuniosa dificilmente conseguirá instaurar o procedimento arbitral, de forma que a resolução da cláusula arbitral nesse momento ainda enfraqueceria o instituto da arbitragem.

Surge, nessa conjuntura, o derradeiro questionamento do presente trabalho: o que fazer quando a impecuniosidade da parte impede a instauração da arbitragem e, consequentemente, viola o princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos?

Em nossa visão, essa resposta passa, necessariamente, pelo auxílio do Poder Judiciário, última *ratio* da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. No caso, embora sejam sistemas distintos, não há dúvidas de que, em certas ocasiões, o Poder Judiciário coopera com a arbitragem e vice-versa, trazendo, assim, efetividade ao sistema multiportas de resolução de conflitos brasileiro.⁶¹⁶ Ao analisar essa relação, Pedro A. Batista Martins declara que

A cooperação do órgão de justiça estatal é necessária e sempre bem-vinda não somente para assegurar os efeitos de uma decisão arbitral – seja ela liminar ou definitiva –, mas também para definir a aplicação das normas arbitrais aos casos concretos e, assim, moldá-las e direcioná-las à teleologia que as determina. A análise de questões arbitrais pelo judiciário, ao invés de danosa, é dado valioso à fortificação do instituto, pois demonstra a crescente demanda por essa modalidade de resolução de conflito, fideliza o sistema e sedimenta o caminho a ser trilhado por seus operadores.⁶¹⁷

⁶¹⁵ BRITO, Cristiano Gomes de.; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 88, p. 139-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica.

⁶¹⁶ Alexandre Freitas Câmara indica que “já se afirmou, em nobre sede doutrinária, que deve haver uma convivência harmônica entre a arbitragem e o Poder Judiciário, sendo absolutamente correta a assertiva segundo a qual para que haja tal harmonia será necessário estabelecer-se uma relação de cooperação entre ambos os sistemas. Assim como os árbitros deverão compreender as limitações que lhe impõem a origem convencional, a falta de imperium e a ordem pública, faz-se necessário que os juízes compartilhem a filosofia e os objetivos da arbitragem como sistema que ‘co-opera’ na resolução de conflitos, prestando seu auxílio quando se deva recorrer a eles para executar a decisão, aceitando também suas próprias limitações em casos em que legitimamente tenha sido subtraída sua competência.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 6, p. 18-28, abr-jun, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 23).

⁶¹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *A Arbitragem na visão do Poder Judiciário*, vol. 0, p. 7-15, jul-out, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2003. P. 10.

Existem várias formas de o Poder Judiciário cooperar com a arbitragem. Cite-se, como exemplo, a adoção de medidas para sanar as limitações legais ao poder jurisdicional dos árbitros.⁶¹⁸ Entretanto, para fins deste trabalho, focaremos o auxílio desse órgão na instauração de procedimentos arbitrais.

Com efeito, o art. 7º da Lei Federal nº 9.307/96 dispõe sobre ação judicial visando à instauração de arbitragem quando as partes tiverem celebrado cláusula compromissória vazia⁶¹⁹ ou mal redigida⁶²⁰. De acordo com Alexandre Freitas Câmara, nessa situação, a intervenção do Poder Judiciário

É essencial para a instauração do processo arbitral quando houver resistência à sua formação, sendo certo que o mecanismo previsto na Lei de Arbitragem para que tal auxílio seja prestado está em perfeita conformidade com as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) e da universalidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), sendo certo que esta última garantia é a responsável pela promessa constitucional de que o Estado prestará tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.⁶²¹

Em outros termos, o Poder Judiciário permite, por meio da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, o acesso à arbitragem quando a cláusula compromissória é vazia ou apresenta alguma patologia decorrente de sua redação.

⁶¹⁸ De acordo com Gilberto Giusti, “o legislador pátrio, além de limitar a jurisdição arbitral ao conhecimento e julgamento de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, subtraiu da atividade arbitral a aptidão de dispor da força para obter o cumprimento dos atos e diligências do processo, ou seja, o elemento coertio”. Por essa razão, para o referido autor, “sempre que o alcance desses meios exigir a colaboração do Poder Judiciário, naqueles casos em que se fizer necessária a materialização da força física para a atuação prática e concreta, deverá o árbitro, seja de ofício ou a requerimento da parte, solicitar a providência pertinente ao órgão judicial que se mostrar competente. Este, por seu turno, deverá, em respeito do mesmo princípio do direito à efetividade da jurisdição, atender à solicitação apresentada, desde que havida como formalmente em boa ordem”. (GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, p. 7-14, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 12-14).

⁶¹⁹ Ao apreciar o art. 7º da Lei de Arbitragem, André Smilgin declarou que “é assente, na doutrina e na jurisprudência, o conceito de que a aplicação desse dispositivo se restringe àquelas hipóteses em que as partes convencionaram uma cláusula compromissória vazia ou em branco”. (SMILGIN, André. *Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7º da lei 9.307/96*. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo poder judiciário. Competência-competência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 370-376, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica).

⁶²⁰ Para Carlos Alberto Carmona, “diante de uma convenção arbitral mal redigida, que impeça a formação do tribunal, poderá qualquer das partes socorrer-se do Poder Judiciário, devendo o juiz, porém, respeitar dentro do possível a vontade das partes”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 158).

⁶²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 6, p. 18-28, abr-jun, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 25.

