



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS E SEUS REFLEXOS NA ARBITRAGEM

por

RENATA AULER MONTEIRO

ORIENTADOR: André Chateaubriand Martins

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS E SEUS REFLEXOS NA ARBITRAGEM

por

RENATA AULER MONTEIRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: André Chateaubriand Martins

2017.2

*À minha avó, Hélvia, por
ter me transmitido dois
dos seus mais valiosos
ensinamentos – o amor
pelos estudos e a coragem
de ir além.*

AGRADECIMENTOS

Agradecer é o momento mais especial de terminar essa tarefa. É reconhecer que, sem o auxílio e o incentivo de tantas pessoas queridas a concretização desse objetivo jamais seria possível.

Em primeiro lugar agradeço à minha família — aos meus pais, pelo exemplo de excelência profissional e por sempre incentivarem o meu progresso, ao meu irmão, pelo apoio e amizade incondicionais, à minha avó, pelos ensinamentos de vida, e à minha querida “Tia” Ana, por ter sempre instigado em mim a vontade de ir mais longe.

Agradeço ao meu orientador, professor, chefe e amigo, André Chateaubriand, por ter me transmitido os seus valiosos ensinamentos durante os últimos anos, e me auxiliado na busca pelos meus sonhos acadêmicos e profissionais.

Com não menor ênfase, agradeço ao Sergio Bermudes, pela oportunidade de estagiar na mais prestigiada escola da advocacia contenciosa e por me oportunizar o acesso à sua estimada biblioteca, sem a qual não conseguiria escrever uma única linha destas páginas.

Agradeço, ainda, aos advogados queridos com quem tive a oportunidade de cruzar ao longo da minha trajetória profissional e que souberam me transmitir com muito carinho uma parcela do seu conhecimento — Octávio Fragata, Lauro Gama, Fernanda Pantoja, Marcelo Carpenter, Frederico Ferreira, Maria Salgado e Gustavo Schmidt.

Por fim, agradeço aos meus colegas do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA/CBMA) e do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional (GEADICI PUC-Rio), pelo apoio e companheirismo ao longo dessa trajetória. Dentre eles, um agradecimento especial aos queridos Bruno Teixeira, Matheus Oberg e Marina Vilela por acreditarem em mim — devo à vocês uma parcela de tudo o que conquistei profissionalmente até hoje.

RESUMO

MONTEIRO, Renata Auler. **A Insuficiência de Recursos Financeiros e seus Reflexos na Arbitragem**. Rio de Janeiro: 2017: 56p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os reflexos da insuficiência de recursos financeiros da parte no cumprimento de convenção arbitral previamente pactuada. Considerando-se a natureza contratual da arbitragem e a sua adoção voluntária, que implica no afastamento da jurisdição estatal, a incapacidade de pagamento das custas procedimentais pode dar ensejo ao surgimento de conflito entre dois princípios básicos de direito: o princípio do *pacta sunt servanda*, referente à força vinculativa dos contratos, e o princípio do acesso à justiça que, complementado pelo dever de tratamento igualitário entre as partes, impossibilita a negativa de prestação jurisdicional a qualquer uma delas.

Tendo em vista a inexistência de posicionamento claro por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, propõe-se a análise dos entendimentos adotados por diferentes jurisdições – mais especificamente, Alemanha, França, Portugal, Inglaterra e Estados Unidos – a partir da perspectiva do direito comparado. Observadas as particularidades de cada um, será possível concluir que o conflito de princípios oriundo da impecuniosidade de uma das partes signatárias da convenção de arbitragem pode ser abordado de duas formas distintas: (i) a partir da mitigação dos efeitos da cláusula compromissória, permitindo que a parte carente de recursos financeiros recorra ao Poder Judiciário a fim de ter a sua demanda apreciada; e (ii) a partir da preservação dos efeitos da cláusula compromissória, observado o princípio da competência-competência do árbitro, que confere à ele — e somente à ele — o poder de decidir sobre a sua própria jurisdição.

Por fim, serão propostas algumas medidas passíveis de solucionar a questão da denegação da justiça, a serem aplicadas na hipótese de preservação dos efeitos da convenção de arbitragem, mesmo quando comprovada a insuficiência financeira de uma das partes para arcar com os custos do procedimento arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Impecuniosidade. Cláusula Compromissória. *Pacta Sunt Servanda*. Acesso à Justiça. Poder Judiciário. Princípio da Competência-Competência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – ARBITRAGEM: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS.....	11
1.2 Conceito e natureza jurídica.....	11
1.2 Arbitragem como meio de acesso à justiça	13
1.3 O princípio da competência-competência do árbitro	17
1.4 As custas arbitrais.....	19
CAPÍTULO 2 - A IMPECUNIOSIDADE COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA.....	22
2.1 A impecuniosidade	22
2.2 A convenção de arbitragem.....	24
2.3 O conflito entre os princípios <i>pacta sunt servanda</i> e do acesso à justiça	26
CAPÍTULO 3 - OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO	29
3.1 A perspectiva alemã	29
3.2 A perspectiva portuguesa	31
3.3 A perspectiva inglesa	33
3.4 A perspectiva americana	35
3.5 A perspectiva francesa	38
3.6 A perspectiva brasileira	39
CAPÍTULO 4 – SOLUÇÕES	43
4.1 O financiamento da arbitragem	43
4.1.1 Adiantamento das custas pela parte solvente	43
4.1.2 Third-party funding	43
4.2 Soluções alternativas	44
4.2.1 Métodos autocompositivos de solução de conflitos	44
4.2.2 Assistência profissional gratuita.....	45
4.2.3 Arbitragem expedita	48
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

Lista de Abreviações

AC – Apelação Cível

AG – Agravo de Instrumento

CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil

CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

CC – Código Civil

CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CCI – Câmara de Comércio Internacional

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

j. – Julgado

LBA – Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/96)

Min. – Ministro

p. – Página

pp. – Páginas

Rel. – Relator

Resp – Recurso Especial

Rext – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJGO – Tribunal de Justiça de Goiás

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

Em vigor no Brasil há mais de 20 anos, a Lei Brasileira de Arbitragem¹ (“LBA”) teve a virtude de consolidar um novo meio de resolução de conflitos que destaca-se, não apenas pela sua eficiência e celeridade, mas, sobretudo, por ser uma alternativa à via judicial, que encontra-se extremamente assoberbada por excessiva demanda de processos.

