



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Ester Luiza Capistrano de Oliveira

**OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE ATIVA NA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA**

Santa Rita, PB
2023

Ester Luiza Capistrano de Oliveira

**OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE ATIVA NA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA
BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
requisito para aprovação na disciplina Trabalho
de Conclusão de Curso.

Orientador: Ana Paula Correia de Albuquerque
da Costa

Santa Rita, PB

2023

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

048e Oliveira, Ester Luiza Capistrano de.
Os efeitos da impecuniosidade da parte ativa na
cláusula compromissória de arbitragem à luz da
jurisprudência brasileira / Ester Luiza Capistrano de
Oliveira. - Santa Rita, 2023.
59 f. : il.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da
Costa.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Arbitragem. 2. Acesso à justiça. 3.
Impecuniosidade. I. Costa, Ana Paula Correia de
Albuquerque da. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



Centro de
Ciências
Jurídicas

DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao primeiro dia do mês de Novembro do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Os efeitos da impecuniosidade da parte ativa na cláusula compromissória de arbitragem à luz da jurisprudência brasileira”, sob orientação do(a) professor(a) Ana Paula Correia de A. Costa que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à Aprovada, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Ester Luiza Capistrano de Oliveira com base na média final de 10,0 (dez). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Ana Paula Correia de A. Costa

Ana Paula Correia de A. Costa

Igor de Lucena Mascarenhas

Igor de Lucena Mascarenhas

Werna Karenina Marques Souza

Werna Karenina Marques Souza

AGRADECIMENTOS

Minha graduação foi um trabalho de muitas mãos. Este espaço é uma singela tentativa de agradecer aqueles que, verdadeiramente, me carregaram até aqui.

Aos meus pais, Rosy e Hélio, pelos incontáveis sacrifícios feitos em prol da minha educação e pelo apoio incondicional que me alicerçou e sempre me acompanhará. Com vocês, aprendi o que é o amor genuíno.

Aos meus irmãos, Daniel e Marcos, minhas referências de profissional e ser humano, por estarem sempre ao meu lado, mesmo a milhares de quilômetros de distância.

A Germana, Natália, Marto, Ana Beatriz e Luisa, por estarem sempre comigo, celebrando minhas alegrias e chorando meus lamentos, não importa o que aconteça.

À Vitória, minha grande amiga e companheira de competições de arbitragem por todo o suporte ao longo desse caminho árduo, mas gratificante.

Ao Vinícius, pelo apoio diário e pela cumplicidade. Obrigada por me ensinar tanto, de tantas maneiras.

À Professora Ana Paula, minha orientadora e principal responsável pelo grupo que me fez me encontrar no curso de Direito.

Aos meus colegas do NUMESC, pelo aprendizado diário e experiências únicas que marcaram minha graduação.

A Aline Moura, Pedro Ribeiro e Eduarda Motta, profissionais exemplares com os quais tive a sorte de aprender ao longo da minha graduação.

Obrigada!

*Aqueles que passam por nós, não vão sós,
não nos deixam sós. Deixam um
pouco de si, levam um pouco de nós.*
(Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

A arbitragem é um método de resolução de conflitos que está consolidado no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. A cada dia mais, partes elegem a arbitragem para resolver seus conflitos considerando suas vantagens, como celeridade, flexibilidade, especialidade dos árbitros e confidencialidade. No entanto, considerando que a cláusula compromissória tem por objeto afastar a jurisdição estatal quanto a eventuais disputas futuras, a parte que concordou com a cláusula compromissória no passado, ao se deparar com uma controvérsia concretizada e manifestar o desejo de litigar acerca da disputa, e possivelmente se verá impossibilitada de fazê-lo por não poder arcar com as custas para instauração de procedimento arbitral. O presente trabalho tem por tema, portanto, sopesar os efeitos da impecuniosidade da parte ativa sobre a cláusula compromissória, que se justifica em razão do suposto conflito entre a garantia constitucional de acesso à justiça e as custas necessárias para instauração de procedimento arbitral. O objetivo geral do presente estudo é analisar a possível relativização da vinculação à cláusula compromissória em caso de impossibilidade de uma das partes de arcar com os custos do procedimento. Para tanto, é necessário analisar o conceito de arbitragem e sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os eventuais efeitos da impecuniosidade da parte ativa na eficácia da cláusula compromissória e comparar os entendimentos dos tribunais pátrios acerca do tema.

Palavras-chave: arbitragem; acesso à justiça; impecuniosidade; inafastabilidade da jurisdição.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/1996)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CBMA	Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem
CIESP/FIESP	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CPC	Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJPA	Tribunal de Justiça do Pará
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ARBITRAGEM	8
2.1 Conceito e Natureza Jurídica	8
2.2 A Convenção Arbitral	15
2.3 A autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos aplicadas à convenção arbitral	17
2.4 Princípios contratuais aplicados à arbitragem	22
2.5. A Evolução da Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro	25
2.6 A Autonomia da Cláusula Compromissória e o Princípio Kompetenz-Kompetenz	28
3 A IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM	30
3.1 Custas na Arbitragem	30
3.1.1 Análise das custas nas principais câmaras	30
3.1.2 Comparação com as custas judiciais e considerações	34
3.2 Efeitos da Impecuniosidade na Eficácia e Existência e Validade da Cláusula Compromissória	36
4 A (IN)AFASTABILIDADE DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CASO DE IMPECUNIOSIDADE DA PARTE ATIVA: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS TRIBUNAIS PÁTRIOS	40
4.1 Recurso Especial nº 1.959.435/RJ	40
4.2 Agravo de Instrumento nº 0004356-18.2016.8.14.0000 TJPA	42
5 CONCLUSÃO	45

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método jurisdicional, heterocompositivo e privado para resolução de conflitos entre partes. Nota-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a arbitragem não feriria o princípio constitucional do livre acesso à justiça, posto que as partes estariam munidas de autonomia privada quando renunciaram a submissão de disputas ao Poder Judiciário, sendo, portanto, plenamente ciente dos efeitos acarretaria para seus negócios.

Contudo, ao longo do tempo, foi discutido no âmbito dos tribunais pátrios os efeitos da cláusula compromissória contra a parte ativa que eventualmente não possua capacidade financeira – ou impecuniosidade – para arcar com as custas do procedimento, fato que lhe é inerente.

Para melhor compreensão da temática, é importante apresentar um breve contexto. Por meio da arbitragem, partes capazes podem resolver submeter disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis a um árbitro ou a um tribunal arbitral, ao invés de seguir o caminho da jurisdição estatal.

Note-se, portanto, que a inserção de uma cláusula compromissória válida em um contrato importa na renúncia à jurisdição estatal para qualquer eventual disputa futura que envolva aquele contrato.

Em se tratando de jurisdição privada, a instauração de um procedimento arbitral envolve o pagamento de custas pelas partes. Indaga-se, portanto, quais as possíveis consequências em que a parte que entendia ter condições para arcar com as custas do eventual procedimento arbitral no passado, vê necessidade em submeter uma disputa à apreciação jurisdicional, mas a atual conjectura financeiramente a impossibilita de arcar com as custas de um procedimento arbitral.

A resposta para tal indagação perpassará por diversos princípios incorporados ao direito brasileiro e aos direitos subjetivos das partes quando estipularam a arbitragem como método de solução de conflitos. A citar, por exemplo, os princípios da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, que estabelecem a vinculatividade dos contratos e a legítima expectativa das partes de que estes sejam cumpridos nos termos inicialmente acordados.

Menciona-se também o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, por meio do qual a existência, eficácia e validade da cláusula compromissória deverá ser analisada pelos próprios árbitros e, após a prolação da sentença arbitral, relegando-se ao crivo do Poder Judiciário apenas em sede de ação anulatória da sentença. Por outro lado, a

Constituição Federal garante no território brasileiro o livre acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, porquanto são direitos fundamentais das partes.

Diante desta problemática, a impecuniosidade da parte ativa não tem, por si só, o condão de afastar a cláusula compromissória e a parte interessada deve buscar alternativas para seguir com a disputa na jurisdição arbitral, como previamente acordado. Fundamenta-se esta hipótese no princípio da autonomia privada e na busca por segurança jurídica e previsibilidade no instituto da arbitragem.

Para que a arbitragem exista no ordenamento jurídico brasileiro, a segurança jurídica é elemento crucial, devendo-se salvaguardar a legítima expectativa das partes que assinaram uma convenção arbitral esperando usufruir das vantagens do instituto no momento do litígio.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a possibilidade de relativização da cláusula compromissória em caso de uma das partes não ser capaz de arcar com os custos do procedimento arbitral. A fim de alcançar referido objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: analisar o conceito de arbitragem e sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os eventuais efeitos da impecuniosidade da parte ativa na eficácia da cláusula compromissória e comparar os entendimentos dos tribunais pátrios acerca do tema.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo elegido foi a pesquisa bibliográfica. Quanto ao método de abordagem, escolheu-se o método hipotético-dedutivo, visando criar uma hipótese e testá-la à luz dos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, o método de procedimento eleito foi o comparativo, com o objetivo de comparar entendimentos jurisprudenciais distintos acerca do tema.

Em primeiro momento, este trabalho abordará o conceito, princípios e a natureza jurídica da arbitragem, além da evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo do segundo capítulo será analisar os efeitos práticos da impecuniosidade da parte ativa na arbitragem, considerando as custas de instauração do procedimento nas principais câmaras de arbitragem brasileiras em comparação com as custas do processo judicial. No terceiro capítulo, o foco foi analisar a aplicação dos conceitos abordados nos capítulos anteriores em casos concretos pela jurisprudência dos tribunais pátrios.

2 ARBITRAGEM

O objetivo deste capítulo é entender o conceito de arbitragem e seus princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, as ideias foram estruturadas da seguinte forma: no primeiro tópico serão abordados o conceito de arbitragem e natureza jurídica da arbitragem; o segundo tópico tratará sobre a evolução da arbitragem no Brasil, e o terceiro tópico tratará sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz, previsto no art. 8º da LAB.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Inicialmente, cumpre esclarecer o conceito de arbitragem. Carlos Alberto Carmona leciona que:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. (...) Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. (2009, p. 31)

A definição pode ser complementada ainda pela lição de Francisco José Cahali:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As 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 (2018, p.125).

Nota-se, portanto, que a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de disputas, no qual as partes usufruem de sua autonomia privada para se vincular a uma cláusula ou compromisso arbitral, atribuindo a um terceiro de sua confiança o poder de proferir uma decisão vinculante e terminativa a um ou mais conflitos.

A partir de tais definições e características, é notório que a arbitragem possui diversas vantagens que têm contribuído para a popularização do método de resolução de disputas Brasil afora (CARMONA, 2009).

A possibilidade de escolher um terceiro de sua confiança permite que as partes elejam um *expert* com conhecimentos técnicos específicos acerca da questão controvertida do litígio (LEMES, 2013).

Além disso, as características da arbitragem contribuem para a celeridade da resolução das disputas que lhe são submetidas. A irrecorribilidade da sentença, que lhe atribui caráter definitivo, e a possibilidade de adoção de um procedimento flexível otimizam a duração do processo na arbitragem (MORAIS, 1999).

Nesse sentido, a flexibilidade do procedimento é mais uma vantagem da arbitragem como método de resolução de disputas. As partes têm a possibilidade de escolher o procedimento e a lei a ele aplicável.

Tal aspecto é mais visível no procedimento arbitral em comparado ao procedimento judicial, que é considerado ‘rígido’ (PASSOS, 1977; PONTES DE MIRANDA, 1974), isto porque este possui fases definidas, etapas a serem cumpridas, prazos previamente estabelecidos ou ainda contam com uma regra inabalável para estabilização da demanda (ALVIM, 2006, p. 103; MONTORO, 2010).

Nas palavras de Cláudio Finkelstein:

A flexibilidade, decorrência da autonomia das vontades das partes, permite que o procedimento seja modelado de forma a atender as intenções e necessidades dos contratantes, assim como aquelas imposições que a prática reiterada das cortes estatais identifica como erros passíveis de anular ou se sobrepor às vontades das partes, que, por serem violações a normas ou princípios que os tribunais reputam como cogentes, podem inviabilizar a execução das sentenças arbitrais frustrando a efetividade do processo arbitral (2020, p. 155)

Ainda sobre o tema, Eduardo Parente comenta que:

É uma característica inerente, nata, uma marca clara. Algo que decorre do fechamento operacional do sistema processual arbitral. A flexibilidade do procedimento arbitral nasce da autonomia volitiva, potencializada que está na base do instituto, e que permite uma maior amplitude no leque de possibilidades em termos de iter do que se vê no modelo estatal. A autonomia da vontade permite que essa elasticidade não decorra apenas da lei (art. 21, caput), ou que seja um desdobramento do que o julgador faça dela, mas que seja conduzida e graduada pelas partes, assim como pelo árbitro. (2009, p. 49).