Essa atuação, em nosso sentir, pode (e deve) ser ampliada para solucionar o problema da parte impecuniosa que não possui condições para instaurar o procedimento arbitral. Nesse sentido, Rodrigo Araujo Gabardo também sustenta que

Diante da configuração de denegação de justiça pela impossibilidade de acesso aos árbitros, impõe-se a intervenção do Poder Estatal. Todavia, estando a cláusula compromissória em perfeitas condições jurídicas, em respeito aos requisitos de existência, validade e eficácia impostos pela legislação, a intervenção do Poder Judiciário limita-se a remeter as partes à arbitragem.⁶²²

Da mesma forma, Napoleão Casado Filho defende que,

Para os casos em que um investidor não se interessou em financiar a disputa, podemos vislumbrar a possibilidade da parte impecuniosa se valer da Ação de Instauração de Arbitragem prevista no art. 7º da Lei n. 9.307/96, solicitando a intervenção estatal para adequar a cláusula arbitral para a situação contenciosa apresentada.⁶²³

O motivo para esse posicionamento, conforme bem anotado por Rodrigo Araujo Gabardo, é simples: “[...], não há qualquer restrição no art. 7º da Lei de Arbitragem que impeça a utilização da ação judicial nela prevista quando a resistência na instituição da arbitragem advir da impossibilidade da parte arcar com as custas arbitrais”.⁶²⁴

Essa medida consistiria, portanto, na última tentativa da parte impecuniosa, com base na boa-fé objetiva e em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, de cumprir a convenção de arbitragem, ainda que seja após manifestação judicial determinando a redução dos custos do procedimento arbitral.⁶²⁵

Assim, a parte impecuniosa poderia ajuizar demanda judicial contra sua contraparte, oportunidade na qual deveria demonstrar, efetivamente, sua situação de impecuniosidade à luz da boa-fé objetiva.

⁶²² GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 130

⁶²³ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 103.

⁶²⁴ GABARDO, Rodrigo Araujo, op. cit., nota 623, p. 131.

⁶²⁵ Para Luis Fernando Guerrero, “a parte que tiver interesse na arbitragem poderá tomar todas as medidas necessárias para que ela ocorra, já que o efeito positivo da convenção de arbitragem faz com que o litígio só possa ser solucionado via arbitragem.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009. P. 122).

Ou seja, nessa demanda, deverá demonstrar que não possui recursos financeiros para instaurar determinado procedimento arbitral e que não obteve auxílio de terceiros ou da contraparte.⁶²⁶ Deverá ainda demonstrar que, em respeito ao princípio competência-competência, buscou, sem sucesso, iniciar o procedimento arbitral.⁶²⁷

Esse grande ônus probatório é imposto pelo fato de as partes terem pretendido resolver seus conflitos por meio da arbitragem, de forma que a utilização do Poder Judiciário é uma medida extrema que visa permitir o acesso ao árbitro.⁶²⁸

No caso, o procedimento dessa demanda, conforme previsto em lei, seria informal, célere⁶²⁹ e, ao mesmo tempo, respeitaria garantias processuais básicas, dentre as quais a de produção de provas.⁶³⁰

O réu, nessa ação judicial, pode demonstrar que o autor não é impecunioso ou, até mesmo, buscar uma conciliação que reduziria os custos da convenção de arbitragem, permitindo a instauração imediata do procedimento.

Todavia, caso se oponha à pretensão e no final seja demonstrada a procedência do pedido, caberá ao Poder Judiciário, ao invés de remover a patologia da cláusula compromissória,⁶³¹ proferir sentença alterando a convenção de arbitragem para reduzir os

⁶²⁶ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 132-134.

⁶²⁷ Ibidem, p. 132-134.

⁶²⁸ Na visão de Rodrigo Araujo Gabardo, “a interferência do Poder Judiciário acontece nessa hipótese como mecanismo para dissuadir o estado de denegação de justiça da parte impecuniosa, portanto deve ser comprovado que a tutela pretendida é necessária e adequada, fazendo-o através da comprovação do efetivo estado de denegação de justiça.” (Ibidem, p. 132).

⁶²⁹ André Smilgin aponta que “o procedimento da ação do art. 7.º é informado pelo princípio da oralidade e privilegia a concentração dos atos processuais. O fim pretendido pelo legislador, ao estabelecer a realização de uma audiência única, foi emprestar celeridade à ação.” (SMILGIN, André. Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7º da lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo poder judiciário. Competência-competência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 370-376, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica).

⁶³⁰ Para Carlos Alberto Carmona, “o procedimento descrito na Lei - propositadamente ou não - omite-se acerca da instrução processual. Nada está dito a respeito da prova testemunhal ou pericial (e esta pode ser necessária, v.g., se for alegada a falsidade do documento que contiver a cláusula com promissória), e não seria razoável impedir a produção de provas constituídas e em especial pelo réu, que pretenda resistir ao pedido de instituição do juízo arbitral) no procedimento em questão.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 160).

⁶³¹ Segundo Carlos Alberto Carmona, “a decisão proferida pelo juiz, se de procedência, produzirá a mesma eficácia do compromisso arbitral. Significa dizer que a partir da publicação da sentença, de natureza constitutiva, ter-se-á como celebrado o compromisso, mas não necessariamente instituída a arbitragem, o que depende (art. 19

custos do procedimento arbitral,⁶³² podendo, para essa finalidade, (i) reduzir o número de árbitros responsáveis por julgar o litígio;⁶³³ (ii) alterar a administração do procedimento arbitral;⁶³⁴ e (iii) até mesmo alterar o procedimento arbitral, simplificando-o.

Para a adoção dessa postura, aplicar-se-á, por analogia, o § 6º do art. 7º da Lei de Arbitragem, segundo o qual “não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único”.

Isso porque, embora o referido artigo seja utilizado quando houver revelia do réu,⁶³⁵ entendemos que a autonomia privada da parte sem problemas financeiros deve ser mitigada em prol do acesso à arbitragem sob pena de violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Não bastasse a interpretação extensiva do art. 7º, §6º da Constituição Federal, Rodrigo Araujo Gabardo leciona que “o legislador concedeu ao juiz o poder-dever de alterar a convenção de arbitragem, caso seja necessário para a preservação das garantias constitucionais do processo, incluindo-se o acesso ao árbitro”.⁶³⁶

Assim, caso a parte sem problemas financeiros não auxilie na fase extrajudicial ou se oponha na judicial, entendemos que, constatada a impecuniosidade do autor da demanda, não há qualquer problema no fato de o Poder Judiciário alterar a convenção de arbitragem celebrada entre as partes para tornar o procedimento arbitral mais barato. Essa medida, aliás, não seria uma novidade, tendo em vista que já foi adotada nos Estados Unidos por ocasião do julgamento

da Lei) da aceitação pelo árbitro (ou por todos os árbitros) do encargo para o qual foram nomeados.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 165).

⁶³² Essa atividade judicante, repita-se, é vislumbra por Napoleão Casado Filho ao declarar que, em sua visão, “a incapacidade de uma das partes de arcar com os custos do procedimento, desde que provada, poderia, no máximo, dar margem a uma intervenção das cortes estatais para modificar a cláusula, mas preservando a arbitragem.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça – o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 98).