Muitos avanços foram conquistados pela LBA desde a sua promulgação, especialmente em razão do posicionamento do Poder Judiciário, que firmou entendimentos favoráveis ao instituto. Contudo, o rápido crescimento da arbitragem no país colocou em pauta questões que não foram tratadas pelo legislador e que demandam um posicionamento da doutrina e da jurisprudência a fim de lhe conferir maior segurança jurídica e eficácia.

Dentre elas, possui especial relevância a dúvida acerca do tratamento a ser conferido às partes impecuniosas em arbitragem. Isto porque, entre o momento da formação do negócio jurídico, quando costuma ser celebrada a cláusula compromissória, e a instauração do litígio, é comum que transcorra um lapso temporal considerável, durante o qual a situação econômico-financeira das partes pode se alterar substancialmente.

Nos casos em que essa alteração se dê a ponto de impossibilitar o pagamento das custas arbitrais, em razão da insuficiência de recursos financeiros, surge uma situação paradoxal para a parte que pretender iniciar a arbitragem — ao mesmo tempo em que se encontra vinculada à uma convenção que a obriga a resolver o litígio pela via arbitral, sem a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, em razão do efeito negativo da cláusula compromissória, não é capaz de instaurar o procedimento pela incapacidade de suportar as altas cifras envolvidas.

¹ Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Nesse sentido, encaixam-se com perfeição as palavras de Sir James Mathew, juiz irlandês do século XIX, cuja célebre frase “*justice is open to everyone in the same way as the Ritz Hotel*”², ilustra a realidade das partes impecuniosas na arbitragem — ainda que a justiça esteja à sua disposição, não podem se valer dela pela simples insuficiência de meios.

E se por um lado, fazer prevalecer a força obrigatória da convenção de arbitragem implica na privação da parte impecuniosa da possibilidade de ter a sua demanda apreciada, em manifesta contrariedade ao direito fundamental de acesso à justiça, por outro, admitir-se a insuficiência de recursos financeiros como justificativa para a mitigação dos efeitos da cláusula compromissória significa abrir espaço para a adoção de estratégias desleais e protelatórias, capazes de fragilizar consideravelmente o instituto da arbitragem.

Surge então o conflito entre dois princípios básicos de direito — o princípio do *pacta sunt servanda*, referente à força vinculativa dos contratos, e o princípio do acesso à justiça que, complementado pelo dever de tratamento igualitário entre as partes, impossibilita a negativa de prestação jurisdicional a qualquer uma delas.

Ao direcionar essa questão ao Poder Judiciário, o juiz estatal terá, então, duas formas de solucionar a matéria, mediante a ponderação dos princípios acima elencados — reter jurisdição sobre a disputa, mediante o reconhecimento de nulidade ou invalidade da convenção arbitral, ou direcionar as partes à arbitragem, em observância à cláusula celebrada.

A fim de analisar estas questões e propor possíveis soluções direcionadas à harmonização entre o instituto da arbitragem e o direito de acesso à justiça, o presente trabalho será introduzido por um capítulo dedicado ao estudo desse meio de resolução de conflitos, no qual serão apresentados o seu conceito, natureza jurídica e principais características.

Em um segundo momento, serão abordados os aspectos e consequências da impecuniosidade de uma das partes sobre a convenção de

² Em tradução livre: “a justiça está aberta a todos, assim como o Hotel Ritz”.

arbitragem pactuada, bem como o exercício de ponderação a ser feito no âmbito do conflito de princípios que circunda a matéria.

Mais adiante, tendo em vista a inexistência de posicionamento claro por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, será proposta uma análise dos entendimentos adotados em diferentes jurisdições — mais especificamente, Alemanha, França, Portugal, Inglaterra e Estados Unidos — a partir da perspectiva do direito comparado.

Por fim, baseando-se em todo o estudo apresentado, serão propostas soluções que busquem privilegiar o instituto da arbitragem, de modo a preservar os efeitos da cláusula arbitral pactuada entre as partes, sem trazer prejuízos àqueles que, em razão da insuficiência de recursos financeiros, não forem capazes de suportar as custas de um procedimento arbitral.

CAPÍTULO 1 – ARBITRAGEM: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

1.2 Conceito e natureza jurídica

A arbitragem é o método de resolução de controvérsias por meio do qual as partes confiam a um ou mais árbitros a missão de resolver, sem a intervenção do Estado, questão que lhes é posta, por meio de pronunciamento destinado a assumir eficácia de sentença judicial.^{3 4} Trata-se, portanto, de um instrumento heterocompositivo de solução de litígios, decorrente de ato voluntário das partes, o qual deve ser manifestado por escrito, na forma de uma convenção de arbitragem.

Para se valerem desse mecanismo, os interessados devem ser capazes de contratar, estando o objeto dos conflitos limitado aos de natureza patrimonial e disponível, conforme disposto na LBA⁵ e corroborado pelo Código Civil⁶.