Embora tal faceta seja tida para muitos como um dos principais motivos para eleição da arbitragem (SALLES, 2006; SANTOS, 2017, p. 117; SCAVONE, 2008) é evidente que problemas podem surgir ao conceder uma ampla liberdade às partes para definirem como o procedimento arbitral será desenvolvido. Atrelado a isto, está o fato de que as partes não possuem uma espécie de ‘salvo-conduto’ e nem menos é absoluto o poder de definirem o andamento do procedimento. Existem limites que

devem ser observados (KAUFMANN-KOHLER, 2004, p. 162; JARROSSON, 1999, p. 601).

Tais questões limitadoras estão previstas na própria LAB, nos termos do art. 2º § 1º prevendo que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Outros fatores limitadores da flexibilidade do procedimento dizem respeitos aos outros participantes da arbitragem (os árbitros e a instituição arbitral, caso eleita), bem como aos princípios processuais constitucionais e aqueles descritos na própria LAB.

Nesse sentido leciona Marcos André Franco Montoro:

Em muitas arbitragens existe um importante fator limitador à autonomia das partes, que são os eventuais “poderes” que os outros participantes de cada arbitragem (o árbitro e o eventual órgão institucional arbitral) possuem naquele caso concreto, poder esse decorrente de regra legal estatal ou de regulamento arbitral eleito pelas partes. (2010, p. 84)

Há, ainda, a possibilidade de permitir que os árbitros julguem o conflito por equidade, podendo, assim, adaptar o processo aos seus interesses comuns (BAPTISTA, 2011). Em outras palavras, as partes possuem a autonomia para submeterem-se à arbitragem e livremente acordarem o procedimento que será adotado, dada a ampla flexibilidade da arbitragem. Contudo, tal liberdade possui limitação não apenas na legislação pátria, mas também pelos outros participantes da arbitragem, notadamente, os árbitros e a instituição arbitragem escolhida, se houver.

Deve-se esclarecer que os árbitros, em verdade, possuem uma ampla gama de poderes instrutórios que lhes são conferidos pelas próprias partes. A própria LAB reconhece tal hipótese a partir do momento que, nos termos do art. 21, § 1º, determina que “não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”. Na doutrina italiana, é tido que, na ausência de acordo entre as partes, o procedimento será decidido e orientado pelos árbitros (FAZZALARI, 1992, p. 55; COMOGLIO, FERRU & TARUFFO, 1995, p. 149).

Para Fouchard, Gaillard e Goldman, a limitação dos poderes dos árbitros inicia-se a partir da ordem pública processual internacional (1999, p. 689), i.e. respeito ao devido processo legal, igualdade das partes e sua autonomia (JUNQUEIRA, 2011, p. 34). Ademais, os autores apontam que os árbitros possuem uma espécie de relação

contratual com as partes, colocando-os em uma posição análoga de prestadores de serviços (1999, p. 602-606).

Extrai-se disso que os árbitros possuem um dever de seguir o que as partes desejarem, muitas vezes independentemente de sua própria consciência ou vontade, mesmo que este seja o comandante do procedimento arbitral (CLAY, 2001, p. 102).

Outra vantagem que popularizou a arbitragem é a faculdade de atribuir caráter confidencial ao procedimento. As partes podem escolher – e na grande maioria dos casos concretos, o fazem – prever a confidencialidade do procedimento arbitral em contrato, impossibilitando que terceiros saibam sequer da existência daquele litígio. No mundo atual, em que as operações empresariais complexas são acompanhadas de perto por diversos olhos, esta pode ser uma vantagem atraente para que se mantenham confidenciais os interesses econômicos das partes no litígio (WALD, 2012).

Portanto, pode-se concluir que a arbitragem não é uma mera alternativa ao poder judiciário. O instituto possui especificidades que o tornam mais adequado, ao juízo das partes, para a resolução de determinadas disputas. Seja qual for a vantagem proporcionada pela arbitragem que leve as partes a elegê-la como método de resolução de conflitos, a popularização do instituto não se deve a uma má prestação jurisdicional do Estado, mas à adequabilidade do mecanismo.

Segundo defende a doutrina, há uma equivalência entre o processo estatal e o processo arbitral a partir do momento que a arbitragem se torna jurisdição (FAZZALARI, BRIGUGLIO & MORENGO, 1994, p. 102; FAZZALARI, 1997, pp. 51-52; CARMONA, 2004, p. 133).

Nas palavras de Eduardo Parente:

Falar de processo arbitral, portanto, significa equivaler as esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais o juiz e o árbitro exercem as mesmas funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito (2009, p. 88).

O procedimento é elemento do processo, que não se confunde com a relação jurídica processual, haja vista que não possui um efeito visível aos sentidos como, por exemplo, o contraditório, tratamento igualitário das partes e os ônus processuais, matérias que são inerentes ao bom andar do procedimento (DINAMARCO, 2016, p. 26).

Acerca do tema, afirma Leonardo Greco que:

o processo como instrumento do exercício da jurisdição é uma relação jurídica complexa e dinâmica, composta de uma série de atos coordenados, praticados pelos diversos sujeitos processuais em decorrência da multiplicidade de vínculos que os une no seu curso, através dos quais se prepara e exerce a função jurisdicional (2009, p. 254)

Aplicando tal conceito especificamente à arbitragem, leciona ainda Eduardo Parente:

Muito sinteticamente, processo é indispensável ao exercício da jurisdição, de poder, forma de fazer valer a vontade concreta do direito, marcado pela garantia de consectários da segurança jurídica à parte e ao Estado. É instrumento por meio do qual a jurisdição se opera, o que, em termos de atos, significa falar em procedimento pontuado por contraditório em sentido amplo. (...) Procedimento arbitral, por seu turno, destina-se ao conjunto de atos do processo arbitral. Referimo-nos a *iter* mesmo, de caminho marcado por etapas e delas propriamente dirás. Por isso faz sentido a divisão entre processo e procedimento arbitral, pois são conceitos complementares, mas absolutamente distintos. E, nesse aspecto, o processo arbitral em nada se diferencia da esfera judicial. (2009, pp. 47-48)

Nesse mesmo sentido, Carlos Alberto Carmona entende que:

O reconhecimento de que a arbitragem forma um sistema, com métodos próprios e proposições específicas, justifica em grande parte seu sucesso recente no Brasil, muitas vezes atribuído – erroneamente – à grave crise do Poder Judiciário e ao descompasso de nosso processo estatal (2010, p. 8).

Considerando as características de vinculação *inter partes* e a definitividade da decisão proferida pelo árbitro, há um antigo e intenso debate na doutrina acerca da natureza jurídica da arbitragem.

Os doutrinadores se dividem em três correntes: a teoria privatista ou contratual, a teoria publicista ou jurisdicional e a teoria intermediária (CARREIRA ALVIM, 2004).

A primeira corrente entende que a arbitragem se limita a um negócio jurídico firmado entre as partes, mas sem caráter jurisdicional. O precursor da teoria era Giuseppe Chiovenda:

A vontade da lei, substancial ou processual, afirmada pelos árbitros em cada sentença, definitiva ou interlocutória, não se pode dizer atuada se a sentença não se tornou executória com o decreto do juiz da jurisdição em que foi proferida (1942, p. 81-82).

No mesmo sentido lecionava Teori Zavascki:

Nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5.º, XXXV) (2003, p. 185).

A teoria privatista entende, portanto, que a jurisdição é monopólio estatal e que, por não emanar do Estado, a decisão do árbitro não passa de um reflexo do contrato estabelecido entre as partes (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

No Brasil, o posicionamento é minoritário e perdeu força principalmente após o advento da LAB, que atribuiu à sentença arbitral, em seu art. 31, eficácia de título executivo judicial.

A teoria publicista ou jurisdicional, por outro lado, entende que a arbitragem é uma forma de jurisdição privada, com base no fato de que as partes delegam ao árbitro a função de solucionar disputas de forma vinculante, com poderes jurisdicionais. Essa corrente considera a arbitragem como um ato jurisdicional, ainda que exercido de forma privada e por árbitros escolhidos pelas partes. Portanto, para os adeptos da teoria publicista, a decisão arbitral não é meramente uma expressão da vontade das partes, mas possui caráter jurisdicional, análogo ao proferido pelo Poder Judiciário estatal (CARMONA, 2009).

Um dos principais defensores da teoria jurisdicional é Carlos Alberto Carmona, que desde antes da promulgação da LAB entendia que:

O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descharacteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional (CARMONA, 1990, p. 33).

Após o advento da LAB, o autor complementou que:

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem (2009, p. 27).

A LAB deu força à corrente publicista, por atribuir à sentença arbitral efeitos de título executivo judicial (art. 31) e acabar com a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário para que a decisão proferida pelo árbitro surta efeitos (art. 18). Nesse sentido, José Manuel de Arruda Alvim assevera que:

Havíamos manifestado, anteriormente à vigência da Lei n. 9.307/96 e com fundamento na visão ortodoxa, então vigente, da soberania estatal – atualmente questionada diante das transformações culturais que envolvem o fenômeno da globalização -, entendimento no sentido da natureza eminentemente contratual da arbitragem [...]

Contudo, a partir das inovações trazidas pela Lei n. 9.307/96 que, no compasso de transformações jurídicas mais abrangentes, conferiu ao árbitro amplos poderes para proferir sentença com eficácia de sentença judicial [...] A atividade do árbitro, antes poderia considerada “equivalente” jurisdicional, pode, atualmente, inserir-se no próprio conceito de jurisdição, como espécie privada desse gênero (2016, p. 142).

A teoria jurisdicional, portanto, entende que a arbitragem tem natureza de jurisdição privada, considerando que a jurisdição não é indelegável, podendo ser exercida por entes paraestatais, na forma da Lei.

Há, por fim, a corrente mais moderna acerca da natureza jurídica da arbitragem: a intermediária. Esta corrente busca conciliar elementos das teorias publicista e privatista, reconhecendo a gênese contratual e finalidade jurisdicional da arbitragem (BARROCAS, 2013).

Filiada à corrente, Selma Lemes entende que “a natureza híbrida, que em nosso entender melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto” (LEMES, 2007).

A teoria mista é a mais seguida pela doutrina internacional, muito por conta da reunião dos principais elementos das teorias privatista e publicista. Nesse sentido, Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll constatam que:

The mixed or hybrid theory has become the dominant world-wide theory as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration. According to the mixed theory we have a private justice system created by contract. It is also common that such a hybrid system exists de facto. [...]. Thus, both the contractual origin and the jurisdictional function have an important influence on arbitration. An effect of the hybrid or mixed theory is to acknowledge the strong, though not overwhelming, connection between arbitration and the place where the tribunal has its seat (2003, p. 80).¹

¹ Tradução livre: A teoria mista ou híbrida se tornou a teoria dominante em todo o mundo, já que elementos tanto da teoria jurisdicional quanto da teoria contratual são encontrados na legislação e prática moderna da arbitragem comercial internacional. De acordo com a teoria mista, temos um sistema de justiça privado criado por contrato. Também é comum que exista de fato um sistema híbrido.

Conclui-se, portanto, que as teorias publicista e mista têm ganhado força, e a tendência é que as correntes que reforçam a arbitragem como jurisdição, ainda que com origem contratual, ganhem cada vez mais adeptos. No próximo tópico, serão analisadas as espécies de convenção arbitral, meio pelo qual as partes elegem a arbitragem.

2.2 A Convenção Arbitral

As partes elegem a arbitragem para resolver seus litígios por meio da convenção arbitral. A convenção arbitral é gênero, do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies. A principal diferença entre as espécies de convenção arbitral está no momento em que ela é firmada, conforme leciona Leonardo Beraldo:

Convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Este surge após o aparecimento da lide, enquanto que aquela é previa. Essa, inclusive, é a lição que se extrai do art. 3º da LA, que diz que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (2014, p. 165).

A cláusula compromissória, nos termos do art. 4º da LAB, prevê a arbitragem para eventuais litígios que possam decorrer de uma relação contratual, podendo estar contida no contrato ao qual se refere ou ser firmada em apartado. Ou seja, a cláusula compromissória é firmada previamente à disputa (CARMONA, 2009).

A cláusula compromissória pode, ainda, se classificar entre três espécies: vazia, cheia ou patológica.

A cláusula compromissória vazia vincula as partes à arbitragem, mas é necessária a intervenção do Poder Judiciário para preencher lacunas acerca da forma do procedimento em caso de discordância das partes, como a definição do número de árbitros e a escolha da instituição que administrará o procedimento, se houver.