⁶³³ GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 138.

⁶³⁴ Ibidem.

⁶³⁵ Carlos Alberto Carmona defende a “aplicação cautelosa do § 6º do art. 7º, que só deverá ser invocado em caso claro de contumácia (ausência de contestação sornada à ausência do réu à audiência de conciliação, instrução e julgamento), de sorte a evitar que o não comparecimento do réu à audiência possa ensejar oportunidade para possível (provável, diria) injustiça, atribuindo-se ao juiz desmesurado (e aqui indesejado) poder para dispor sobre o compromisso arbitral.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. P. 164).

⁶³⁶ GABARDO, Rodrigo Araujo, op. cit, nota 634, p. 136.

do caso “Tony Brower v. Gateway 2000 INC” e houve indicação em sentido semelhança no caso “Green Tree Financial Corp v. Larketta Randolph”.

Todavia, é possível vislumbrar hipótese na qual o Poder Judiciário não conseguirá reduzir os custos da arbitragem. Nessa situação, deverá declarar a resolução da convenção de arbitragem, permitindo o acesso da parte impecuniosa ao Poder Judiciário, onde receberá a tutela dos seus direitos. Trata-se, por óbvio, de situação extremada, que somente poderá ser realizada se for configurada situação de impecuniosidade, bem como verificado que a ação judicial com base no art. 7º da Lei de Arbitragem seja inócua.

Dessa forma, em nossa opinião, caso seja verificada a situação de impecuniosidade, a parte ainda assim deverá buscar a instauração do procedimento arbitral. Caso não consiga, poderá ajuizar demanda judicial visando à alteração da convenção de arbitragem para torná-la mais barata, permitindo seu acesso ao árbitro e requerendo, subsidiariamente, a declaração de resolução da cláusula arbitral. Se, mais uma vez, não for possível, não haverá outra alternativa além da resolução da convenção de arbitragem.

Essa solução, em nossa opinião, soluciona o problema da impecuniosidade, ao mesmo tempo em que protege o instituto da arbitragem, uma vez que a resolução da convenção de arbitragem seria uma última medida extrema, diferentemente da solução de determinados países europeus de desconsiderar, de plano, a cláusula arbitral quando a parte não tiver recursos financeiros.

CONCLUSÃO

O sistema de resolução de conflitos brasileiro, fundado na utilização do Poder Judiciário, foi profundamente modificado em decorrência da evolução de nossa sociedade, que, atualmente, (i) valoriza novos bens e direitos; (ii) exige uma célere solução dos litígios; e (iii) busca novos mecanismos de pacificação social.

Nosso sistema, também, foi profundamente alterado pelo movimento do acesso à justiça, que objetiva assegurar a proteção efetiva dos direitos de cada cidadão. Em decorrência do referido movimento, diversos países, dentre os quais destacamos o Brasil, reformaram seus sistemas de assistência jurídica, criaram um sistema de tutela coletiva e valorizam, ainda mais, outros meios adequados de resolução de conflitos.

Por fim, após uma série de recentes reformas processuais, dentre as quais a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e da Reforma da Lei de Arbitragem, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema multiportas de resolução de conflitos, no qual há uma profunda mudança de perspectiva sobre a função do Poder Judiciário, que perde o papel exclusivo de pacificador de litígios para ser mais um instrumento com essa finalidade.

No referido sistema, existem diversos mecanismos à disposição para solucionar um conflito, cabendo às partes escolherem aquele que entenderem mais adequado para essa função. Assim, atualmente, o sistema de resolução de conflitos brasileiro não se limita ao Poder Judiciário, existindo uma série de mecanismos à disposição do cidadão brasileiro, dentre os quais se destacam a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Essa transformação impacta, por óbvio, no princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que, tradicionalmente, garantia ao cidadão a utilização do Poder Judiciário para solucionar seus litígios.

Entretanto, em nossa opinião, esse princípio deve ser reinterpretado para garantir ao cidadão o acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, podendo escolher o mecanismo que entender mais adequado. Todavia, caso seja impossibilitado de utilizar o método escolhido e não tenha feito qualquer renúncia, o cidadão pode utilizar o Poder Judiciário, que possui uma função subsidiária de impedir que um direito lesado ou ameaçado fique sem qualquer tutela.

Finda a análise do sistema de resolução de conflitos brasileiro e após termos apresentado a melhor interpretação do princípio do acesso à justiça, analisamos a arbitragem, método que somente foi valorizado e utilizado após (i) a promulgação da Lei Federal nº 9.307/96, também

conhecida como Lei de Arbitragem; (ii) o reconhecimento, em 2001, da constitucionalidade da referida lei pelo Supremo Tribunal Federal; e com (iii) a ratificação, em 2002, da convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

A arbitragem consiste em mecanismo por meio do qual as partes outorgam poderes para um terceiro independente e imparcial solucionar determinado conflito existente ou futuro.

Esse mecanismo funda-se, essencialmente, na autonomia da vontade das partes, característica esta que a distingue do processo judicial, dando-lhe, inclusive, autonomia, de forma que, salvo estipulação das partes, a arbitragem não é subordinada às regras processuais impostas pelo legislador.

Tal fato, contudo, não retira a natureza jurisdicional da arbitragem. Isso porque (i) a sentença arbitral equipara-se à sentença judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem); (ii) cabe ao árbitro decidir, via de regra, sobre sua competência para apreciar determinado litígio (art. 8º da Lei Federal nº 9.307/96) e (iii) possui outras características inatas ao exercício do poder jurisdicional, como: (a) a substitutividade da vontade das partes; (b) a inércia do órgão julgador; (c) a imutabilidade da sentença arbitral; (d) a imparcialidade do árbitro; e (e) o contraditório.

Verificadas a natureza jurídica e a importância da autonomia privada, analisamos a convenção de arbitragem, instrumento necessário para adoção desse mecanismo de resolução de conflitos, que possui duas espécies, quais sejam, (i) o compromisso arbitral e (ii) a cláusula compromissória.

Verificamos, entretanto, que a diferença entre esses instrumentos limita-se à existência do litígio no momento em que se optou pela arbitragem. No compromisso, o litígio é preexistente enquanto que, na cláusula compromissória, as partes estabelecem a utilização da arbitragem em caso de um litígio no futuro.