Sendo um mecanismo pautado na autonomia da vontade das partes, possuem elas liberdade para apontar o direito — material e processual — que deverá ser aplicado à controvérsia, sendo-lhes facultado, ainda, optar pelo julgamento por equidade ou “*com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio*”.⁷

No que diz respeito à natureza jurídica da arbitragem, divergem os estudiosos, os quais se dividem entre duas principais teorias — a contratualista, ou privatista, e a jurisdicionalista, também conhecida como

³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2007, p. 33.

⁴ Na definição de Matthieu Boisseau: “L’arbitrage est l’institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges.” (*Le Droit Français de L’arbitrage*, Paris: Guide Loyrette Nouel Joly, 1990, p. 5).

⁵ Art. 1º, LBA: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁶ Art. 851, CC: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Art. 852, CC: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

⁷ LBA, art. 2º.

publicista. Os que defendem a primeira classificação⁸ entendem a arbitragem como um negócio jurídico, por meio do qual as partes contratam um terceiro que, exercendo a função de árbitro, conduzirá o processo a fim de sentenciá-lo. Nesse sentido, o julgador funcionaria como um mandatário comum das partes e o seu laudo, como uma manifestação da vontade destas.⁹

Por outro lado, aqueles que defendem a teoria jurisdicionalista, percebem a arbitragem como verdadeira atividade jurisdicional, partindo do pressuposto de que a administração da justiça seria um serviço público e que a jurisdição dos árbitros somente deveria ser admitida se integrada a tal serviço. Assim, a decisão arbitral se equipararia a um julgamento, resultado da condução de um procedimento que observe as regras do devido processo legal e da imparcialidade.¹⁰ Do mesmo modo, as atividades desempenhadas pelos árbitros possuiriam exatamente as mesmas características daquelas realizadas pelos juízes togados.¹¹⁻¹²

Não obstante as divergências doutrinárias a respeito da matéria, verdade é que, desde a promulgação da LBA, há mais de 20 anos, o instituto teve a virtude de se consolidar como um novo meio de resolução de conflitos que, destacando-se pela sua eficiência e celeridade, assumiu

⁸ Destacam-se, dentre os seus defensores, Chiovenda e César Fiuza, os quais expressam os seus entendimentos em: CHIOVENDA, Giuseppe. *La Riforma del Procedimento Civile*. Roma, 1911, p. 4, *apud Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil de 1973* e FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, nº 5.3, pp. 123-124.

⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 2-5.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol.1, 2014, pp. 833-844

¹¹ ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: *Arbitragem nacional e internacional — os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas*, coord. PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin. São Paulo: Elsevier, 2012, pp. 1-10.

¹² Ainda que defenda a natureza jurisdicional da arbitragem, pontua Arruda Alvim sobre as diferenças entre a arbitragem e o processo judicial: “A disciplina da arbitragem sofre algumas limitações comparativamente à do processo judicial, em especial quanto à largueza da substitutividade. Apesar de ter função adjudicatória, o árbitro limita-se a estabelecer as providências coercitivas (v.g. multa diária, busca e apreensão, comparecimento de sua testemunha sob pena de condução coercitiva, etc.) ao cumprimento de suas decisões. A realização prática (ou seja: a execução forçada) de tais providências em casos de descumprimento demanda, invariavelmente, a atuação judicial” (Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129/15*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 133-144).

relevante espaço na ordem jurídica brasileira, crescendo exponencialmente a cada ano.

1.2 Arbitragem como meio de acesso à justiça

Apesar de não se tratar de uma inovação jurídica em âmbito internacional¹³ e tampouco no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴, a arbitragem apenas se consolidou como meio de resolução de conflitos no Brasil com a promulgação da Lei nº 9.307/96¹⁵, seguida da declaração de sua constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2001.¹⁶

Até então, o instituto enfrentava dois grandes obstáculos impostos pela lei brasileira à sua utilização — o silêncio do legislador quanto ao conceito de cláusula compromissória (os Códigos de Processo Civil e Direito Civil não possuíam qualquer previsão a respeito) e a imposição de

¹³ Os primeiros registros escritos a fazerem referência à utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias datam da época do Código de Hamurabi, por volta do século XVIII a.C. O diploma, em diversas passagens, conferia ao “ancião”, figura semelhante ao árbitro, a função decisória. Outras referências podem ser encontradas na Grécia Antiga, tanto na mitologia grega, quanto em registros legais que indicam a nomeação de particulares a mandatos, conferindo a eles o exercício da função jurisdicional estatal. As características atuais da arbitragem, como a valorização da autonomia da vontade das partes e a celebração de um compromisso com a finalidade de indicar um árbitro para resolver litígios, somente começaram a tomar forma no direito romano. Sobre o desenvolvimento histórico da arbitragem: VALLE, Martim Della. *Arbitragem e Equidade – uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

¹⁴ A possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos no Brasil já constava da primeira Constituição Brasileira, datada de 1824, que determinava, em seu artigo 160: “*Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*”.

¹⁵ Sobre a *Operação Arbiter*, movimento iniciado pelo Dr. Petrônio Muniz com a finalidade de elaborar o anteprojeto de lei de arbitragem, que deu origem à Lei nº 9.307/96, discorre Carlos Alberto Carmona: “*por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a Operação Arbiter, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado [até então, haviam sido criados três anteprojetos de lei, em 1981, 1986 e 1988, nenhum dos quais chegou a tramitar no Congresso Nacional], elaborando um anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias.*” (CARMONA, pp. 27-29)

¹⁶ “*À promulgação da Lei 9.307/1996 logo se seguiu a arguição de inconstitucionalidade de seus principais dispositivos perante o Supremo Tribunal Federal, que somente em dezembro de 2001, após estratégia bem pensada que incluiu até aguardar a aposentadoria de ministros contrários à nova lei, decidiu, por maioria, pela constitucionalidade plena da Lei de Arbitragem. Na sequência, o governo brasileiro ratificou a Convenção de Nova York, inserindo o Brasil no cenário internacional da arbitragem.*” (GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da Lei 9.307/1996. in A Reforma da Arbitragem. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, pp. 4-19).

homologação judicial do laudo arbitral, que conferiam insegurança jurídica e ineficácia à arbitragem.