A cláusula compromissória cheia, por outro lado, contém todas as informações necessárias para que o procedimento arbitral seja instaurado sem que seja necessária

[...] Portanto, tanto a origem contratual quanto a função jurisdicional têm uma influência importante na arbitragem. Um efeito da teoria híbrida ou mista é reconhecer a conexão sólida, embora não esmagadora, entre a arbitragem e o local onde o tribunal tem sua sede.

a intervenção do Poder Judiciário ou de qualquer acordo entre as partes após a instauração do litígio, como o tipo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*), o número de árbitros e a forma de indicação e o idioma do procedimento (BERALDO, 2014).

Por conter todas as informações necessárias para a instauração imediata do procedimento, a cláusula compromissória cheia é recomendação uníssona da doutrina. Uma cláusula detalhada e com delimitação perfeita de seu objeto será o primeiro ato a ser praticado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral quando instaurado o procedimento (PITOMBO, 2007). Acerca dos pontos que devem constar na cláusula compromissória para garantir a sua execução imediata, Beraldo entende que:

(A) são pontos fundamentais, cuja inserção na cláusula compromissória é altamente recomendável: (a1) a menção clara de quem é atingido pela cláusula compromissória (aspecto subjetivo da cláusula); (a2) a menção clara de quais tipos de questões contratuais se todas ou somente alguns tipos – serão resolvidos por arbitragem (aspecto objetivo da cláusula); (a3) a utilização de uma cláusula cheia, com a menção expressa de que a arbitragem será institucional, ou seja, que ela será administrada por determinado órgão arbitral institucional, desde logo escolhido pelas partes; obviamente, se as partes não querem que a arbitragem seja institucional, se refletiram expressamente sobre o tema e preferem a arbitragem *ad hoc*, então essa sugestão é só parcialmente válida, mantendo-se a recomendação de que prevejam uma forma de iniciar-se a arbitragem, ou seja, de que a cláusula, apesar de prever arbitragem *ad hoc*, permanece sendo uma cláusula cheia; (a4) a menção expressa de qual é o regulamento que vai disciplinar a arbitragem, o qual pode ou não ser o regulamento do órgão arbitral escolhido pelas partes; essa sugestão continua sendo válida mesmo quando a arbitragem é *ad hoc*, pois as partes podem determinar que o árbitro aplique o regulamento arbitral de um órgão institucional arbitral ou um regulamento autônomo, como a UNCITRAL Arbitration Rules ou a IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules). (B) São pontos importantes, cuja inserção na cláusula compromissória deve ser avaliada pelas partes, e que dependem muito de cada caso concreto: (b1) a quantidade de árbitros; (b2) o local em que a sentença arbitral será proferida, o local em que os atos processuais serão realizados, e/ou a sede da arbitragem, expressão essa, todavia, que deve ser usada com cuidado quando as arbitragens forem realizadas no Brasil; (b3) o idioma da arbitragem; (b4) a qualificação dos árbitros, inclusive sua nacionalidade; (b5) qual é o direito material aplicável, ou se a arbitragem será por equidade; (b6) a vinculação das partes à sentença arbitral (o que pode ser necessário dependendo da legislação arbitral aplicável às partes ou à arbitragem); (b7) o sigilo (2014, p. 165).

A última e mais problemática espécie de cláusula compromissória a ser analisada é a patológica. Nesse tipo, o dispositivo contratual é mal redigido, o que resulta em ambiguidades e contradições que tornam difícil ou impossível que as partes de recorram à arbitragem em caso de disputas. Essas cláusulas são inadequadas e

podem resultar em litígios adicionais sobre sua interpretação, o que acaba prejudicando a eficácia da arbitragem (BERALDO, 2014).

O compromisso arbitral, por outro lado, é firmado após o surgimento de um litígio já definido, e pode ser judicial ou extrajudicial (CARMONA, 2009).

O compromisso pode ser judicial, quando a demanda referente ao litígio já está ajuizada e as partes resolvem remeter a disputa à arbitragem por meio de termo juntado aos autos, nos termos do artigo 9º, §1º da LAB; ou extrajudicial, quando as partes acordam, após o surgimento da disputa e antes de ajuizar demandas no Poder Judiciário, dirimir o conflito por arbitragem, por termo celebrado por escrito particular assinado por duas testemunhas ou por instrumento público, conforme artigo 9º, § 2º da LAB (BERALDO, 2014).

A principal diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é, portanto, o momento em que a convenção é celebrada. Apesar disso, parte da doutrina defende que a distinção entre as espécies de convenção arbitral é irrelevante, considerando que ambas as espécies (a não ser a cláusula patológica) são vinculantes e importam em derrogação à Justiça Estatal. Tal entendimento é reforçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como será abordado no próximo tópico.

2.3 A autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos aplicadas à convenção arbitral

Considerando que a arbitragem nasce de um negócio jurídico, a convenção arbitral está sujeita também aos princípios contratuais. Para os fins deste trabalho, convém destacar os princípios da autonomia da vontade das partes e da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda*.

Sem se adentrar nos fatos históricos que sucederam para o reconhecimento da autonomia da vontade como princípio basilar para a formalização do negócio jurídico, pode-se dizer que para sua validade, devem-se cumprir quatro postulados principais: faculdade de contratar de acordo com seus próprios interesses; capacidade das partes contratantes; a possibilidade de livremente escolherem os termos do acordo; e, finalmente, estarem cumpridos os requisitos formais para reconhecimento e execução do contrato. (GILISSEN, 2001, p. 738; MELO, 2010, p. 19; WALD, 2011, p. 103).

Conforme leciona Leonardo de Campos Melo:

A Exposição de Motivos da LAB, assinada pelo Senador Marco Maciel, ressaltava a importância dada pelo legislador ao princípio da autonomia da vontade: “Antes de mais nada, prestigiou-se o princípio da autonomia da vontade, de tal sorte que as partes têm a liberdade de escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, prevendo, inclusive, a aplicação dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e da equidade, se assim dispuserem as partes, desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes.” (Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 9, Ano 3, RT, abr-jun 2006, p. 319). O Professor Gustavo Tepedino destaca que, no Brasil, a arbitragem se funda na autonomia da vontade, razão pela qual a sua instituição obrigatória, por força de lei, é manifestamente inconstitucional (*Cláusula Compromissória e seu Controle pela Jurisdição Estatal. Controvérsia em torno de Acordos de Acionistas Celebrados em Conflito de Interesses” (2010, p. 16)

Entretanto, em que pesse o princípio da autonomia da vontade analisada no âmbito da arbitragem, Maria Gabriella de Barros discorre que:

Já na arbitragem, a autonomia da vontade das partes vai além. Ela é explorada intensamente, chegando a atingir a possibilidade de as partes escolherem o direito material que deverá reger a obrigação contraída. As partes poderão escolher o(s) árbitro(s) que decidirão sua lide, os prazos procedimentais que serão aplicados ao caso, o local para a prática dos procedimentos e atos relativos à arbitragem, e ainda optar pela equidade, regras internacionais ou aplicação dos princípios gerais de direito e costumes. (2019, p. 269)

Ademais, Cláudio Finkelstein leciona que:

havendo consenso, é facultado às partes ajustar termos e condições para a obrigação, tanto a principal, objeto do negócio propriamente considerado, quanto a obrigação de arbitrar. Ou seja, o instrumento contratual pode conter disposições para adequar o quanto contratado às necessidades daquela contratação específica, sendo que parte dessas, como a lei aplicável, o prazo para a conclusão de um procedimento arbitral, o idioma ou a possibilidade de produzir ou usar certas provas podem ser ampliadas ou limitadas pelas partes. (2020, p. 157)

Importante, ainda, destacar a posição do Supremo Tribunal Federal com relação a autonomia da vontade e a arbitragem, Leonardo Campos de Melo aponta que:

No que tange à relação entre o princípio da autonomia da vontade e a arbitragem, impõe-se destacar que o STF, ao apreciar a constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96, enfatizou, em diversas passagens, que a arbitragem tem por fundamento de legitimidade constitucional o respeito à livre manifestação de vontade das partes. Esse mesmo fundamento é também encontrado nos votos-vista dos três Ministros que votaram, junto com o Ministro Relator, pela

inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei de Arbitragem. Dessa forma, independentemente do resultado final do julgamento, todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram as suas respectivas manifestações na impositiva observância à autonomia das partes contratantes. (2010, p. 35)

Assim sendo, as partes devem manifestar o inequívoco desejo de elegerem a arbitragem, que em momentos vai além do mero fato de evitar a jurisdição estatal, mas de efetivamente decidirem o modo como seus conflitos serão解决ados (CARMONA, 2009, p. 65).

Entretanto, tais liberdades contratuais possuem certas limitadoras impostas pela própria LAB, como por exemplo: as matérias arbitráveis devem tratar acerca de direito patrimonial disponível (art. 1º), não podem ser contrárias aos bons costumes e ordem pública (art. 2º, § 1º) ou inviolabilidade dos princípios processuais constitucionais (art. 21º, § 2º).

Concluído que as partes cumpriram tanto com os requisitos formais para contratar e acordam em submeter a “solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”, nos termos do art. 4º da LAB, tal acordo se torna vinculante e suficiente para instauração do procedimento arbitral (NANNI, 2014), desde que seja por escrito, inserido no próprio contrato ou em documento apartado (NERY JUNIOR e NERY, 2007; DECCACHE, 2015; BARROS, 2019).

Na lição de Caio Rocha e Gustavo Vaughn, a cláusula compromissória possui tanta força processual, nos termos do art. 337, inciso X do CPC, que incumbe ao réu alegar “convenção de arbitragem”. Ou seja, o diploma processual permite a alegação de existência de cláusula compromissória no contrato como defesa peremptória, pois provoca a extinção do feito sem resolução do mérito (2017).

Cumpre salientar, no entanto, que caso haja o silêncio do réu, a consequência lógica será a preclusão temporal da exceção processual (WAMBIER & TALAMINI, 2011). Assim sendo, o legislador reconheceu ainda mais no CPC a autonomia privada ao conceder a oportunidade da parte de não exercer tal direito, e continuar no processo judicial, se assim entender mais benéfico (FICHTNER, MANNHEIMER & MONTEIRO, 2012).

Nesse sentido, tal instrumento espelhará a vontade das partes do momento da assinatura do contrato, bem como a visão que tinham do procedimento ao elegerem a arbitragem (BARROS, 2019). Não custa lembrar que, apesar de estar inserida no

contrato principal, a cláusula compromissória constitui negócio jurídico autônomo, ou seja, a nulidade do contrato *de per se* não conclui como nula a cláusula, evitando assim que a parte recalcitrante se esquive da obrigação de submeter-se à arbitragem, nos termos do artigo 8º da LAB.

Aliado a esta regra, está o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que será detalhado adiante, que confere aos árbitros o poder de decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário (ALVIM, 2004; DECCACHE, 2015).

Para além disso, as partes devem estar atentas para que a cláusula compromissória seja exequível, isto é, não contenha uma ‘patologia’ que resulte na ineficácia da aludida cláusula advinda da impossibilidade de interpretar a partir da sua redação o que as partes efetivamente acordaram (GAILLARD, FOUCHEARD & GOLDMAN, 1999).

Tais ‘patologias’, podem-se dar de diversas maneiras, como exemplificam a doutrina: escolha de instituição arbitral inexistente ou até mesmo impossibilidade de discernir a qual instituição fizeram referência, não mencionam o método nem o critério para nomeação dos árbitros, ou ainda quando são ambíguas em sua redação ao conferirem que as partes “poderão” ao invés de “deverão” submeter-se à arbitragem (DAVIS, 1991; NUNES PINTO, 2005; CARMONA, 2009).

Não obstante essa possibilidade de impedimento no prosseguimento da arbitragem pela falha das partes de pactuarem instrumento válido e eficaz, a LAB traz uma solução prática para tal problema, nos termos do art. 7º, notadamente, que caberá à parte interessada “requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

Entretanto, o professor Carlos Alberto Carmona segue o entendimento de que:

Fica claro, de qualquer modo, que o procedimento de que trata o artigo sob foco diz respeito apenas às cláusulas compromissórias que não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear os árbitros). Se tal elemento mínimo (modo de nomear os árbitros) estiver presente, a instituição da arbitragem não dependerá de intervenção judicial. Por tal motivo, não se espera que uma cláusula arbitral que se reporte a uma entidade arbitral possa dar margem a uma demanda judicial de instituição forçada da arbitragem, ainda que haja resistência de um dos contratantes quanto à indicação de árbitros ou quanto à sua participação (efetiva) no processo arbitral. Dito de outro modo, a falta de indicação de árbitro por alguma das partes haverá de resolver-se através do próprio regulamento do órgão arbitral (normalmente a ausência de indicação de

árbitro é suprida pelo presidente do órgão arbitral); a ausência de participação efetiva (contumácia), por sua vez, não causa qualquer tipo de nulidade, sendo certo que o árbitro não aplicará as regras do Código de Processo Civil relativas à revelia e seus efeitos (os fatos afirmados por um dos contendentes deverão ser provados, apesar da ausência do adversário). (2009, p. 156)

Assim sendo, cabe as partes o dever de estarem atentas à linguagem utilizada na cláusula compromissória, pois será de suma importância para o deslinde da controvérsia, não apenas por conter o modo como a arbitragem será desenvolvida, mas também para a efetiva constituição da jurisdição arbitral.