Assim, podemos observar que o compromisso arbitral e a cláusula compromissória possuem a mesma finalidade, consistente na outorga de jurisdição para um terceiro solucionar o litígio, e, ainda, os mesmos efeitos, denominados de positivo e negativo.

O efeito positivo impõe que as partes utilizem a arbitragem para solucionar o litígio abrangido pela convenção de arbitragem e outorga poderes ao árbitro para decidir, em primeiro lugar, sobre sua jurisdição, na forma do art. 8º, § único da Lei de Arbitragem e art. II, (3) da Convenção de Nova Iorque. O efeito negativo, por sua vez, impede, em princípio, que o Poder Judiciário analise a controvérsia que deveria ser submetida à arbitragem.

Diante desses efeitos, questionamos os motivos pelos quais as partes optariam pela arbitragem. Nessa oportunidade, constatamos que a arbitragem é um procedimento de resolução

de conflitos célere, flexível, com um maior grau de civilidade entre os atores do processo arbitral e confidencial.

Em seguida, analisamos uma suposta desvantagem da arbitragem alardeada pela doutrina: os custos necessários para a instauração e prosseguimento do procedimento arbitral, que seriam elevados.

Inicialmente, apuramos que existem duas espécies de custos na arbitragem, quais sejam (i) as custas e (ii) as despesas. Nas custas, encontram-se os gastos necessários para a realização do procedimento arbitral, o que inclui (a) os honorários dos árbitros e (b) a prática de atos necessários para instauração e prosseguimento da arbitragem. Nas despesas, por sua vez, situam-se os gastos suportados pelas partes para (a) obter uma adequada representação; (b) arcar com eventual multa por litigância de má-fé e (c) suportar o pagamento de eventuais honorários sucumbenciais. A responsabilidade por esses custos dependerá da estipulação das partes ou, em caso de silêncio sobre o tema, ao Tribunal Arbitral, na forma do art. 27 da Lei de Arbitragem.

Apresentado o panorama dos custos da arbitragem, optamos por verificar, de forma mais concreta, os valores que devem ser despendidos pelas partes para instaurar e processar um procedimento arbitral. De forma mais específica, pesquisamos os custos de 4 (quatro) renomadas instituições arbitrais, quais sejam: Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – BRASIL, Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem e Câmara de Arbitragem do Mercado da BOVESPA.

No fim, constatamos que, de fato, uma simples análise do valor cobrado por essas instituições permite a conclusão de que a arbitragem é um método de resolução de conflitos caro. Entretanto, em nossa visão, essa questão deve ser compreendida à luz de uma análise econômica, a qual indicará a inserção, nos custos da arbitragem, de algumas vantagens desse mecanismo, tais como (i) a celeridade, (ii) a especialidade do árbitro, (iii) os impactos de sua utilização na relação entre as partes e (iv) a confidencialidade.

Com base nessa análise econômica da arbitragem, concluímos que esse método de resolução de conflitos não é necessariamente caro, dependendo das circunstâncias do litígio para verificar o proveito econômico obtido pelas partes.

Esse fato, porém, não impede que os custos diretos necessários para a instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral impeçam sua utilização por uma parte que tenha celebrado convenção de arbitragem. Essa situação, de acordo com a doutrina estrangeira, é denominada de impecuniosidade.

A impecuniosidade, como visto ao longo do presente trabalho, distingue-se da insolvência, uma vez que esta é uma situação objetiva de crise financeira enquanto aquela é

uma situação subjetiva de ausência de recursos financeiros que impede o pagamento dos custos necessários para a instauração e prosseguimento do procedimento arbitral.

O problema da impecuniosidade decorre da vinculação, por meio da cláusula arbitral, das partes à arbitragem, de forma que, quando uma delas não possuir dinheiro para instaurar ou prosseguir com o procedimento, não poderá se valer do Poder Judiciário em decorrência dos efeitos da convenção de arbitragem.

Por outro lado, o princípio do acesso à justiça impõe que, salvo estipulação em contrário da própria parte, qualquer direito lesado ou ameaçado venha a ser tutelado. Há, portanto, um conflito entre o princípio do *pacta sunt servanda* e o do acesso à justiça.

Nesse contexto, antes de analisarmos a situação brasileira, decidimos estudar o posicionamento sobre essa controvérsia em quatro relevantes países para a arbitragem, quais sejam: (i) na França; (ii) na Inglaterra; (iii) na Alemanha e (iv) nos Estados Unidos.

Os tribunais franceses não apresentam um posicionamento claro sobre a matéria, afinal, há julgados em que (i) se respeitou o princípio da competência-competência; (ii) se impôs a análise de pedido reconvenicional feito por requerido impecunioso; e (ii) se declarou a ineficácia da convenção de arbitragem.

Os tribunais ingleses, por sua vez, possuem um posicionamento firme: a impecuniosidade não impacta a convenção de arbitragem. Os tribunais alemães também adotam um posicionamento categórico só que em prol do acesso à justiça, permitindo o acesso da parte impecuniosa ao Poder Judiciário.

Por fim, nos Estados Unidos, assim como na França, é possível encontrar divergência jurisprudencial, de forma que é possível encontrar julgados em que o Poder Judiciário alterou a cláusula arbitral para reduzir os custos da arbitragem, bem como outros em que resolveu a convenção ou declarou sua validade.

Ou seja, cada país verificado possui um posicionamento próprio sobre o tema, cabendo ao jurista brasileiro, com base em nosso ordenamento, definir qual seria o tratamento mais adequado para a impecuniosidade no Brasil, afinal, esta situação não é regulada pela Lei de Arbitragem.

Devido a essa ausência legislativa, verificamos, inicialmente, os efeitos da recuperação judicial e falência sobre a arbitragem, afinal, é natural que uma empresa em dificuldades econômicas tenha dificuldades para arcar com os custos da arbitragem.

Constatamos que esses procedimentos judiciais não impactam na validade da convenção de arbitragem anteriormente firmadas pela recuperanda ou falida, tampouco impedem a

celebração de novas cláusulas arbitrais. Tais procedimentos, também, não impactam no prosseguimento dos procedimentos arbitrais.