Superadas essas questões e instituído o marco legal da arbitragem no Brasil, o instituto veio se consolidando ao longo dos seus aproximadamente 21 anos de vigência no país, de modo que passou a exercer papel de destaque como meio de solução de litígios nacionais e internacionais.¹⁷ Dados da pesquisa “*Arbitragem em Números e Valores*” elaborada por Selma Ferreira Lemes, uma das autoras da LBA, indicam que somente entre 2015 e 2016, os valores discutidos em arbitragem no Brasil cresceram exponencialmente, mais que dobrando de um ano para outro (R\$ 10,72 bilhões para R\$ 24,27 bilhões).¹⁸ No mesmo período, o número de procedimentos instaurados cresceu 12%, totalizando aproximadamente 609 arbitragens em andamento nas principais câmaras do país.¹⁹

Dentre os elementos que justificam o rápido crescimento da utilização da arbitragem no Brasil, está a lentidão do Poder Judiciário brasileiro, perante o qual tramitam aproximadamente 74 milhões de processos e cujos números de demandas a serem solucionadas a cada ano superam os números de casos julgados, conforme indicam os dados de 2016 disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁰

A demora na prestação jurisdicional, o acúmulo de processos que sufocam o Judiciário e as dificuldades no acesso, administração e realização da justiça fazem surgir o desapontamento das partes e a perda na confiança sobre a validade dos seus direitos. Este cenário, que afasta investidores,

¹⁷ Segundo o ranking da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de 2016, o Brasil é o 3º país com maior número de partes envolvidas em arbitragem no mundo. Informação disponível em: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>, último acesso em 24.10.17.

¹⁸ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. N.p., 2017. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf, último acesso em 24.10.17.

¹⁹ Foram considerados, para fins da pesquisa, dados fornecidos pelas seguintes câmaras: Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM), Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo – CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BOVESPA), Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).

²⁰ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

restringe o crédito, aumenta o custo de produção e a insegurança jurídica, coloca em dúvida o real cumprimento do princípio do acesso à justiça, direito conferido constitucionalmente à todos os cidadãos.²¹

Apesar da crise do Poder Judiciário ser expressiva no Brasil, não é uma particularidade do país. Por essa razão, iniciou-se, sobretudo a partir da década de 70, um movimento universal de acesso à justiça, voltado a trazer um novo enfoque à ciência jurídica, motivando diversos países no mundo a realizar uma verdadeira reforma legislativa em seus ordenamentos jurídicos.

Liderando essa iniciativa e visando solucionar o histórico embaraço do setor litigioso civil, que resultava em barreiras econômicas, organizacionais e processuais para a resolução de conflitos, Mauro Cappelletti e Bryan Garth criaram, por meio do seu estudo e obra “*Acesso à Justiça*”²², o denominado movimento das três ondas, que propunha ferramentas capazes de superar as dificuldades e obstáculos que tornavam inacessíveis à tantas pessoas as liberdades civis e políticas.²³

O principal obstáculo identificado pelo movimento de acesso à justiça foi o obstáculo econômico — a pobreza de muitas pessoas impedia que possuísem alguma ou qualquer informação sobre as leis e sobre a representação adequada. Para enfrentar essa barreira, a primeira onda propôs a disponibilização, pelo Estado, de assistência judiciária gratuita à camada mais pobre da população, bem como a utilização de quadros do Ministério Público e da Procuradoria de Justiça, como forma de melhor atender a necessidade de representação desse núcleo da sociedade.

O segundo obstáculo observado foi o organizacional, consubstanciado nas dificuldades de o indivíduo, isoladamente, buscar a tutela jurisdicional para satisfazer direitos que, por sua natureza, deveriam ser tratados coletivamente. De modo a solucionar este problema, procurou-

²¹ LEMES, Selma Ferreira. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil*. N.p., 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>, último acesso em 24.10.17.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice – A world survey*, vol. I, livro I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça*. Revista Forense, v. 326, Rio de Janeiro: 1994, pp. 121-130.

se incrementar os mecanismos de defesa de direitos difusos e coletivos, como forma de proteger determinadas classes ou categorias. Alguns exemplos das ferramentas utilizadas por essa segunda onda foram a criação das funções institucionais do Ministério Público, bem como as proteções legais previstas no Código do Consumidor e na Lei de Abuso do Poder Econômico.²⁴

O último obstáculo identificado pelo estudo foi a inadequação dos tipos ordinários de procedimento para a solução de determinados litígios. A terceira onda, portanto, representa a busca de instrumentos alternativos que direcionem a resolução desses conflitos para fora das arenas judiciais, através de sistema informal, no qual prevaleça a autonomia da vontade das partes. Nesse contexto, destacaram-se como meios de composição de conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Percebe-se, portanto, a existência de uma tendência contemporânea inclinada a reformar os procedimentos tradicionais, de modo a incentivar o uso das vias alternativas, ou extrajudiciais, como complemento às funções estatais. Estas são opções à jurisdição, que permitem ao Estado exercer tal atividade de forma mais adequada e competente.