Ainda, o princípio da força obrigatória dos contratos estabelece que o contrato vincula as partes quando válido. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, sem a incidência do princípio, a sociedade estaria fadada ao caos e, por conta disso, ainda que se objetive o interesse social, não se deve deixar de observar o *pacta sunt servanda* (2015).

Ainda, o princípio tem uma importante função econômica, considerando que o contrato é a maneira pela qual o agente econômico tem a garantia de que as obrigações da parte contrária serão cumpridas (TIMM; GUARISSE, 2012). Assim o “princípio da força obrigatória dos contratos – e, na prática, os meios processuais para garantir a sua observância – é peça fundamental no atingimento do ótimo de eficiência nas relações econômicas decorrentes dos contratos” (FICHTNER, MANNHEIMER & MONTEIRO, 2012).

Sintetizando o *pacta sunt servanda*, esta é a lição clássica de Caio Mário da Silva Pereira:

O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrependerem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes. Com a ressalva de uma amenização ou relatividade de regra, que será adiante desenvolvida (nº 186, infra), o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade,²⁰ salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada. (2023, p. 32).

A exceção mencionada pelo autor no excerto refere-se a contratos que contrariam a ordem pública e os bons costumes. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, quando o objeto do contrato é lícito, a única possibilidade de relativizar o *pacta sunt servanda* é por caso fortuito ou força maior (2015).

Em arremate, Sílvio de Salvo Venosa leciona que:

O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras (2015, p. 510).

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o princípio da força obrigatória dos contratos está intimamente ligado com a segurança jurídica, sendo o *pacta sunt servanda* “a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

Assim, considerando que a arbitragem é objeto de acordo com o ordenamento jurídico, o princípio da força obrigatória se aplica ao instituto.

2.4 Princípios contratuais aplicados à arbitragem

Considerando que a LAB foi silente quanto aos princípios aplicáveis ao procedimento, deve-se ter em mente que, a despeito deste silêncio, a arbitragem possui sim princípios que lhe são aplicáveis de maneira direta.

Conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (1981, p. 247)

O respeitado jurista vai além ao apontar que:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou constitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (1981, p. 247)

Ainda como notas introdutórias acerca dos princípios jurídicos, destacam-se dois deles: o do direito à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) e o devido processo legal (art. 5º LIV e LV, da CF). Tais princípios gerais aplicados à jurisdição, qualquer que seja sua vertente, i.e. arbitral, administrativa ou estatal, estão intrinsecamente ligados aos princípios processuais do procedimento arbitral, nas palavras de Selma Lemes: (i) imparcialidade do árbitro; (ii) contraditório; (iii) igualdade das partes; (iv) livre-convencimento do julgador; (v) autonomia da vontade (1992).

Além disso, quanto ao princípio do direito à tutela jurisdicional, deve-se ter em mente que é um princípio imperioso para o que aqui se discute: a relativização da vinculatividade da cláusula compromissória face à eventual impecuniosidade da parte que deseje instaurar o procedimento arbitral. Para Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz “não há dúvidas de que a garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional tem natureza principiológica. Trata-se, inequivocamente, de princípio que deve ser aplicado na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas” (2015).

Ademais, conforme definição de Ada Pellegrini Grinover o princípio assinalado possui o dever:

de garantir a tutela dos direitos afirmados, mediante a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões, apresentarem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz, através do contraditório. O princípio da proteção judiciária, assim entendido, substitui, no processo civil as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (1975, p. 7)

Superado este assunto, passa-se a analisar o princípio do devido processo legal como princípio norteador da arbitragem. Para Selma Lemes:

Por este princípio, de forma genérica, estabeleceu-se a proteção a ampla defesa e o contraditório. As mesmas oportunidades dadas ao autor para se manifestar, apresentar suas razões e provas devem ser dadas ao réu. A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. (1992, p. 448)

Além do mais, Bernardo Cremades, tomando por base o livro de Kurkela-Turune “*Due process in International Commercial Arbitration*”, analisa os estágios dos devido processo legal em seis áreas principais: (i) os árbitros devem estar atentos à interpretação da cláusula compromissória, pois será a partir dali que o procedimento se desenvolverá; (ii) assuntos jurisdicionais não diretamente ligados à convenção de

arbitragem, i.e. participação de partes estranhas à arbitragem, possibilidade de litispendência ou, ainda, exceções de *forum non conveniens*; (iii) a constituição propriamente dita do Tribunal Arbitral; (iv) questões relativas ao ônus da prova; (v) garantir a execução do compromisso arbitral em boa-fé; e, (vi) os árbitros devem conceder às partes a ampla capacidade de apresentarem seu caso de forma satisfatória, nos termos do art. V (1b) da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada em Nova Iorque e ratificada pelo Brasil no dia 23 de julho 2002. Ao final, o aludido autor categoriza o devido processo legal na arbitragem em dois pontos cruciais: acesso à justiça e a razoabilidade do procedimento (2017).

Nesse sentido, devem os árbitros estarem atentos à possíveis quebras no devido processo legal que, por si só, dariam azo à possível anulação da sentença proferida, nos termos do art. 38, III, IV e V, da LAB. Somado a isso, está a possibilidade trazida por Bernardo Cremades acerca do abuso do devido processo,

Arbitrators are criticised excessively and are made responsible for the defects of the large industry of arbitration. However, nothing is mentioned about the excessive length of the time limits fixed by the lawyers in the procedural timetable. The parties have a legitimate right to the proceedings being taking place efficiently and rapidly. The parties' interests occasionally interfere with the interests and professional obligations of the persons representing them. With an adequate exchange of written communications, the arbitrators can know what is asked of them without the need for excessively long and inefficient hearings. At many of these hearings dozens and dozens of lawyers meet around the tribunal's table, but their presence is not justified over the weeks that the hearing might last. The excessive presentation of witnesses is often unnecessary, and there is the proliferation of experts who sometimes do nothing but confuse the tribunal. (2017, p. 288)²

Conclui-se, portanto, esta subseção que tratou acerca dos princípios que norteiam a arbitragem advindos da legislação aplicável e da CF, independente do

² Tradução livre: Árbitros são criticados em excesso e são responsabilizados pelos defeitos da grande indústria da arbitragem. No entanto, nada é mencionado sobre a excessiva duração dos prazos fixados pelos advogados no cronograma processual. As partes têm o legítimo direito de que os procedimentos ocorram de maneira eficiente e rápida. Os interesses das partes ocasionalmente interferem nos interesses e obrigações profissionais das pessoas que as representam. Com uma adequada troca de comunicações por escrito, os árbitros podem saber o que é solicitado a eles sem a necessidade de audiências excessivamente longas e ineficientes. Em muitas dessas audiências, dezenas e dezenas de advogados se reúnem em torno da mesa do tribunal, mas sua presença não é justificada ao longo das semanas que a audiência pode durar. A apresentação excessiva de testemunhas muitas vezes é desnecessária, e há a proliferação de especialistas que às vezes não fazem nada além de confundir o tribunal.

acordo expresso das partes, que, cumpre salientar, não podem derrogar de tais princípios.

2.5. A Evolução da Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A arbitragem está no ordenamento jurídico brasileiro desde antes da Proclamação da Independência. Em 1603, as ordenações Filipinas já previam que as partes poderiam designar árbitros para resolver conflitos, além de disciplinar a atuação dos árbitros (SILVA, 2005).

Após a independência, a primeira constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, previa que “nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros” (RAMALHO, 2014).

O Código Comercial de 1850, ainda, instituiu a arbitragem obrigatória para conflitos envolvendo contratos de locação mercantil, disputas societárias, de direito marítimo e relacionadas à quebra (MARTINS, 2003).

Em 1916, o Código Civil também estabeleceu disposições relacionadas à arbitragem, tratando da nomeação de árbitros e do procedimento arbitral em casos específicos, como aqueles envolvendo a interpretação de contratos. Ainda, o diploma legal relegava às leis processuais a competência para regulamentar o procedimento (RAMALHO, 2014).

Em 1934, a Constituição asseverou que a competência para legislar sobre arbitragem seria da União. No entanto, a Constituição de 1937 foi um enorme retrocesso para o instituto, chegando a extinguir tribunais arbitrais já instituídos. A Constituição de 1946, ainda, trouxe poucas inovações nesse sentido (MARTINS, 2003).

A Constituição de 1988, por sua vez, se mostra mais favorável ao instituto da arbitragem, ao declarar em seu preâmbulo estar comprometida com a solução pacífica de controvérsias nacionais e internacionais.

Apesar de tão antiga em nosso ordenamento jurídico, a arbitragem ganhou lei própria somente em 1996. A LAB foi um marco legislativo que consolidou e modernizou as regras relacionadas à arbitragem no Brasil. Esta lei definiu de forma mais clara o conceito de arbitragem, estabeleceu os princípios fundamentais desse método de resolução de disputas e regulamentou o procedimento arbitral de maneira mais detalhada.

A nova lei continha disposições que garantiam segurança jurídica e previsibilidade para o instituto. No entanto, somente em 2001 a arbitragem se consolidou no Brasil, quando, por sete votos a quatro, em controle incidental de constitucionalidade na SE 5.206, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da LAB.

O debate entre os ministros girou em torno de um suposto conflito entre, de um lado, a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória prevista na LAB e, de outro lado, a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. A celeuma girou em torno da (im)possibilidade de renúncia à jurisdição estatal referente a disputas futuras, por meio de cláusula compromissória inserta em contrato.

O ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, arguiu pela inconstitucionalidade da LAB, entendendo que a cláusula compromissória não seria suficiente para importar em renúncia ao direito de ação:

Cheguei, porém – depois de longa reflexão – à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito da validade da disciplina legal da arbitragem. A constitucionalidade do juízo arbitral – perdoe-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe in abstrato: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição e, pois, do direito de ação – não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual.

Na mesma linha, o ministro Sydney Sanches reconheceu a “alta conveniência” de uma lei para instituir e regular a arbitragem no Brasil, mas, acerca da LAB, ponderou que:

Na verdade, a Lei permite que, em abstrato, ou seja, sem a definição ou indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis ou eventuais, se abra mão ao direito de ação, enfim, à jurisdição estatal, o que não é tolerado pelo nosso ordenamento constitucional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da C.F.)

O principal argumento dos que defenderam a inconstitucionalidade da LAB era, portanto, a indeterminação do objeto da cláusula compromissória (MATOS, 2022). Corroborando com o entendimento, também seguiram o voto do relator os ministros Néri da Silveira e Moreira Alves.

No entanto, tal entendimento foi alvo de críticas na doutrina. Considerando que a cláusula compromissória, como dispositivo contratual que é, é fruto da autonomia privada e levando em conta o princípio do *pacta sunt servanda*, Inocêncio Mártires Coelho analisou o entendimento dos ministros no sentido da inconstitucionalidade da LAB:

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a condenação dessa lei – nos termos da erudita e minuciosa pronúncia de inconstitucionalidade do eminente Ministro Sepúlveda Pertence – se vier a se confirmar, terá a fundamentá-la, essencialmente, o peso da doutrina assente e da opinião dominante, uma e outra ideologicamente regressivas e saudosistas, porque voltadas para o passado, em busca de um Estado perdido; de um Estado interventor e provedor geral; de um Leviatã tutelar, onipresente e emasculador, que à força de tudo resolver por todos – genericamente, et pour cause, presumidos fracos ou deficientes – impede o livre desenvolvimento da personalidade individual; de um Estado que não respeita, porque não consegue compreendê-los, os valores da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, assim como não entende a regra moral das obrigações e o princípio do *pacta sunt servanda*; de um Estado que regula todas as relações humanas e não admite a existência dos chamados espaços livres do direito ou de direitos sem Estado; de um Estado que apregoa o pluralismo político, mas não admite divergências de opinião; de um Estado que diz aceitar a diversidade de ordenamentos, mas só reconhece à lei o atributo de fonte do direito; de um Estado que se contenta em ser moderno, quando o entorno já vive a pós-modernidade [...] (COELHO, 2000, p. 25-26)

No mesmo sentido, votando pela constitucionalidade da LAB e da execução específica da cláusula compromissória, entenderam os ministros Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Celso de Mello e Maurício Corrêa.