Ou seja, via de regra, observamos que o simples fato de uma sociedade empresária estar em recuperação judicial ou falência não causa qualquer impacto na convenção de arbitragem. Além disso, a Lei Federal nº 11.101/05 também não regulamenta os efeitos da ausência de recursos financeiros de determinada sociedade em dificuldades para instaurar ou prosseguir com a arbitragem.

Assim, para saber o posicionamento dos impactos da impecuniosidade na convenção de arbitragem em nosso ordenamento, analisamos a doutrina especializada e julgados prolatados pelos tribunais brasileiros

Na doutrina, constatamos que não há um consenso sobre a questão. Clávio Valença Filho e Estevão Mallet, conquanto tenham analisado o problema respectivamente à luz do regime falimentar e trabalhista, defendem a resolução convenção de arbitragem, com a consequente possibilidade da parte impecuniosa utilizar o Poder Judiciário.

Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos também entendem que será permitida a utilização do Poder Judiciário se (i) uma parte não possui recursos financeiros e (ii) a outra não prestar qualquer auxílio financeiro.

Maurício Pestilla Fabbri sugere uma terceira solução: a criação de um procedimento específico, a ser administrador pelas instituições arbitrais, para apreciar a alegação de impecuniosidade da parte. Caso fosse verdadeira e a probabilidade do direito, alta, os custos deveriam ser transferidos para outra parte. Sem o *fumus boni iuris*, caberia à instituição decidir sobre a aplicabilidade da convenção de arbitragem.

Rodrigo Araujo Gabardo entende que a impossibilidade de instauração do procedimento arbitral por ausência de recursos financeiros é situação que viola o acesso à justiça e sugere a utilização do Poder Judiciário para permitir o acesso ao árbitro por meio de uma postura ativa visando reduzir os custos da arbitragem.

Embora defenda que a impecuniosidade não implica a nulidade, inexecutibilidade ou inoperância da convenção de arbitragem, Napoleão Casado Filho também partilha do pensamento de que o Poder Judiciário deve intervir para reduzir os custos da arbitragem.

Fato é que, na doutrina, não há qualquer posicionamento unânime sobre os efeitos da impecuniosidade, tampouco sobre como solucioná-lo. O mesmo se pode dizer sobre o posicionamento de nossos tribunais, uma vez que há decisões que concluíram pela ausência de impacto na validade da cláusula arbitral, ao mesmo tempo em que há julgados que mitigam a

aplicação da cláusula arbitral em prol do acesso das partes à justiça por meio do Poder Judiciário.

Em nossa visão, a falta de um posicionamento uniforme, tanto na doutrina como nos tribunais brasileiros, sobre os efeitos da impecuniosidade na arbitragem decorre da ausência de um conceito objetivo do instituto. Para resolver esse problema, sugerimos a utilização da boa-fé objetiva, princípio jurídico que impõe um comportamento probo e ético das partes, sendo, por óbvio, aplicável na arbitragem desde a celebração da convenção até o fim do procedimento arbitral.

A importância de utilização, aliás, fica evidente devido à utilização de táticas de guerrilha, condutas praticadas pelas partes para frustrar a arbitragem, dentre as quais está a alegação de ausência de recursos financeiros para custear o procedimento arbitral.

No caso, a boa-fé objetiva, em sua vertente criadora, impõe que as partes adotem condutas que permitam o cumprimento de determinado contrato. Transportando esse conceito para a arbitragem, percebemos a importância de as partes adotarem medidas visando o cumprimento da cláusula arbitral.

Assim, propusemos que a impecuniosidade seja conceituada como uma situação na qual uma parte não possui recursos financeiros para instaurar ou prosseguir com o procedimento arbitral mesmo após adotar, com fundamento na boa-fé objetiva, medidas visando o cumprimento da cláusula arbitral.

Com efeito, além de não possuir recursos financeiros, entendemos que a parte impecuniosa deve buscar: (i) instrumentos financeiros para custear o procedimento arbitral; (ii) transferência dos custos da arbitragem para terceiros, e (iii) auxílio da outra parte para solucionar o problema, seja pelo pagamento dos custos ou pela alteração da convenção para tornar o procedimento mais acessível.

Existem, portanto, dois requisitos para configuração da impecuniosidade: (a) ausência de recursos financeiros e (ii) insucesso das medidas visando à instauração ou o prosseguimento da arbitragem. A impecuniosidade somente é configurada quando esses dois requisitos forem preenchidos.

O estabelecimento desse novo conceito permitiu uma análise detalhada dos efeitos dessa situação sobre a convenção de arbitragem. No caso, concluímos que a impecuniosidade não afeta o plano da existência e da validade, impactando, tão somente, na eficácia do negócio jurídico, uma vez que o efeito positivo da convenção de arbitragem exige a constituição do tribunal arbitral.

De forma mais específica, a impecuniosidade torna a convenção de arbitragem inexecutável, na medida em que uma parte estará privada de constituir Tribunal Arbitral para solucionar um litígio, impedindo, assim, a produção plena do efeito positivo da cláusula arbitral.

Essa situação, por sua vez, pode consistir em violação ao princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos, pois, por força do efeito negativo da cláusula arbitral, a parte estaria privada de obter a tutela de um direito lesado ou ameaçado.

Esse problema, por óbvio, precisa ser solucionado de uma forma que não enfraqueça o sistema arbitral. Nesse contexto, ainda que esteja em situação de impecuniosidade, defendemos que a parte deve buscar a instauração do procedimento arbitral, oportunidade na qual se buscará uma solução com o(s) árbitro(s) ou com a instituição responsável por administrar o procedimento arbitral.

Se não conseguir instaurar a arbitragem, estará configurada a violação ao princípio do acesso à justiça, surgindo, assim, a necessidade de utilização do Poder Judiciário, que funciona como uma verdadeira “válvula de escape” no sistema multiportas.

Quando houver uma impossibilidade de utilização do mecanismo previamente escolhido pelas partes sem qualquer renúncia integral, acreditamos que é necessário se permitir a tutela estatal, a qual, no caso, deve adotar uma postura cooperativa, visando a instauração de um procedimento arbitral mais barato, o que, em última instância, respeitaria a vontade das partes de resolver um conflito por arbitragem.