É nesse contexto de busca pelo acesso à justiça, que se insere a arbitragem. Calcada na liberdade das partes de contratar, ela representa uma garantia de entrada ao justo processo, sem entraves e delongas, apto a proporcionar resolução do conflito com rapidez e segurança, diferentemente do cenário que as partes encontram ao ingressar com a sua demanda perante o Poder Judiciário.²⁵

Essas circunstâncias, somadas à sedimentação da jurisprudência — sobretudo do Superior Tribunal de Justiça — que vem firmando entendimentos favoráveis ao instituto, criam um ambiente propício ao

²⁴ MARTINS, Pedro Batista. Acesso à Justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 1-14.

²⁵ REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5. São Paulo: RT, 2005, pp. 11-13.

crescimento e aperfeiçoamento da arbitragem como método de resolução de conflitos e canal de acesso à realização da justiça, cujo principal objetivo é garantir o oferecimento de uma prestação jurisdicional adequada às partes.

1.3 O princípio da competência-competência do árbitro

O princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*) determina, em termos gerais, que o árbitro, ou tribunal arbitral, detém o poder para analisar e decidir qualquer questionamento que venha a surgir acerca da sua própria competência.²⁶ Consagrado no artigo 8º da LBA — o qual estabelece 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*” — este princípio funciona como uma ferramenta pró-arbitragem²⁷, que se tornou quase universalmente aceita, graças à previsão constante na Lei Modelo da UNCITRAL.^{28 29}

Como consequência desse princípio, podemos destacar a produção de dois principais efeitos: o efeito positivo, consistente na permissão de que o árbitro decida sobre a sua própria competência, e o efeito negativo³⁰, que afasta a jurisdição do Poder Judiciário para fazê-lo, mas apenas em

²⁶ Dentre as questões referentes à competência do árbitro que podem vir a surgir, e que estão necessariamente sob a sua jurisdição, pode-se citar eventuais impugnações a respeito da sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, da validade da cláusula compromissória, entre outros.

²⁷ “The concept is important in practice because without it a party could stall the arbitration at any time merely by raising a jurisdictional objection that could then only be resolved in possibly lengthy court proceedings.” (HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E., et. al. *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International, 2015, pp. 29-157).

²⁸ “Article 16 of the Model Law is entitled “Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction,” and is contained in Chapter IV of the Model Law, which is in turn entitled “Jurisdiction of Arbitral Tribunal.” Article 16 expressly grants arbitrators competence-competence to consider challenges to their own jurisdiction, including challenges to the existence and validity of the arbitration agreement.” (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 1.059 – 1.061).

²⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

³⁰ ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 06. São Paulo: IOB, 2005, pp. 52-64.

momento inicial³¹, tendo em vista que cabe a ele a revisão da decisão arbitral, caso uma das partes entenda que a sentença está eivada de nulidade, consoante autorização conferida pela lei³², em seus artigos 32 e 33.³³

A única hipótese em que o juiz poderá conhecer sobre a competência do árbitro antes de o árbitro ter a oportunidade de fazê-lo é se for proposta uma ação judicial sobre o mérito da disputa e o réu trazer uma preliminar de exceção de arbitragem antes do início de um procedimento arbitral. Nesse caso, a competência é do juiz para decidir desde logo a questão.³⁴

A doutrina, de todo modo, ainda não apresentou posicionamento consolidado quanto aos limites dos poderes investigativos do juiz acerca da validade da cláusula compromissória. Emmanuel Gaillard, professor parisiense, entende que o juiz somente pode declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, sem a necessidade de maior exame.³⁵ No mesmo sentido, defende Carlos Alberto Carmona:

“(…) poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução

³¹ “Compete ao juízo arbitral examinar a cláusula compromissória no plano da existência, validade e eficácia do negócio jurídico, em primazia a uma eventual (e futura) análise do Poder Judiciário” (REsp nº 1.431.391/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25/05/17, DJe 07/06/17).

³² “Es el árbitro quien debe decidir primero sobre su jurisdicción, sujeto a la revisión judicial final al momento de nulidad o ejecución, so pena de no dar efectos a la voluntad de las partes”. (COSSIO, Francisco González de. *El principio compétence-compétence revisitado*. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 16, São Paulo: IOB, 2007, pp. 100-122)

³³ LBA, Art. 32: “É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

Art. 33, *caput*: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

³⁴ LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XII, nº 48, 2015, pp. 22-38.

³⁵ Palestra proferida por Emmanuel Gaillard, em 08 de outubro de 2003, no III Congresso Internacional de Arbitragem Comercial (Rio de Janeiro), sobre o tema “O acordo de arbitragem na Convenção de Nova York” e mencionada por Carlos Alberto Carmona em *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2007, pp. 160-162.

probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convenio arbitral”.³⁶

O objetivo do princípio da competência-competência, portanto, é o de evitar eventual abuso de direito de uma das partes que, interessada em postergar a instauração da arbitragem, queira direcionar a solução do litígio ao Poder Judiciário.³⁷

Pode-se dizer, assim, que esta regra, complementada pelo princípio da autonomia da cláusula compromissória — o qual determina que a convenção de arbitragem é independente do contrato no qual se encontra inserida, de modo que a nulidade de um não implica, necessariamente, na nulidade do outro —, busca conferir máximo efeito à convenção de arbitragem e à escolha das partes de resolver os seus conflitos pela via arbitral.³⁸

1.4 As custas arbitrais

A LBA, respeitando a natureza privada da arbitragem, confere ampla autonomia às partes contratantes para deliberar sobre o pagamento das custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, seja diretamente na redação da convenção de arbitragem, seja na escolha de um regulamento que disporá sobre a matéria. Caso assim não o façam, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, quando da prolação da sentença, decidir sobre a responsabilidade das partes acerca do pagamento dos valores, bem como sobre a eventual aplicação de multa por litigância de má-fé.³⁹

Fundamental, então, definir os conceitos de custas e despesas no âmbito de um procedimento arbitral. As custas dizem respeito aos gastos

³⁶ Op. cit.