Em suma, os ministros entenderam que a delimitação da renúncia à recorribilidade ao Poder Judiciário para disputas, ainda que futuras, advindas de um contrato, é suficiente para afastar qualquer violação à Constituição. O voto do Ministro Nelson Jobim resume o entendimento da corrente vencedora:

A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que apartes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas

decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

A declaração da constitucionalidade da LAB foi o marco fundamental para a consolidação da arbitragem no Brasil, proporcionando segurança jurídica para o instituto com a atuação do Poder Judiciário a favor da arbitragem. Após a decisão do STF, o STJ seguiu consolidando uma jurisprudência pró-arbitragem, conferindo ao Brasil reconhecimento internacional como um país *arbitration friendly* (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019)

Importante notar que a subsistência da arbitragem no Brasil se deve ao respeito aos princípios do instituto. No próximo tópico, serão abordados os princípios da autonomia da cláusula compromissória e Kompetenz-Kompetenz, essenciais para o funcionamento do instituto da arbitragem.

2.6 A Autonomia da Cláusula Compromissória e o Princípio Kompetenz-Kompetenz

A LAB, em seu artigo 8º, *caput*, estabelece que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida, de tal modo que a nulidade do contrato não afeta, necessariamente, a validade da cláusula compromissória. Tal previsão constitui a positivação do reconhecido princípio da autonomia da cláusula compromissória (SCHMIDT, BRANTES, OLIVEIRA, 2021).

A autonomia da cláusula compromissória é um princípio basilar da arbitragem, considerando que, caso assim não o fosse, a autonomia privada das partes que escolheram submeter as disputas advindas do contrato (inclusive arguições de nulidade) seria violada (BERALDO, 2014).

Consequência do princípio da autonomia da cláusula compromissória é o princípio Kompetenz-Kompetenz, previsto expressamente no parágrafo único do art. 8º da LAB, que compete ao árbitro único ou tribunal arbitral decidir sobre a própria competência para analisar a existência, eficácia e validade da cláusula compromissória antes do Poder Judiciário, podendo esta ser acionada apenas ao final do processo, com a prolação da sentença arbitral, caso uma das partes discorde da

decisão do tribunal, em sede de ação anulatória nos termos do artigo 32 da LAB (BERALDO, 2014).

Há, portanto, dois efeitos decorrentes deste princípio: o efeito positivo, que resulta na atribuição de poderes ao árbitro de analisar a cláusula compromissória previamente ao Poder Judiciário; e o efeito negativo, que afasta a jurisdição estatal para, em um primeiro momento, dirimir questões acerca da existência, validade e eficácia da cláusula de arbitragem (MARTINS, 2008).

O princípio Kompetenz-Kompetenz tem por objetivo combater eventuais estratégias de uma parte recalcitrante de protelar o procedimento, suscitando questões para retirar do árbitro o poder de decisão sobre sua própria jurisdição (MIURA; VIDAL, 2016).

Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca lecionam que mesmo em eventuais causas de nulidade da cláusula arbitral supervenientes à sua formação, devem ser analisadas, em um primeiro momento, pelos árbitros:

The opinion in Interclínicas also highlights that the kompetenz-kompetenz principle is not affected by the circumstance that there might have been a supervening reason to invalidate the arbitration clause, as alleged by the appellant. On the contrary, the invalidity of the clause or of the contract as a whole may indeed be the very issue to be decided, and it does not matter if it is so for original or for supervening reasons. In any event, the Arbitral Tribunal is the one that has primary jurisdiction to decide these issues, and the role of judicial courts is reserved to a post-arbitration control of the legality of this decision (2008, p. 9).³

Assim, caso haja uma convenção arbitral em um contrato e consequente derrogação da Justiça Estatal, deverá o árbitro ser o primeiro a decidir qualquer questão decorrente da avença, incluindo a validade, eficácia e existência da cláusula compromissória.

Com base nestas premissas, questiona-se qual seria o efeito de eventual impecuniosidade da parte ativa que impeça a instauração de procedimento arbitral teria sobre a renúncia das partes, inicialmente válida, ao Poder Judiciário. O próximo capítulo se propõe a analisar a questão.

³ Tradução livre: A opinião em interclínicas também destaca que o princípio da kompetenz-kompetenz não é afetado pela circunstância de que possa ter ocorrido uma razão superveniente para invalidar a cláusula de arbitragem, como alegado pelo apelante. Pelo contrário, a invalidade da cláusula ou do contrato como um todo pode, de fato, ser a questão a ser decidida, e não importa se isso ocorre por razões originais ou supervenientes. De qualquer forma, o tribunal arbitral é quem tem jurisdição primária para decidir essas questões, e o papel dos tribunais judiciais se reserva ao controle pós-arbitragem da legalidade dessa decisão

3 A IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM

O objetivo deste capítulo é apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema da pesquisa. Em um primeiro tópico serão abordadas as custas para instauração de um procedimento arbitral nas principais câmaras do Brasil, considerando os regulamentos de custas de cada instituição, para, em seguida, comparar os custos do procedimento arbitral com os do processo judicial. Em seguida, serão avaliados os efeitos de eventual impossibilidade da parte ativa em arcar com as custas da arbitragem sobre a eficácia da cláusula compromissória.

3.1 Custas na Arbitragem

Para que se estabeleça uma média de valores para a análise que este trabalho se propõe a fazer, serão comparadas às custas de instauração de procedimento arbitral nas principais câmaras de arbitragem do Brasil com um tribunal arbitral composto por três árbitros (CAM-CCBC, CBMA, CAMARB e CIESP/FIESP) com as custas iniciais máximas de um processo judicial nos tribunais estaduais do país considerando que o valor da causa seja R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Os cálculos levarão em conta apenas as custas principais de instauração de procedimentos arbitrais e ajuizamento de processos judiciais. Não serão consideradas custas incidentais, como honorários periciais e honorários de comitês de impugnação de árbitros.

3.1.1 Análise das custas nas principais câmaras

3.1.1.1 Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

O regramento de custas do CAM-CCBC estabelece que as custas devidas para iniciar o procedimento arbitral são a Taxa de Registro, a Taxa de Administração e os honorários dos árbitros. O recolhimento é feito antecipadamente, ou seja, a Taxa de Registro deve ser feita previamente ao Requerimento de Arbitragem, enquanto a Taxa

de Administração e os honorários dos árbitros devem ser recolhidos antes da assinatura do Termo de Arbitragem.

A Taxa de Registro tem valor fixo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não compensáveis ou reembolsáveis, a serem pagos pelo Requerente no ato do Requerimento de Arbitragem.

A Taxa de Administração é calculada com base no valor da causa e é rateada entre as partes. A parte requerente deve pagar o valor que lhe compete em até trinta dias após o Requerimento de Arbitragem. Considerando uma causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o valor da Taxa de Administração será de R\$ 131.994,46 (cento e trinta e um mil, novecentos e noventa e quatro mil e quarenta e seis centavos). Portanto, recairia sobre a parte requerente o pagamento de R\$ 65.997,23 (sessenta e cinco mil, novecentos e noventa e sete mil reais e vinte e três centavos).

Os honorários dos árbitros também têm por base de cálculo o valor da causa e é rateado igualmente entre as partes. O prazo para pagamento pela parte requerente é de trinta dias após o requerimento de arbitragem. Para o valor hipotético adotado, os honorários dos árbitros corresponderiam ao valor de R\$ 296.987,54 (duzentos e noventa e seis mil, novecentos e oitenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos). A parte requerente deve arcar, portanto, com a quantia de R\$ 148.493,77 (cento e quarenta e oito mil, quatrocentos e noventa e três reais e setenta e sete centavos).

Portanto, à priori, a parte requerente deve arcar com o valor de R\$ 214.491,00 (duzentos e quatorze mil, quatrocentos e noventa e um reais) para que seja instaurada a arbitragem. Há, no entanto, um cenário que também deve ser levado em conta: a possibilidade de a parte requerida se recusar a arcar com as custas que são por esta devidas nos termos do regramento de custas. Nesse caso, conforme o artigo 35 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC de 2022, será facultado à parte requerente efetuar o pagamento da integralidade das custas. Caso o pagamento não seja efetuado, o procedimento será suspenso por trinta dias e, caso ao fim deste prazo ainda não tenha havido o pagamento do valor restante, o processo será extinto.

3.1.1.2 Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

O Regimento de Custas do CBMA prevê custas de Taxa de Instituição e Administração e Honorários de Árbitros.

A Taxa de Instituição deve ser paga pela parte requerente no momento do requerimento de instauração da arbitragem e tem o valor fixo de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

A Taxa de Administração é calculada com base no valor da causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Para causas com o valor hipotético estabelecido neste trabalho, o valor da Taxa de Administração equivale a R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). O valor deve ser rateado igualmente entre as partes. A parte requerente deve pagar o valor devido a título de Taxa de Administração no momento do requerimento de instauração da arbitragem. Assim, o valor devido pela parte requerente para fins de Taxa de Administração é de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Os honorários dos árbitros são fixados pelo CBMA e, em disputas com o valor da causa aqui estabelecido, podem variar entre R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Para calcular as custas no presente trabalho, levaremos em conta o valor máximo estabelecidos pelo Regimento de Custas, resultando na quantia de R\$ 135.00,00 (cento e trinta e cinco mil reais). Este valor também deve ser rateado entre as partes. Metade do valor deve ser pago antes da assinatura do Termo de Arbitragem, enquanto o valor restante deverá ser pago após a instrução e antes da prolação da sentença. É devido pela parte requerente, portanto, o valor de R\$ 67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais).

Dessa maneira, para instaurar a arbitragem, a parte requerente deverá desembolsar a quantia de R\$ 76.500,00 (sessenta e seis mil e quinhentos reais). Caso a parte requerida se recuse a arcar com as despesas que lhe cabem nos termos do Regimento, será facultada à parte requerida a possibilidade de efetuar o pagamento restante, sob pena de suspensão do procedimento.

3.1.1.3 Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial

O Regulamento de Arbitragem da CAMARB prevê uma Taxa de Registro, Taxa de Administração e Honorários de Árbitros.

Quanto à Taxa de Registro, o Regulamento de Custas estabelece que a parte requerente deverá pagar taxa de registro no valor fixo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) no momento de solicitação da instauração do procedimento arbitral.

A Taxa de Administração é calculada com base no valor da causa. Para causas com valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a Taxa de Administração é de R\$

23.940,00 (vinte e três mil e novecentos e quarenta reais). A Taxa deve ser rateada entre as partes e é paga após o decurso do prazo de resposta ao requerimento de arbitragem pelo Requerido e antes da assinatura do termo de arbitragem.

Os honorários dos árbitros têm por base de cálculo o valor da causa. Na hipótese em comento, seria devido pelas partes o valor de R\$ 111.540,00 (cento e onze mil e quinhentos e quarenta reais). Os honorários dos árbitros devem ser pagos junto com a Taxa de Administração, após o decurso do prazo de resposta ao requerimento de arbitragem.

Portanto, as custas para instauração de um procedimento arbitral na CAMARB para a parte Requerente totalizariam a quantia de R\$ 140.480,00 (cento e quarenta mil e quatrocentos e oitenta reais).

Caso a parte requerida se recuse a arcar com a sua parte das custas. A Requerente deverá efetuar o pagamento do valor faltante, sob pena de suspensão da arbitragem por noventa dias e, caso haja decurso deste prazo sem pagamento, extinção do procedimento.

3.1.1.4 Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem CIESP/FIESP

A CIESP/FIESP prevê custas a título de Taxa de Registro, Taxa de Administração e Honorários dos Árbitros para instauração do procedimento arbitral.

A Taxa de Registro equivale a 1% do valor da causa, respeitando o valor mínimo de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e o valor máximo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Portanto, no caso hipotético em análise, o valor da Taxa de Registro equivaleria a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O valor deve ser recolhido pela parte requerente no momento do requerimento de arbitragem.

O valor da Taxa de Administração seria igual ao máximo de R\$ 103.500,00 (cento e três mil e quinhentos reais). O valor deve ser rateado entre as partes e pago em até quinze dias após o requerimento de arbitragem.

Os honorários dos árbitros também são calculados com base no valor da causa. Na hipótese analisada, o valor a ser pago a título de honorários seria igual a R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais). O pagamento deve ser dividido da seguinte maneira: 30% no momento de apresentação das réplicas, 30% no término da instrução e 40% após a última decisão proferida no processo.

O valor total máximo devido pela parte requerente para instaurar o procedimento arbitral seria, assim, de R\$ 191.750,00 (cento e noventa e um mil e setecentos e cinquenta reais).