Com efeito, acreditamos que, uma vez observadas as condutas acima detalhadas, a parte impecuniosa, com fundamento no art. 7º da Lei de Arbitragem, poderá ajuizar ação judicial visando reduzir os custos da arbitragem, o que permitiria a instauração do procedimento arbitral.

Nessa demanda, a parte deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários para configuração de impecuniosidade ao passo que o réu poderá concordar com o pedido ou comprovar que a parte possui recursos para instaurar o procedimento arbitral.

Entretanto, caso seja verificada a situação de impecuniosidade, o Poder Judiciário, com fundamento em uma interpretação ampliada do art. 7º, § 6º da Lei de Arbitragem, poderá alterar a convenção de arbitragem para reduzir os custos do procedimento arbitral.

Todavia, caso esse objetivo não possa ser alcançado, entendemos que não restará outra alternativa ao Poder Judiciário além de declarar a resolução da convenção de arbitragem. Trata-se, em nossa visão, da solução que melhor respeita o sistema arbitral sem descuidar da garantia do princípio do acesso ao sistema multiportas de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*. vol. 195, p. 195-116, set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, versão eletrônica.

_____. *O case management inglês: um sistema maduro?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII. nº 1. P. 287-335, jan/jun. 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários ao artigo 24 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil – 2ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José *et al.* *Arbitragem – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva. 2016.

ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. In: *Revista de Processo*. V. 217. P. 181-203. Mar. 2013. Versão eletrônica.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

ARAÚJO, Nádia. O novo código de processo civil e a arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 46, p. 277-286, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, versão eletrônica.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 16-29, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, Versão Eletrônica.

ASSIS, Araken de. Direito fundamental do acesso à Justiça. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

BALBINO, INEZ. A Arbitrabilidade do Direito Falimentar. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

_____. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora. 2011.

BARBI, Celso Agrícola. O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos. In: *Revista de Processo*, v. 39, p. 119-121, jul-set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1985, Versão Eletrônica.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Processo Arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais*. In: ROA, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 485 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

BENEDUZI, Renato. Comentário aos artigos 70 ao 187 do Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Comentários ao código de processo civil* - Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERMUDES, Sérgio. *Arbitragem: um Instituto florescente*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 387-389, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

BM&FBOVESPA. Disponível em:
<http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/> Acesso: 26 jul. 2018.

_____. Tabela de custas e honorários. Disponível em:
<http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/tabela-de-custas-e-honorarios/> Acesso: 26 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1996.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1996.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro 2005.

_____. II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, de 26 de maio de 2009.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho 2015.

BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado*. vol. 88, p. 139-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os Custos da Litigância (I): Admissibilidade, Objeto e Limites. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 61-90, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

_____. Convenções sobre os Custos da Litigância (II): Introdução ao seguro e a financiamento processuais. In: *Revista de Processo*, v. 277, p. 47-78, mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018, Versão Eletrônica.

_____. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (coord.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: Jus Podium. 2013.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 45-66, Holanda: Wolter Kluwer. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR. Hermes; e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodium. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CALMON, Rafael. Justiça Multiportas no Brasil: breve panorama. In: *Revista da Federação Nacional de Mediação de Conflitos*, 1.ª Edição Junho 2018. P. 67. Disponível em: < https://issuu.com/fmc2018/docs/1.__edi__o_revista_fmc_final> Acesso: 19 set. 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 6, p. 18-28, abr-jun, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005. P. 23

CAMARB – CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <<http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/>> Acesso: 12 set. 2018.

_____. Tabela de Custas. Disponível em:< <http://camarb.com.br/tabela-de-custas/>> Acesso: 12 set. 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos artigos 82 ao 97 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitralidade subjetiva nas sociedades por ações. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. In: *Revista de Processo*, v. 74, p. 82-97, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994, Versão Eletrônica.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1 a 15 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

_____. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regimento de Custas. Disponível em: <http://www.cbma.com.br/regulamento_1> Acesso: 26 jul. 2018.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL CANADÁ. Regulamento de Arbitragem de 2012. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>> Acesso: 12 set. 2018.

_____. Calculadora e Tabela de Despesas. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora/>> Acesso: 12 set. 2018.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669> Acesso em 18 jan. 2019.

CHESSA, Valentine; BARYSHEVA, Nataliya. *Impecuniosity and denial of justice: walking on eggshells*. In: Kluwer Arbitration Blog. 2016. Disponível em: <

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/15/impecuniosity-and-denial-of-justice-walking-on-eggshells>> Acesso: 25 outubro 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 5, p. 35-55, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. *Pedidos de recuperação judicial batem recorde; falências também sobem*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/pedidos-recuperacao-judicial-batem-recorde-falencias-tambem-sobem>>. Acesso em 18 jan. 2019.

COUR DE CASSATION. Arrêt n° 392 du 28 mars 2013 (11-27.770) - Cour de cassation - Première chambre civile
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/392_28_25869.html> Acesso: 18 jan. 2019.

CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review* – Revista del Club Español de Arbitraje. Vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010.

CREMADES, Bernardo M. Third Party Funding in International Arbitration. In: CELLI JUNIOR, Umberto *et al.* (coord.). *Arbitragem e Comércio Internacional* – Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin. 2013.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação Judicial, falência e arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 29, p. 183-206, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Versão Eletrônica.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Liberdade das partes na escolha dos árbitros. In: SALOMÃO. Luis Felipe; e ROCHA. Caio César Vieira. *Arbitragem e Mediação* – A reforma da legislação brasileira. 2ª Edição. São Paulo: Atlas. 2017.

DERAINS, Yves. A arbitragem internacional: custo e duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 20, p. 175-184, jan-mar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

DIDIER JR, Fredie; e ZANITI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANITI JR. Hermes; e CABRAL, Tricia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodium. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2013.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2018.

FABBRI, Mauricio Pestilla. Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 57, jan-mar, p. 67-96, Holanda: Wolter Kluwer. 2018.

FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 31, p. 251-261, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, Versão Eletrônica.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Meios alternativos de solução de conflitos: mais um caminho para a efetividade de direitos constitucionais. In: FUX, Luiz (coord). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRO, Marcelo Roberto de Carvalho. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al.* (coord). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2013.