³⁷ LONGO, Samantha Mendes. *Mitigação do princípio da kompetenz-kompetenz: art. 8º, parágrafo único e art. 20 da Lei 9.307/96*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 9, nº 35. São Paulo: RT, 2012, pp. 360-380.

³⁸ DIMOLITSA, Antonias. *Autonomie et Kompetenz-kompetenz*. *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 1998, pp. 305-358.

³⁹ LBA, Art. 27: “A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.”

administrativos incorridos comumente pelas partes relativos à instauração e ao desenvolvimento da arbitragem — a título de exemplo, pode-se mencionar o montante despendido com a taxa de administração da câmara de arbitragem, os honorários dos árbitros e a remuneração dos peritos que venham a ser indicados pelo próprio tribunal arbitral. As despesas, por sua vez, são referentes aos gastos particulares incorridos pelas partes, incluindo os honorários dos advogados, assistentes técnicos, pareceristas, além de gastos com viagens e hospedagem, se necessários.⁴⁰

Segundo pesquisa realizada em 2015 pela CCI⁴¹, do montante total incorrido pelas partes em função do procedimento, 2% representam o valor pago para a câmara a título de taxa de administração, 15% o pagamento dos honorários dos árbitros e 83% às despesas incorridas pelas partes ao longo do desenvolvimento do feito — sendo algumas dessas informações disponibilizadas de antemão pelas próprias instituições arbitrais, em suas tabelas de custas e de honorários de árbitros.

A forma de pagamento das custas e despesas envolvidas no procedimento também costuma ser disciplinada de modo razoavelmente completo nos regulamentos das câmaras de arbitragem. Segundo as regras das principais instituições atuantes no Brasil, é dever das partes ratear o valor das custas no início da arbitragem, podendo a parte vencedora ser eventualmente restituída pela parte vencida, ao final do procedimento, caso assim disponham os árbitros na sentença.⁴²

O não pagamento das custas, por sua vez, acarreta diferentes implicações, as quais variam de acordo com a lei aplicável e ao regulamento da câmara escolhida pelas partes. Caso a regra da instituição determine que o pagamento das custas deva ser dividido entre os litigantes, mas apenas um deles honrar o compromisso, costuma ser facultado à parte

⁴⁰ CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 209-216.

⁴¹ ICC, International Chamber of Commerce. ICC Commision Report: Decisions on Costs in International Arbitration. *ICC DisputeResolution Bulletin*, 2ª ed., 2015.

⁴² Dentre as instituições que possuem regulamentos com disposições nesse sentido, é possível citar: CCI, CCBC, CAMARB e CBMA.

adimplente efetuar o pagamento do restante, a fim de evitar que o feito venha a ser extinto sem a resolução do mérito. Se a ausência de pagamento tiver como fundamento a insuficiência de recursos financeiros da parte interessada na instauração do litígio e a parte contrária não queira adiantar o pagamento das suas custas, outras medidas poderão ser adotadas, conforme será mais bem abordado ao final do presente trabalho.

CAPÍTULO 2 - A IMPECUNIOSIDADE COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 A impecuniosidade

A impecuniosidade é um termo genérico, sem definição legal⁴³, que pode se referir a diferentes situações, todas baseadas na ausência ou insuficiência de recursos financeiros.⁴⁴ No âmbito da arbitragem, a impecuniosidade tem como principal consequência a denegação da justiça, caracterizada pela vinculação das partes à cláusula compromissória, somada à impossibilidade de resolução da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Exatamente em razão da ausência de uma definição precisa do que seria a impecuniosidade, a análise dos seus reflexos sobre a convenção de arbitragem, torna-se tão complexa. O fato da parte se encontrar em dificuldade financeira não significa, necessariamente, ausência absoluta de recursos para suportar os custos de um procedimento arbitral. Desse modo, para que seja caracterizada a violação do princípio do acesso à justiça, faz-se extremamente necessária a efetiva comprovação da debilidade financeira da parte.

A fim de esclarecer a questão, o Professor Klaus Sachs, titular da cadeira de arbitragem internacional da Universidade Ludwig-Maximilian de Munique e autor de renomado estudo sobre a matéria, descreveu algumas situações que definiriam uma parte impecuniosa (ou, em suas palavras, “*weak party*”) na arbitragem: (i) o requerido no litígio, que possui recursos para financiar a sua defesa, mas não para pagar sua parcela das custas

⁴³ MOYANO, Juan Pablo. *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, vol. 34, 2017, pp. 631-652.

⁴⁴ Importante destacar a diferenciação entre os termos “impecuniosidade” e “insolvência”. De acordo com Klaus Sachs: “Contrary to impecuniosity, which is a rather vague term, insolvency can be assessed on an objective and legal level, i.e. with clear and established rules. It can be defined as organized proceedings to realise and liquidate the assets of a debtor among his creditors, following the declaration of insolvency by a court or state agency. Its official character and procedure clearly distinguishes insolvency from impecuniosity.” (SACHS, Klaus. International Arbitration and State Sovereignty. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IV, 2007, pp. 98-106)

procedimentais; (ii) o requerido do litígio que não possui recursos para financiar a sua defesa, nem tampouco a sua parcela das custas procedimentais; (iii) o potencial requerente de uma arbitragem, que não possui recursos para financiar a sua parcela das custas procedimentais e, por essa razão, não instaura o procedimento; (iv) o requerente que possui recursos para financiar a sua parcela das custas procedimentais, mas não para adiantar a parcela da parte contrária, que se recusa ou se diz impossibilitada de pagar e, por fim, (v) um dos requerentes, mas não todos, ou um dos requeridos, mas não todos, que não possui recursos para financiar a sua defesa, nem tampouco a sua parcela das custas procedimentais.⁴⁵

Infelizmente, pouco dizem os diplomas legais sobre como devem ser tratados os casos de impecuniosidade na arbitragem. Desse modo, identificada alguma das situações mencionadas acima, deve o juiz, com base na doutrina e na jurisprudência do local do litígio, ponderar sobre o equilíbrio de interesses das partes e o conflito de princípios inerente à situação, a fim de encontrar uma solução que seja ideal.