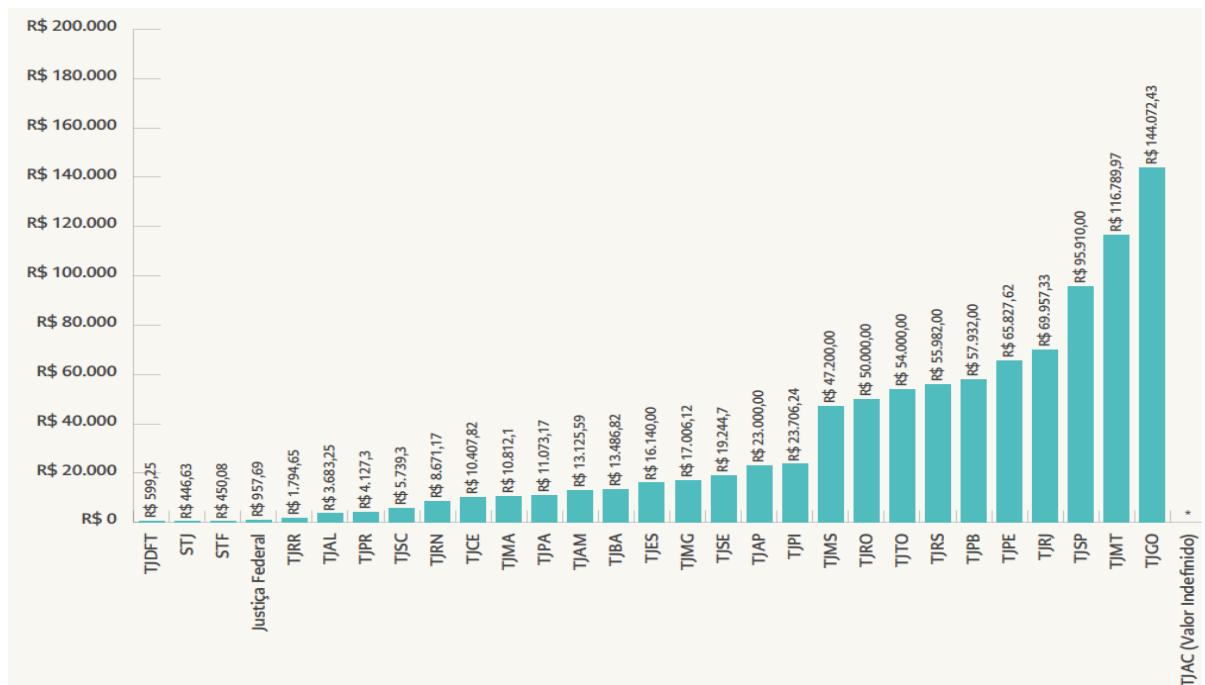
Caso a parte requerida não recolha a parte que lhe couber, é facultado à requerente efetuar o recolhimento das custas que cabem à contraparte. Caso o pagamento não seja efetuado o procedimento será suspenso e, após 90 dias sem pagamento, extinto.

3.1.2 Comparação com as custas judiciais e considerações

Para efeitos de comparação, leva-se em conta as custas máximas iniciais e recursais dos tribunais estaduais do país, de acordo com relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2023, compilando as informações relevantes acerca dos valores porventura desembolsados para litigar nos tribunais pátrios⁴.

A figura abaixo apresenta os valores das custas iniciais e das taxas judiciares máximas, senão vejamos:

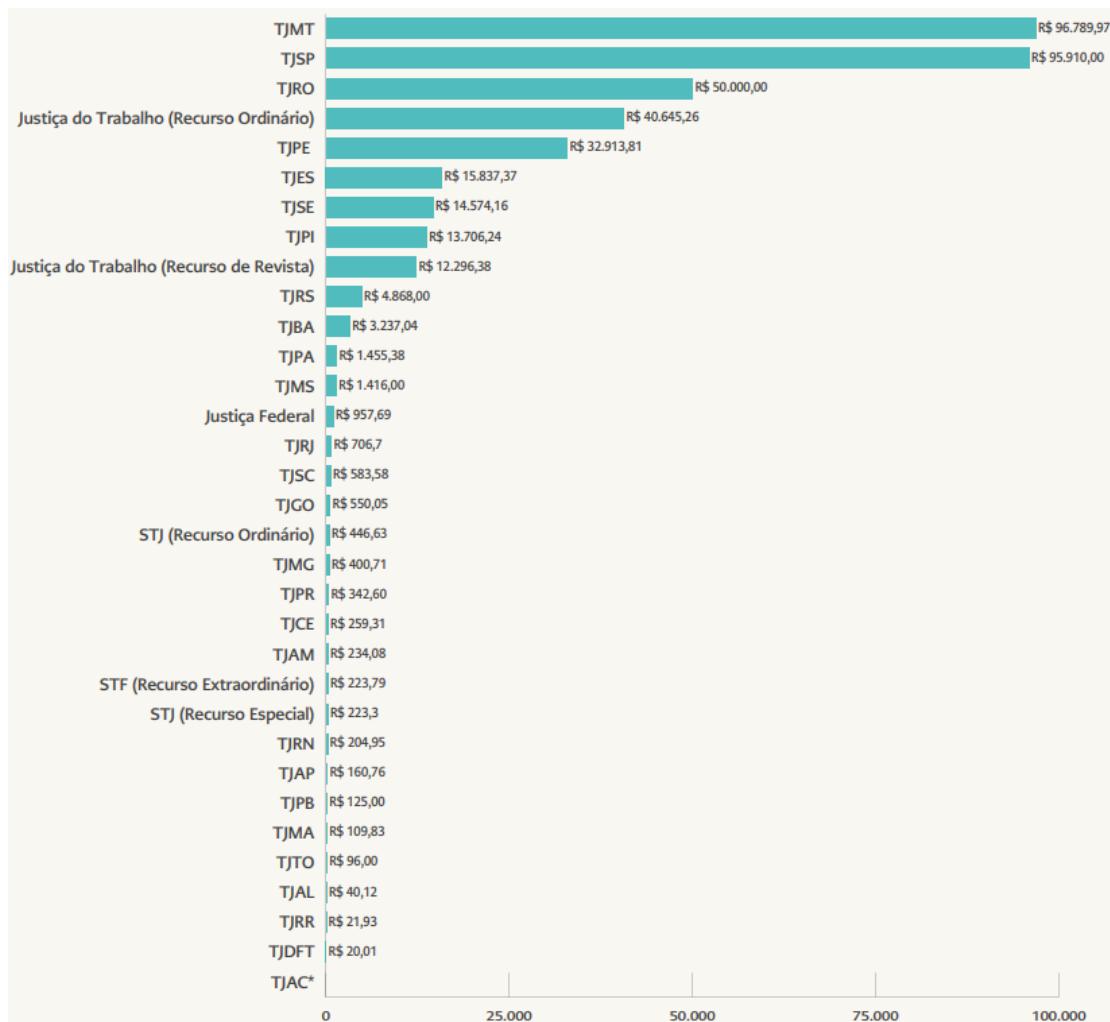
Figura 1 – Valores das custas iniciais e das taxas judiciares máximas



⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/diagnosticos-das-custas-processuais-v2-2023-05-05.pdf>. Acessado em 18.09.2023.

Adicionalmente, o relatório produzido pelo CNJ compilou as custas máximas referentes às custas recursais máximas, incluindo depósitos, percebendo-se que as custas recursais serão, em regra, menores em relação às instâncias originárias.

Figura 2 – Valores das custas recursais máximas, incluindo depósitos



Ainda, caso a parte ativa comprove a impossibilidade de arcar com as custas, seja ela pessoa física ou jurídica, tem direito à isenção do pagamento de custas, nos termos do artigo 98 do CPC. Nesse sentido, a Súmula 481 do STJ estabelece que faz jus à gratuidade de justiça a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Além disso, caso não faça possa comprovar o direito à concessão do benefício, a parte pode requerer o parcelamento das despesas processuais, nos termos do §6º do mesmo artigo.

Evidente, assim, que as custas judiciais são consideravelmente menores que as custas do procedimento arbitral, além de proporcionar alternativas mais amplas ao acesso à justiça na impecuniosidade da parte ativa.

No entanto, questiona-se se estes fatores, por si só, seriam suficientes para afastar a eficácia da cláusula compromissória. É o que será analisado no próximo tópico.

3.2 Efeitos da Impecuniosidade na Eficácia e Existência e Validade da Cláusula Compromissória

Há três planos a serem analisados para se verificar a regularidade de um negócio jurídico em nosso ordenamento: existência, validade e eficácia (AZEVEDO, 2002).

A existência é o primeiro plano do negócio jurídico. Para existir, o negócio jurídico deve ter os seguintes elementos essenciais: agente (as partes), vontade (o desejo de formar o negócio), objeto (o conteúdo), e forma (a maneira pela qual a vontade é manifestada) (SCHREIBER, 2021)

As partes são o primeiro pressuposto para que exista a convenção arbitral (SCALETSCKY; AZEVEDO; SERPA, 2014).

Aplicando o plano da existência à convenção de arbitragem, Gustavo Tepedino leciona que a vontade das partes é o elemento principal de existência do negócio jurídico (2008). William Park segue na mesma linha, afirmando que o consentimento (manifestação de vontade) é o pilar da arbitragem (2009). O requisito da vontade está previsto no artigo 3º da LAB. Subentende-se, portanto, que a cláusula compromissória como negócio jurídico unilateral é vedada pelo ordenamento jurídico (LACRETA, 2016).

O objeto, por sua vez, deve envolver direitos patrimoniais disponíveis para que a convenção de arbitragem seja considerada existente nos termos do artigo 1º da LAB. De acordo com Carmona, diz-se que um direito é disponível quando:

[P]ode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se

desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto (2009, p.38).

Portanto, os direitos de natureza patrimonial que podem ser objeto de transação devem ser o objeto de uma convenção arbitral, para que esta seja considerada existente.

Por fim, quanto à forma, a LAB é clara ao estabelecer que a convenção arbitral deve ser firmada por escrito (artigo 3º, §1º e artigo 9º, §§ 1º e 2º).

Portanto, a eventual impecuniosidade de uma das partes não impacta no plano da existência da convenção arbitral, considerando que, quanto ao plano da existência, o elemento essencial é a declaração de vontade (Nanni, 2014 apud CABRAL, 2018).

Uma vez existente, o negócio jurídico deve ser válido. Os requisitos para validade de um negócio jurídico no direito brasileiro estão previstos no artigo 104 do Código Civil, que estabelece que o negócio jurídico, para ser válido, deve conter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos requisitos previstos no Código Civil, a LAB estabelece requisitos específicos para a validade da cláusula compromissória quanto ao objeto, partes e forma.

Nos termos do artigo 1º da LAB, as partes devem ser capazes, conforme artigo 5º do Código Civil. A capacidade para firmar a convenção de arbitragem deve ser de fato, ou seja, aptidão para exercer por direitos por si mesmos; e de direito, ou seja, a faculdade para exercer e ser titular direitos e contrair obrigações (MARTINS, 2008).

O objeto, por sua vez, deve envolver direitos patrimoniais disponíveis para que a convenção de arbitragem seja considerada válida. O direito é patrimonial sempre que tiver disposição monetária (GUERRERO, 2009). Ainda, de acordo com Carmona, diz-se que um direito é disponível quando:

[P]ode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto (2009, p.38).

Portanto, os direitos de natureza patrimonial que podem ser objeto de transação devem ser o objeto de uma convenção arbitral, para que esta seja válida.

Por fim, quanto à forma, a LAB é clara ao estabelecer que a convenção arbitral deve ser firmada por escrito (artigo 3º, §1º e artigo 9º, §§ 1º e 2º). Há, ainda, um requisito adicional em casos de contratos de adesão: conforme o artigo 4º, § 2º da LAB, para que a cláusula de arbitragem seja válida em contratos com características de adesividade, esta deve ter destaque em relação às demais cláusulas, estando em negrito, ou deve haver um visto das partes especificamente na cláusula.

Assim, também não se vislumbra a influência da impecuniosidade da parte na validade da cláusula compromissória, caso esta cumpra os requisitos dos artigos 104 do Código Civil e da LAB, que não faz previsão acerca da invalidade da cláusula em casos de incapacidade econômica das partes. Isto porque a impecuniosidade não afeta a capacidade das partes; o objeto no escopo da convenção de arbitragem; e a forma adotada para a celebração da convenção de arbitragem (CABRAL, 2018).

Uma vez existente e válido, deve-se analisar a capacidade do negócio jurídico de produzir efeitos, ou seja, sua eficácia e o momento em que estes são produzidos (AZEVEDO, 2002).