FISS, Owen. Against Settlement, In: *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984.

FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

_____. A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

FREITAS, Rosa Maria; LUNA, Rafael Alves de. O reconhecimento da autonomia do sujeito e transformações do papel do estado na gestão dos litígios no novo código de processo civil: do sistema multiportas à conciliação no novo código de processo civil. In: *Revista de Processo*. vol. 266, p. 519-544, abr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017, versão eletrônica.

GABARDO, Rodrigo Araujo. *A insuficiência de recursos financeiros na instauração da arbitragem comercial: efeitos no direito brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAILLARD, Emmanuel. Impecuniosity of parties and its effects on arbitration: a French view. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentários ao artigo 4, VII da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil – 2ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIUSTI, Gilberto. Os vintes anos da Lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

_____. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 5, p. 7-14, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2005.

GRECO, Leonardo. Acesso ao direito e à justiça. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos de Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005.

GRION, Renato *et al.* A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

GROLA, Fúlvia Bolsoni; FINZI, Igor. Arbitragem *ad hoc*, institucional e regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O que considerar no momento da escolha do tipo de arbitragem? In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 1, p. 223-248, jan-fev, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas. 2015.

_____. O custo dos métodos adequados de solução de litígios para as empresas. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017.

_____. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009.

HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

HUNTER, Robert, Impecuniosity of the Parties and its Effect on Arbitration – an English Perspective. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

JANOS PACZY v. HAENDLER & NATERMANN G.M.B.H. Disponível em: www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18523.pdf Acesso em: 18 jan. 2019.

JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos e a interpretação econômica do direito e das organizações. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

KING, Brian D. No money, no arbitration? The United States Perspective on impecuniousness and arbitration agreement. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The evolution of a Multi-Door Courthouse. In: *Catholic University Law Review*, vol. 37, issue 3, spring, 1988. Disponível em: <

<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 17 set. 2018.

KRÖLL, Stefan. Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousness of a party. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

KUDRNA, Jaroslav. Arbitration and right of access to justice: tips for a successful marriage. In: New York University – *Journal of international law and politics online forum*. Disponível em: <<https://nyujilp.org/arbitration-and-right-of-access-to-justice-tips-for-a-successful-marriage/>> Acesso: 31 out. 2018.

KÜHNER, Detlev. The impact of party impecuniosity on arbitration agreements: the exempla of France and Germany. In: *Journal of international arbitration*, vol. 31, edição 6, p. 807-818, Kluwer Law International. 2014.

LABES, Hubertus W. Are there means – contractual or otherwise – to guard against an adverse impact of financial incapacity on arbitration? Insurance-related instruments. In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 20, p. 243-276, nov, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

LA LETTRE DE LA CHAMBRE ARBITRALE INTERNATIONALE DE PARIS. *Dossiê Lola Fleurs c/ Société Monceau Fleurs et autres* (CA Paris 26 février 2013). Disponível em: <http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2013-11-long.html> Acesso em: 18 jan. 2019.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O papel do advogado no procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, p. 345-355, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, versão eletrônica.

_____. PESQUISA: ARBITRAGEM EM NÚMEROS E VALORES. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf>.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, Ano 40. n. 244, jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

LEVY, Daniel. Os pressários da reforma brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

LICITRA v. GATEWAY, INC. Disponível em: <
<https://www.leagle.com/decision/2001910189misc2d7211782>> Acesso em: 18 jan. 2019.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

MALLET, Estêvão. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 84, nº 2, arb-jun. São Paulo: Lex Magister. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5, XXXV, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil* – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MARTIN, André *et al.* O perecimento da convenção de arbitragem. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, p. 265-293, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.) *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. *A Arbitragem na visão do Poder Judiciário*, vol. 0, p. 7-15, jul-out, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2003.

_____. Poder judiciário – Princípio da autonomia da cláusula compromissória – Princípio da competência-competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo tribunal arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 173-194, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, Versão Eletrônica.

_____. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista *et al.* *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, p. 11-39, abr-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, versão eletrônica

_____. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2018.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix. 2007.

MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 45, jan-mar, p. 82-107, Holanda: Wolter Kluwer. 2015.

MERCERAU, Ana Gerdau de Borja. Arbitragem. Convenção de Arbitragem. Inaplicabilidade. Falta de Pagamento. Custas da Arbitragem. Alegada Impossibilidade de Arcar com as Custas da Arbitragem – CCI. França. Cour de Cassation. J. 13.07.2016. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 55, jul-set, p. 146-155, Holanda: Wolter Kluwer. 2017.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Negociabilidade e Boa-fé. In: *Revista de Direito Privado*, v. 61, p. 107-124, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica.

MONTEIRO, Renata Auler. *A insuficiência de recursos financeiros e seus reflexos na arbitragem*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Conselho Nacional de Justiça. In: *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 141-151, jan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño. In: *Temas de Direito Processual – Quinta Série*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 1994.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual – Sexta Série*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 1997.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de Direito Processual – Nona Série*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

MOYANO, Juan Pablo. Impecuniosity and the courts' approach to the validity of the arbitration agreement. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 34, ed. 4, P. 632-633.

MURIEL, Marcelo A. *A Arbitragem frente ao Judiciário Brasileiro*, vol. 1, p. 27-39, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014.

NEVES, Flávia Bittar. A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 9, p. 30-39, jan-mar, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2006.

_____. Financiamento de arbitragem por terceiros – uma alternativa apenas em tempos de crise? In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). *Temas de mediação e arbitragem*. São Paulo: Lex, 2017.

NEVES, José Roberto de Castro. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, p. 209-216, out-dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, versão eletrônica.

_____. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 276, p. 505-522, fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, versão eletrônica.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Evolução da arbitrabilidade objetiva no brasil e no exterior: tendências e perspectivas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 25, arb-jun, 2015, p. 57-63, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, versão eletrônica.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FAYAD, Anelize Klotz. Relations Between arbitration and economic analysis of law. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 58, p. 287-310, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018. Versão Eletrônica.