Ressalte-se, contudo, a importância de se estabelecer rigoroso critério probatório, uma vez que permitir a mitigação dos efeitos da cláusula compromissória sem a devida aferição do estado de debilidade financeira da parte, significa proporcionar aos litigantes dotados de má-fé, o fundamento perfeito para a adoção de estratégias desleais e protelatórias — também conhecidas como *táticas de guerrilha*⁴⁶ —, capazes de fragilizar consideravelmente o instituto da arbitragem.

⁴⁵ Op. cit. 44, pp. 98-106.

⁴⁶ Sobre as táticas de guerrilha e os prejuízos que trazem para a arbitragem, afirma Hermes Marcelo Huck: “Recusar-se ao pagamento das taxas administrativas e honorários de árbitros, mesmo com recurso para arcar com tais despesas, é comportamento pouco original. Essa recusa retarda o andamento do processo, além de transferir para a parte contrária o ônus financeiro da disputa. É incidente que pode desincentivar o seguimento da arbitragem ou mesmo decretar sua morte.” (As táticas de guerrilha na arbitragem. In: *20 anos da Lei de Arbitragem – homenagem a Petrônio Muniz*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, pp. 311-317).

2.2 A convenção de arbitragem

Tratando-se a arbitragem de instrumento heterocompositivo de resolução de conflitos, decorrente de ato voluntário das partes, a sua validade encontra-se condicionada à manifestação de vontade, por meio da elaboração de uma convenção de arbitragem⁴⁷, a qual pode se dar tanto na forma de cláusula compromissória, como de compromisso arbitral.⁴⁸

A cláusula compromissória é um pacto preliminar que, inserido no corpo de um contrato, prevê a sujeição à arbitragem de todas ou determinadas controvérsias que venham a surgir, referentes às disposições constantes daquele ajuste.⁴⁹ O compromisso arbitral, por sua vez, é um acordo firmado após a instauração do litígio, por força do qual as partes submetem a sua apreciação à arbitragem. Percebe-se, portanto, que a diferença entre as duas modalidades é tão somente temporal, sendo a primeira firmada anteriormente ao surgimento da controvérsia e a segunda, posteriormente.

Ambas as espécies de convenção de arbitragem têm como objetivo excluir a jurisdição estatal, a fim de direcionar a solução da controvérsia ao foro privado, por meio da nomeação de um terceiro isento e imparcial, que será responsável pela análise e julgamento do litígio. Assim, pode-se dizer que a convenção produz duplo efeito — efeito negativo, em face do Poder Judiciário, e o efeito positivo, em face do juízo arbitral.⁵⁰

⁴⁷ LBA, Art. 3º: “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”.

⁴⁸ TIBÚRCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. *Cláusula Compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal*. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem Doméstica e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 101-123.

⁴⁹ Na definição de Caio Mário da Silva Pereira: “*pacto preliminar, pelo qual se estabelece que, na eventualidade futura de uma divergência, os interessados deverão recorrer ao juízo arbitral.*” (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, 1997, p. 191) e, nas palavras de Carlos Alberto Carmona: “*pacto através do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica*” (Op. cit., pp. 34-37).

⁵⁰ LEMES, Selma. *Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem, características, efeitos e funções*. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf, 2006, último acesso: 22.10.17.

A opção pela arbitragem representa, portanto, uma exceção à regra de acesso irrestrito ao Poder Judiciário que, em razão do seu efeito vinculante, requer uma previsão clara e objetiva. Nesse sentido, podemos mencionar como características da convenção de arbitragem, a necessidade que seja elaborada na forma escrita⁵¹; a vedação de conteúdo genérico, uma vez que determinará o objeto do procedimento; autonomia em relação ao contrato no qual se encontra inserida⁵² — o que implica na impossibilidade da cláusula compromissória ser afetada pela invalidade do contrato principal, assim como na possibilidade de ser regida por uma lei diversa à lei do contrato⁵³ —; e acessoriedade, tendo em vista que a sua existência depende de uma outra relação jurídica, a principal.⁵⁴

No que diz respeito aos requisitos de validade da convenção de arbitragem, eles podem ser divididos em duas categorias — os requisitos subjetivos, referentes à capacidade das partes que a firmaram; e os requisitos objetivos, referentes à arbitrabilidade da matéria objeto do litígio, que também deverá ser possível, lícito, determinado ou determinável e apreciável economicamente.

Por meio da convenção de arbitragem, as partes estipulam, ainda, a forma como deverá ser solucionada a controvérsia, incluindo a composição

⁵¹ LBA, Art. 4º: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

⁵² LBA, Art. 8º, *caput*: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

⁵³ “The separability presumption has substantial practical, as well as analytical, importance, and has a number of closely-related consequences relating to issues of choice of law, contractual validity and competence-competence. Specifically, the consequences include: (a) the possible application of a different national law, or a different set of substantive legal rules, to the arbitration agreement than to the underlying contract; (b) the possible validity of an arbitration agreement, notwithstanding the non-existence, invalidity, illegality, or termination of the parties’ underlying contract; (c) the possible validity of the underlying contract, notwithstanding the invalidity, illegality, or termination of an associated arbitration clause; and (d) in the (mistaken) view of some authorities, the analytical foundation for the “competence-competence” doctrine, whereby the jurisdiction of the arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction is recognized. The first two of the effects of the separability doctrine – the possible applicability of different legal rules and the possible validity of the arbitration agreement, notwithstanding defects in the underlying contract – play vital roles in ensuring the efficacy of the international arbitral process.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 349 – 471.