Aplicando o plano da eficácia ao negócio jurídico da convenção de arbitragem, Os efeitos da convenção de arbitragem são os efeitos positivo e negativo de sua celebração, decorrentes do princípio Kompetenz-Kompetenz. Sobre o momento de incidência de tais efeitos, a doutrina é praticamente uníssona em entender que estas operam a partir do momento da celebração da convenção. Filia-se à corrente Luis Fernando Guerrero, entendendo que:

Os efeitos da convenção de arbitragem terão aplicação imediata e independente do momento de sua celebração, desde que a manifestação de vontade seja desprovida de vícios e se o litígio surgiu após o advento da Lei 9.307, de 1996 (2009, p. 124).

Portanto, entende-se que a impecuniosidade pode ter efeitos práticos sobre a eficácia da convenção arbitral no aspecto do efeito positivo. Isto porque a impecuniosidade da parte ativa tem o condão de obstar a instauração do procedimento arbitral e, consequentemente, a competência de um tribunal arbitral para julgar a controvérsia (CABRAL, 2018).

No entanto, questiona-se se tal fato é suficiente para afastar a vinculatividade da convenção arbitral. Nesse sentido, o objetivo do próximo capítulo é analisar o

entendimento do STJ sobre o tema, em contraste com caso paradigma do TJPA que entendeu pelo afastamento da cláusula de arbitragem.

4 A (IN)AFASTABILIDADE DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CASO DE IMPECUNIOSIDADE DA PARTE ATIVA: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Neste capítulo, aplicaremos as premissas anteriormente estabelecidas à análise de casos concretos. A jurisprudência dos tribunais superiores tem trabalhado em favor da segurança jurídica do instituto da arbitragem.

Notadamente, o STJ proferiu diversos entendimentos reconhecendo a vinculatividade da convenção de arbitragem e rechaçando a possibilidade de afastamento por hipossuficiência. Analisaremos o REsp 1.959.435/RJ, decisão recente do Tribunal neste sentido.

Há, no entanto, a relativização desse entendimento em uma porção minoritária da jurisprudência dos tribunais estaduais, a exemplo do agravo de instrumento nº 0004356-18.2016.8.14.0000 do TJPA, caso paradigmático na matéria.

4.1 Recurso Especial nº 1.959.435/RJ

O caso concreto trata de um Recurso Especial interposto contra acórdão prolatado pela Terceira Câmara Cível do TJRJ que afastou a eficácia da cláusula compromissória em disputa envolvendo uma empresa que faliu durante a tramitação do processo no juízo arbitral, e determinou o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, por entender que a fragilidade econômica da massa falida seria suficiente para mitigar a competência arbitral.

No acórdão do TJRJ, a Desembargadora Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes, relatora do processo, reconheceu a vinculatividade da cláusula compromissória e o princípio da autonomia privada.

No entanto, a relatora entendeu que o caso concreto seria dotado de peculiaridades que poderiam afastar a vinculatividade da cláusula de arbitragem devido aos altos custos do instituto e a impossibilidade de concessão de gratuidade de justiça na seara arbitral, apontando que “*muito embora quando da propositura da demanda a empresa fosse sujeita à arbitragem, sua situação financeira já era delicada*”.

Por consequência, a relatora concluiu pela impossibilidade de se aplicar a cláusula de arbitragem de maneira “irrestrita”, desconsiderando os custos envolvidos no procedimento arbitral e os prejuízos que poderia causar à Massa Falida.

Com base nisso e citando explicitamente os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, a relatora entendeu que a cláusula compromissória deveria ser afastada e a disputa julgada pela jurisdição estatal.

Diante disso, os réus interpuseram Recurso Especial, alegando, na parte pertinente ao escopo da presente análise, que:

- “d) o acórdão recorrido teria afastado, sem qualquer embasamento legal, a cláusula compromissória de arbitragem, infringindo o art. 8º, parágrafo único, da Lei 9307/96, 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 cláusula compromissória;
- e) a alegada hipossuficiência financeira da empresa que teve a falência decreta não seria suficiente a afastar a eficácia da referida cláusula; e
- f) o acórdão estadual teria violado o princípio da força obrigatória dos contratos ao rejeitar cláusula livremente pactuada pelas partes”.

O argumento dos recorrentes se baseou, portanto, nos princípios do Kompetenz-Kompetenz, princípio da arbitragem, e do *pacta sunt servanda*, princípio contratual aplicável à arbitragem. A Ministra Nancy Andrighy, reladora do processo, acolheu os argumentos. A relatora entendeu que: “com a celebração da convenção de arbitragem, (...) tem-se que aos contratantes é dada a possibilidade de submeter suas controvérsias, desde que relativas a direitos patrimoniais disponíveis, a um juízo arbitral”.

Ainda, a Ministra relatora destacou a força vinculante da cláusula arbitral, que importa na derrogação do direito de decorrer à justiça estatal, e afirmou que em caso de dúvidas acerca da eficácia da cláusula compromissória por conta do estado de falência de uma das partes, as dúvidas deveriam ser analisadas primeiramente pelo árbitro.

Ao final, o Recurso Especial foi conhecido e provido, para extinguir o processo sem resolução do mérito, restando o acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. AFASTAMENTO. FALÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL.
 1. Recurso especial interposto em 16/4/2021 e concluso ao gabinete em 23/9/2021. 2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) a apelação interposta é intempestiva; b) há ausência de prestação jurisdicional; e c) a convenção de arbitragem pode ser afastada pela jurisdição estatal, sob o argumento de hipossuficiência financeira da empresa, que teve falência decretada. 3. “A reforma do arresto no tocante à alegada intempestividade da

apelação, a fim de modificar a conclusão da origem, demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ." (AgInt no REsp n. 1.537.498/AP, Quarta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 1/8/2018.) 4. Não se pode conhecer da apontada violação ao art. 1.022, pois analisadas e discutidas as questões de mérito, fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional. 5. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitá-la para a resolução dos conflitos daí decorrentes. 6. Como regra, tem-se que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, incluindo decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz). 7. Diante da falência de uma das contratantes que firmou cláusula compromissória, o princípio da Kompetenz-Kompetenz deve ser respeitado, impondo ao árbitro avaliar a viabilidade ou não da instauração da arbitragem. 8. Os pedidos da inicial não buscam nenhum tipo de medida cautelar que possa excepcionar o juízo arbitral; ao contrário, pretende a parte discutir o próprio conteúdo do contrato que abarca cláusula compromissória, almejando a substituição da jurisdição arbitral pela estatal. 9. Ausência de situação excepcional que permita o ajuizamento de medida cautelar junto à Justiça Estatal, devendo prevalecer a competência do juízo arbitral. 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

Assim, o julgamento do Tribunal rechaçou os argumentos de ofensa à inafastabilidade da jurisdição aduzidos pela parte recorrida, entendendo com base no princípio *pacta sunt servanda* que as partes derrogaram, sem ressalvas, da jurisdição estatal. O caso evidencia a importância dada pelo STJ aos princípios aplicáveis à arbitragem, que tornaram o Brasil um país favorável ao instituto (FICHTNER, MANHEIMER, MONTEIRO, 2019).

4.2 Agravo de Instrumento nº 0004356-18.2016.8.14.0000 TJPA

Este caso foi um dos primeiros em sentido contrário à jurisprudência do STJ e afastou a eficácia de uma cláusula compromissória por entender que a hipossuficiência de uma das partes, impedindo-a de recorrer à jurisdição arbitral, seria suficiente para permitir à parte o recurso ao Poder Judiciário.

A disputa originou-se de um contrato de distribuição exclusiva de produtos entre as empresas Romax Distribuidora de Produtos e SC Jonhson Distribuição Ltda., respectivamente, autora e ré.

O contrato foi rescindido unilateralmente pela SC Johnson, o que levou a autora a ajuizar ação declaratória de nulidade de ato jurídico, nulidade de cláusula arbitral,

rescisão contratual c/c perdas e danos e pedido de antecipação de tutela na Justiça Estatal, que foi distribuída na 4^a Vara Cível e Empresarial da Comarca de Belém - PA. O pedido de nulidade da cláusula compromissória foi baseado no argumento de que o contrato entre as partes seria de adesão e não teria cumprido os requisitos do artigo 4º, § 2º da LAB.

A Juíza de primeiro grau proferiu decisão liminar entendendo que a natureza do contrato seria de adesão e, com base neste fundamento, afastou a eficácia da cláusula compromissória por não atender os requisitos legais.

Em seguida, a ré apresentou contestação e interpôs agravo de instrumento contra a decisão liminar, afirmando que as cláusulas do contrato foram discutidas entre as partes, não estando, portanto, caracterizada a natureza de contrato adesivo, e requereu a extinção do processo sem resolução do mérito em virtude da cláusula compromissória.

Em réplica e contrarrazões ao agravo de instrumento, a autora reafirmou a alegada adesividade do contrato e argumentou, em complemento, que não teria condições econômicas de instaurar uma arbitragem, razão pela qual o princípio do acesso à justiça estaria violado caso o recurso fosse provido e o processo extinto.

No julgamento do recurso, que foi distribuído à 4^a Câmara Cível Isolada sob relatoria do Desembargador José Maria Teixeira do Rosário, os desembargadores entenderam que o contrato foi discutido entre as partes, não tendo, portanto, natureza de adesão e não estando sujeito aos requisitos especiais estabelecidos na LAB para este tipo de contrato.

No entanto, razão foi dada à agravada no argumento de violação do acesso à justiça. Analisando o ponto, o desembargador relator entendeu que:

Assim, considerando a diferença de porte econômico das empresas, bem como a distância entre as suas sedes e, ainda, o estabelecido no foro de eleição, vislumbro que se prevalecer a cláusula de eleição, assim como o juízo arbitral, o acesso à justiça das agravadas, restará violado.

Com base neste fundamento, o agravo de instrumento foi desprovido, a eficácia da cláusula de arbitragem foi afastada e o processo seguiu o rito regulamentar no Poder Judiciário. O acórdão restou ementado da seguinte maneira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO.
RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL E

FORO DE ELEIÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA ENTRE AS PARTES. INVIABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. INVIABILIDADE DAS CLÁUSULAS. AÇÃO DESCONSTITUTIVA. APPLICABILIDADE DO ARTIGO 53, III, D, CPC/2015. MANTIDA A DECISÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O contrato firmado entre as partes não é de adesão, pois vislumbrase com os documentos juntados aos autos que as cláusulas contratuais foram discutidas pelas partes, de modo que não há que se falar em imposição das regras contratuais. Não obstante isso, vislumbra-se, no caso concreto, uma hipossuficiência notória entre as partes, pois litigam de um lado empresas de distribuição e de outro, uma multinacional. Dessa forma, considerando a diferença de porte econômico das empresas, bem como a distância entre as suas sedes e, ainda, o estabelecido no foro de eleição, vislumbro que se prevalecer a cláusula de eleição, assim como o juízo arbitral, o acesso à justiça das agravadas, restará violado. (Grifou-se). Afastada a cláusula de eleição, a rescisão do contrato de distribuição deve ser realizada a luz do artigo 53, III, d, do CPC/2015. Consigno que apesar do dispositivo legal dizer respeito à ação que exija o cumprimento da obrigação, o foro deve ser estendido às ações desconstitutivas. Recurso Conhecido e Improvido. (TJPA, Agravo de Instrumento n. 0004356-18.2016.8.14.0000, Quarta Câmara Cível Isolada, rel. Des. José Maria Teixeira do Rosário).

O entendimento do TJPA vai contra a doutrina majoritária brasileira. Nesse sentido, Paulo Toledo entende que, mesmo em casos de incapacidade financeira, a vinculatividade da cláusula de arbitragem não deve ser relativizada (2019).

Eliana Baraldi, ainda, expressa preocupação com a segurança jurídica da arbitragem, entendendo que o afastamento da eficácia da cláusula compromissória com base na impecuniosidade de uma das partes desestabiliza o ambiente de previsibilidade do instituto da arbitragem, proporcionado pela LAB e pelo entendimento do STJ na questão (2023).

No mesmo sentido, Ian Velásquez entende que:

Existe uma legítima expectativa do credor e do próprio devedor de que a solução dos conflitos será dirimida por um tribunal arbitral ou por um árbitro único a depender de como as partes convencionaram essa cláusula compromissória. E simplesmente afastar a cláusula sem pensar nesse equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser visto com a devida preocupação (2023).

Assim, extrai-se do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência que decisões como a do TJPA importam em uma ameaça ao instituto da arbitragem no Brasil, considerando que a legítima expectativa das partes é pilar essencial para que as partes elejam o instituto.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou sobre a possibilidade de a impecuniosidade da parte ativa afastar a eficácia da cláusula compromissória. O estudo se mostrou relevante em razão da importância da segurança jurídica para a subsistência do instituto da arbitragem no Brasil.