PIMENTEL, Wilson. O CPC de 2015, mediação e arbitragem: um sistema geral de solução de conflitos. In: *A Reforma da Arbitragem*. Leonardo de Campos Melo e Renato Rezende Beneduzi (coords). Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *O novo marco legal da arbitragem no direito brasileiro: anatomia do instituto no Código de Processo Civil de 2015 e as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015*. In: JATAHY, Carlos Roberto et al. Reflexões sobre o novo código de processo civil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

_____. Marco Legal da Mediação no Brasil. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord). *Justiça Federal: Inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014.

_____. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017.

PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem na recuperação de empresas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 79-100, out-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, Versão Eletrônica.

_____. A cláusula compromissória à luz do código civil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 34-47, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, Versão Eletrônica

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume III*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____. *Comentários ao Código Civil de 2002: Parte Geral - Arts. 1º a 232*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2017.

_____. *Instituições de Direito Civil - Volume I*. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010.

PESQUISA CBAR-IPSOS – Arbitragem no Brasil. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

Portal de Indústria. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/05/camara-de-comercio-internacional-lanca-corte-internacional-de-arbitragem-no-brasil>>.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. In: *Revista de Processo*, vol. 258, p. 41-58, ago, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a arbitragem no brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, p. 185-202, jan-mar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica

RODRIGUES, Marco Antônio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ. 2014.

SACHS, Klaus. International Arbitration and State of Sovereignty. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 13, p. 98-106, jan-mar, Curitiba: IOB. 2007.

SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

SANDER, Frank E.A. The Future of ADR. In: *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, issue 1, 2000.

SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves *et al.* (coords.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012.

SÃO PAULO. Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018.

SANTOS, Maurício Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – Volume 1*. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

SCALETSCKY, Fernanda et al. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*. vol. 3, p. 321-351, maio-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Versão Eletrônica.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2018.

_____. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva. 2018.

SILVA, Ronaldo Campos e. Parâmetros para um novo conceito de jurisdição. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Direito Processual Contemporâneo – Estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão. 2018.

SMILGIN, André. Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7º da lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo poder judiciário. Competência-competência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 370-376, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica.

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 177-183, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996, versão eletrônica.

_____. A vinculação das partes e dos árbitros ao regulamento de arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. GREEN TREE, 531 US AT 79. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/79/case.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2019.

_____. AM. EXPRESS CO. V. ITALIAN COLORS REST., 570 U.S. ____ (2013). Disponível: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-133/case.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2019.

TARTUCE, FLÁVIA. Comentários aos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da Cláusula Compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). *Arbitragem doméstica e internacional – estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da Boa-fé. Teoria do ato próprio ou vedação do comportamento contraditório. In: *Revista de Direito Privado*, v. 38, p. 149-175, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

TIMM, Luciano Benetti *et al.* Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto *et al.* (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia, Instituições e Arbitragem: o caso da “soja verde”. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. In: *Direito & Justiça*, v. 33, nº 1, p. 80-97, 2007.

TONIN, Mayara Gasparoto; ISFER, Mayara Roth. Apontamentos sobre a efetividade do sistema de aplicação da lei (enforcement) no mercado de valores mobiliários brasileiro. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 9, p. 263-295, maio-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Versão Eletrônica.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, p. 25-52, jan-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, Versão Eletrônica.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação nº 0086730-20.2010.8.13.0521, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério Medeiros, j. 7/5/2015.

_____. Apelação nº 6041987-77.2015.8.13.0024, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 15/12/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Apelação nº 196255-68.2008.09.0051, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Eudécio Machado Fagundes, j. 10/7/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação nº 0010731-22.2009.8.16.0001, 12ª Câmara Cível, rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, j. 12/9/2012.

_____. Apelação nº 0009832-87.2010.8.16.0001, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Ruy Muggiati, j. 28/11/2012.

_____. Apelação nº 0008756-91.2011.8.16.0001, 11ª Câmara Cível, rel. Des. (a) Vilma Régia Ramos de Rezende, j. 23/4/2014.

_____. Apelação nº 0002536-39.2013.8.16.0088, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, j. 11/5/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação nº 0031996-20.2010.8.19.0209, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, j. 11/6/2014.

_____. Portaria CGJ nº 2.357 / 2018.

Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/6081255/novas-custas-2019.pdf>> Acesso: 15 jan 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação nº 4010691-72.2013.8.26.0576, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, j. 28/11/2016.

_____. Apelação nº 1011982-63.2014.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13/3/2017.

_____. Apelação nº 1131844-28.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30/11/2017.

_____. Apelação nº 0029502-72.2012.8.26.0451, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão j. 19/5/2014.

_____. Apelação nº 0036760-07.2007.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10/1/2012.

_____. Apelação nº 1049478-63.2014.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, j. 13/9/2017.

_____. Apelação nº 1010893-44.2016.8.26.0011, 1ª Câmara Reservada Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 03.08.17.

_____. Apelação nº 1040579-42.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 3/2/2016.

_____. Apelação nº 0003784-70.2012.8.26.0161, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 21/5/2013.

_____. Apelação nº 1010093-17.2014.8.26.0001, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 10/8/2016.

_____. Portal de Custas. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria>> Acesso em: 15 jan. 2019.

VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitrabilidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial*, v. 12, p. 255-282, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, Versão Eletrônica.

VALOR ECONÔMICO. Economia brasileira avança 1,12% no primeiro trimestre, mostra BC. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4968248/economia-brasileira-avanca-112-no-primeiro-trimestre-mostra-bc?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=Timeline>. Acesso em 18 jan. 2019.

VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 25, p. 29-59, jan-mar, Curitiba: IOB. 2010.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In: *Revista de Processo*. Volume 251. P. 391-426. Jan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, versão eletrônica.

WAGNER, Gerhard. Poor parties and german forums: placing arbitration under the sword of damocles? In: LABES, Hubertus W. (org.). *Financial Capacity of the parties – a condition for the validity of arbitration agreements?* Frankfurt am Main: Peter Lang. 2004.

WALD, Arnaldo. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 18, p. 13-23, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, versão eletrônica

WALSH, Simon. The effects of insolvency of arbitration proceedings. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 25, p. 177-188, abr-jun, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, versão eletrônica.

ŽIVKOVIĆ, Patricia. Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under article 6 (1) of the European Convention on Human Rights. In: *Journal of Constitutionalism & Human Rights*. (2015 * 1-2(7)). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2708657>> Acesso em: 12 out. 2018.