No que diz respeito ao objetivo geral, pode-se concluir que, no ordenamento jurídico brasileiro, a incapacidade econômica de uma parte não pode, por si só, ser motivo de relativização dos princípios do *Kompetenz-Kompetenz*, *pacta sunt servanda* e da autonomia privada, afastando a cláusula compromissória.

Isto porque, ao assinar a cláusula, as partes esperam segurança jurídica e têm a legítima expectativa de que, independentemente das circunstâncias futuras, a arbitragem será o meio de resolução de disputas do contrato que contém a convenção.

Sobre os objetivos específicos, foi analisado o conceito de arbitragem a partir de uma perspectiva jurisdicional, concluindo-se que a arbitragem está bem estabelecida na legislação e jurisprudência dos tribunais superiores, o que levou o país ao status de *arbitration friendly* no ordenamento jurídico internacional. Ainda, foram estudados os efeitos da impecuniosidade de uma das partes na eficácia da cláusula compromissória, o que levou à conclusão de que a incapacidade econômica da parte pode afetar o efeito positivo da convenção de arbitragem, devido à impossibilidade de instauração do procedimento.

Por fim, em uma análise de casos concretos e contrastantes da jurisprudência, foi constatado que o entendimento do STJ é no sentido de que a impossibilidade de uma parte de arcar com os custos de uma arbitragem não autoriza o recurso ao Poder Judiciário, em respeito ao princípio do *Kompetenz-Kompetenz*.

Um contraponto foi a jurisprudência do TJPA, que entendeu que a cláusula compromissória, ainda que válida, não poderia produzir efeitos sobre as partes sob pena de violação do acesso à justiça. Entretanto, chegou-se à conclusão de que este entendimento, além de criticado pela doutrina, contraria a jurisprudência dos tribunais superiores, que preserva a segurança jurídica do instituto e a previsibilidade.

Diante disso, a hipótese levantada no começo da pesquisa, no sentido da impossibilidade de afastamento da cláusula compromissória por conta da impecuniosidade de uma das partes, foi confirmada.

O problema da pesquisa foi o potencial conflito entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça e o impedimento da parte que assinou cláusula compromissória válida de recorrer ao Poder Judiciário. Pode-se chegar, com a presente pesquisa, à seguinte resposta: a arbitragem tem natureza jurisdicional.

Ao assinar convenção arbitral, as partes derrogam, sem reservas, ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para litigar sobre qualquer disputa atinente ao objeto da convenção. Além disso, o STF já entendeu que tal derrogação não viola as garantias constitucionais. Portanto, o impedimento da parte impecuniosa de recorrer ao Poder Judiciário não viola a Constituição.

Os regulamentos das instituições não têm previsão de alternativas para partes impossibilitadas de arcar com as custas do procedimento. A prática arbitral, no entanto, demonstra que há uma restrita, mas possível alternativa: o *Third-Party Funding* ou Financiamento de Terceiros, modalidade de financiamento na qual um terceiro arca com as custas de um procedimento, arbitral ou judicial, por uma contrapartida econômica, que normalmente é uma parcela do êxito obtido pela parte financiada na demanda.

A forma de contraprestação estabelecida, no entanto, pode levar a um escrutínio rigoroso por parte do financiador da chance de êxito da parte na demanda, o que pode influenciar a concessão do financiamento. Assim, o financiamento de terceiros se mostra como uma alternativa possível para que a parte impecuniosa resolva o litígio honrando com o compromisso contratual anteriormente firmado.

6. REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti; SALLES, Carlos Alberto de. **A soft law processual na arbitragem internacional: a produção de provas.** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Sobre a Natureza Jurisdicional da Arbitragem.** IN: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade E Eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social,** São Paulo: Revista de Direito Público - RDP 57/58, 1981.

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

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem.** 2. ed., Coimbra, Almedina, 2013.

BARROS, Maria Gabriella Dignani Schmidt de. **A cláusula compromissória como negócio jurídico.** Revista de Direito Privado | vol. 99/2019 | p. 265 - 281 | Maio - Jun / 2019

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei 9.307/96.** São Paulo: Atlas, 2014.

BLACKBY, Nigel. PARTASIDES, QC; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version.** 5 ed. Nova Iorque: Oxford, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Diário Oficial Da República Federativa Do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Df, 24 Set. 1996.

_____. Lei 13.105, De 16 De Março De 2015. Diário Oficial Da República Federativa Do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Df, 7 Mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental Na Sentença Estrangeira N.º 5.206-7, Reino Da Espanha. Agravante: M.B.V. Commercial And Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria E Comércio Ltda. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: 12 de dezembro de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.959.435. Recorrente: Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social Refer; Eletra Fundação Celg de Seguros e Previdência. Recorrido: Stiebler Arquitetura e Incorporações Ltda – Massa Falida. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília: 30 de agosto de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Processo n. 0004356-18.2016.8.14.0000, Agravante: SC Johnson Distribuição Ltda. Agravado: Romax Distribuidora. Relator Desembargador José Maria Teixeira do Rosário. Belém, 03 de agosto de 2016.

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 de Acesso à Justiça. Dissertação De Mestrado. Orientador: Marco Ântonio Rodrigues. Universidade Do Estado Do Rio De Janeiro, Faculdade De Direito. Rio De Janeiro, 2019.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas. 7^a Ed.Rev.,Atual. E Ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAMPOS MELO, Leonardo José de. Autonomia da Vontade, consensualismo e arbitragem: A extensão da cláusula compromissória a partes não-signatárias fundamentada na teoria dos grupos de sociedades. A prática DA Corte Internacional de Arbitragem DA Câmara de Comércio Internacional (CCI) e sua

compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição.** Revista De Processo, São Paulo, Volume 58. Página 33 A 40. Abril A Junho De 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307-96.** 3^a. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas S.A., 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Em Torno do Árbitro.** Revista Internacional De Arbitragem E Conciliação. N. 3. Coimbra: Almedina, 2010.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Direito Arbitral.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1942.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Arbitragem, Mediação E Negociação: A Constitucionalidade Da Lei De Arbitragem.** Revista De Direito Administrativo. Rio De Janeiro, N. 219, P. 11-26, Jan./Mar. 2000

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezione sul processo civile.** Bolonha: Il Mulino, 1995.

DAVIS, Benjamin G. **Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria.** Arbitration International. Londres, v. 7, n., 1991, pp. 365-388, convertido eletronicamente (versão online sem paginação). Base de dados de acesso restrito. Disponível em <<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/7/4/365/207802/Pathological-Clauses-Frederic-Eisemann-s-Still>> Último acesso em 18.10.2023)

DECCACHE, Antonio Carlos F. **Cláusula de Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais: seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ.** São Paulo: Grupo GEN, 2015.

FAZZALARI, Elio. BRIGUGLIO, Antonio; MORENGO, ROBERTO. **La nuova disciplina dell'arbitrato: Commentario.** Milão: Giuffrè, 1994

FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**, 6. Ed. Padova: CEDAM, 1992.

FAZZALARI, Elio. **L'Arbitrato.** Turim: UTET. 1997.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou inexequível: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) e more-favourable-right provision.** In Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque, São Paulo, SP: Editora Quartier Latin, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, Luís, A. **Teoria Geral da Arbitragem.** São Paulo: Grupo GEN, 2018.

FIGUEIRA, Joel Jr. **Arbitragem.** 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international.** Paris: Litec, 1996.

GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John & FOUCHARD, Philippe. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration.** Haia, Boston: Kluwer, 1999.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 3^a ed., atualizada por Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GREGO, Leonardo. **Instituições de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

JARROSSON, Charles. **Qui tiens les rênes de l'arbitrage? Volonté des parties et autorité de l'arbitre**. Revue de L'Arbitrage, 1999.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. **Flexibilidade do Procedimento Arbitral e Poderes Instrutórios dos Árbitros na Arbitragem Brasileira: Possibilidade de Restringir os Poderes Instrutórios dos Árbitros em Nome da Autonomia da Vontade**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, Volume VIII, Issue 31, pp. 29 – 58

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoir des arbitres et principe d'efficacité**. in Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'Arbitrage - Mélanges Offerts à Claude Reymond, Paris, Litec, 2004.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

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.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem**. In Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito brasileiro. FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEMES, Selma Ferreira. **Sete Motivos Para Eleger A Arbitragem Em Contratos Empresariais e Públicos.** Disponível Em:

[Http://Www.Selmalesmes.Com.Br/Artigos/Artigo62.Pdf.](http://Www.Selmalesmes.Com.Br/Artigos/Artigo62.Pdf)

LEMES. Selma Ferreira. **A inteligência do art. 19 da lei de arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, n. 20, abr-jun. 2003.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration.** The Hague: Kluwer, 2003.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos Sobre a Lei De Arbitragem.** Rio De Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem Através Dos Tempos. Obstáculos E Preconceitos À Sua Implementação No Brasil** In Garcez, José Maria Rossini (Org.). **A Arbitragem Na Era Da Globalização.** Rio De Janeiro: Forense, 2003.

MATOS, Federico Nunes de. **A constitucionalidade da arbitragem na ordem jurídica brasileira: análise doutrinária e jurisprudencial.** Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 8, n. 5, p. 205-243, 2022.

MIURA, Artur Mitsuo; Vidal, Rodrigo Cesar Nasser. **A Relativização Do Princípio Kompetenz-Kompetenz Pelo STJ: Um Breve Comentário Ao Julgamento Do Recurso Especial 1.602.076/Sp,** In: Revista Jurídica Da Escola Superior De Advocacia Da OAB - PR, Edição 02, Paraná. 2016.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral.** 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-16082011-161411.

MORAIS, José Luis Bolzan De. **Mediação E Arbitragem: Alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 1999.

NANNI, Giovanne Ettore. **Direito Civil e Arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10^a Ed. São Paulo: RT, 2007.

NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. **Third-Party Funding In International Arbitration.** 2. Ed. Kluwer Law International, 2017.

NUNES PINTO, José Emílio. **Cláusulas arbitrais patológicas – esse mal tem cura.** Informativo Incijur. Joinville, ano VI, n. 68, 2005.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema.** São Paulo: Atlas, 2012.

PARK, William. **Non-Signatories and International Arbitration: An Arbitrators Dilemma.** In: Bishop, R. D.; Macmahon, B.; Permanent Court Of Arbitration (Eds.). **Multiple Party Actions In International Arbitration.** 1. Publ Ed. Oxford: Oxford Univ. Press, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. atualizadora e colaboradora Caitlin Mulholland. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PITOMBO, Eleonora Coelho. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz No Brasil.** In: Arbitragem: Estudos Em Homenagem Ao Prof. Guido Fernando Da Silva Soares, In Memoriam. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona E Pedro Batista Martins (Coords.). São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, F. **Comentários ao código de processo civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

RAMALHO, Matheus. **Arbitragem Na Perspectiva do Ordenamento Jurídico Brasileiro.** In: Congresso Nacional Do Conpedi, 23., 2014, Paraíba. Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível Em: <Http://Publicadireito.Com.Br/Artigos/?Cod=E63e28f4e0b0bb9c>.

SALLES, Carlos Alberto de. **Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada.** In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. **Existe um consenso internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal consenso?** In: MARTINS, Pedro B. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

SCALETSCKY, Fernanda et al. **Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral.** In: Revista De Direito Empresarial, Vol. 3, P. 321-351-393, Mai-Jun, São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais. 2014.

SCAVONE, Luiz Antonio Jr. **Manual de Arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMIDT, Gustavo; Brantes, Daniel; Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei De Arbitragem.** 1. Ed. Rio De Janeiro: Forense. Método, 2021.

SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho Para Crise do Judiciário.** Barueri, Sp: Editora Manole. 2005. P 19-20.

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.

TIMM, Luciano Benetti; Guarisse, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos.** In: Timm, Luciano Benetti (Org.). Direito E Economia No Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Arbitragem e Insolvência.** In: Lamachia, Claudio (Coord.) *Estudos De Direito Empresarial*. Brasília: Oab, Conselho Federal, 2019

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnoldo. **A Crise e a Arbitragem no Direito Societário e Bancário.** Rab 20/12-13.

WALD, Arnoldo. **Os Aspectos Formais da Convenção de Arbitragem (Comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro).** In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **The "Interclínicas Case": Brazil's Superior Court of Justice rules on the arbitrability of disputes involving bankruptcy companies and reaffirms the principle of kompetenz-kompetenz.** Expert Commentaries, LexisNexis-Research resolutions-Sept. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** Vol. I, 12^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8, p. 165-185