⁵⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 157-169.

do tribunal arbitral, as regras procedimentais — que poderão ser a de uma instituição arbitral ou não, caso a arbitragem seja *ad hoc*⁵⁵ —, a lei aplicável ao mérito do litígio, entre outros elementos previstos em lei⁵⁶.

Observadas todas as formalidades necessárias à garantia da validade da convenção de arbitragem, gozará ela de força contratual, não podendo ser inadimplida, caso em que será passível de execução específica⁵⁷, nos termos do Art. 7º, da LBA.⁵⁸

2.3 O conflito entre os princípios *pacta sunt servanda* e do acesso à justiça

Em quase todas as jurisdições, o direito à assistência judiciária gratuita é uma garantia constitucional, que tem como principal objetivo evitar que a impecuniosidade de uma parte a impeça de perseguir os seus direitos. Essa assistência costuma se dar na forma da isenção de pagamento das custas judiciais necessárias ao custeio processo e, também, por meio do oferecimento de representação profissional livre de honorários.

Ocorre, contudo, que em grande parte dos países a assistência judiciária gratuita limita-se aos processos judiciais, não sendo aplicável à arbitragem. Este é o caso do Brasil, por exemplo, onde a lei que estabelece as normas para a concessão de auxílio aos necessitados — Lei nº 1.060/50 — somente é válida perante o Poder Judiciário.

Surge, então, a dúvida acerca do tratamento a ser conferido às partes impecuniosas em arbitragem. Isto porque, entre o momento da formação do negócio jurídico, quando costuma ser celebrada a cláusula compromissória,

⁵⁵ “As arbitragens podem ser processadas perante uma entidade administradora pré-constituída (*rectius*, arbitragem institucional ou administrada) ou por um árbitro ou painel de árbitros nomeados exclusivamente para aquele fim, sem a administração de qualquer entidade (i.e., arbitragem *ad hoc* ou avulsa).” (MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral – teoria e prática. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 101).

⁵⁶ LBA, Arts. 10 e 11.

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Cláusula compromissória arbitral – efeitos*. Revista de Processo, ano 26, nº 101, São Paulo: RT, 2001, pp. 191-224.

⁵⁸ LBA, Art. 7º, *caput*: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a 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”.

e a instauração do litígio, é comum que transcorra um lapso temporal considerável, durante o qual a situação econômico-financeira das partes pode se alterar substancialmente.

Nos casos em que essa alteração se dê a ponto de impossibilitar o pagamento das custas arbitrais, em razão da insuficiência de recursos financeiros, surge uma situação paradoxal para a parte que pretender iniciar a arbitragem — ao mesmo tempo em que se encontra vinculada à um acordo que a obriga a resolver o litígio pela via arbitral, sem a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, em razão do efeito negativo da convenção, não é capaz de iniciar o procedimento pela incapacidade de suportar as altas cifras envolvidas.

Instaura-se, portanto, conflito entre dois princípios básicos de direito — o princípio do *pacta sunt servanda*, referente à força vinculativa dos contratos, e o princípio do acesso à justiça que, complementado pelo dever de tratamento igualitário entre as partes, impossibilita a negativa de prestação jurisdicional a qualquer uma delas.

Tradicionalmente, uma parte não pode invocar a falta de recursos financeiros para se liberar de suas obrigações contratuais. Ademais, em matéria internacional, admitir que a crise econômica de uma parte a permita recorrer às cortes estatais em detrimento da convenção arbitral pactuada, submete a parte contrária à exata situação que ela buscava evitar quando elegeu a arbitragem como método de resolução dos seus litígios — qual seja, evitar eventuais prejuízos que possam advir de um julgamento realizado por cortes locais.

Por outro lado, fazer prevalecer a força obrigatória do contrato significa privar a parte carente de recursos da oportunidade de exercer os seus direitos, o que contraria frontalmente o princípio fundamental do acesso à justiça.

Ao direcionar essa questão ao Poder Judiciário, o juiz estatal terá, então, duas formas de solucionar a matéria, mediante a ponderação dos princípios acima elencados — reter jurisdição sobre a disputa, mediante o

reconhecimento de nulidade ou invalidade da convenção arbitral, calcada em uma perspectiva de ordem pública, ou direcionar as partes à arbitragem, em observância à cláusula celebrada.

Considerando a inexistência de um posicionamento claro por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, torna-se extremamente necessária a análise dos entendimentos adotados por diferentes jurisdições acerca da matéria — mais especificamente, Alemanha, França, Portugal, Inglaterra e Estados Unidos — a fim de que sejam propostas soluções para essa relevante questão.

CAPÍTULO 3 - OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

3.1 A perspectiva alemã

No que diz respeito à análise dos efeitos da impecuniosidade sobre a convenção de arbitragem pactuada entre as partes, a Alemanha é o país que adota postura mais liberal. Desde os anos sessenta, o Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) admite que aqueles que não tenham recursos financeiros para instaurar uma arbitragem, recorram ao Poder Judiciário a fim de ter a sua demanda apreciada. À época, bastava que uma das partes invocasse sua incapacidade financeira para que fosse conferido o direito extraordinário de rescindir unilateralmente uma convenção arbitral.⁵⁹

A postura das cortes alemãs não sofreu grandes alterações desde então. A partir do ano 2000, apenas, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que, quando uma parte não é capaz de suportar os custos envolvidos em uma arbitragem, a convenção passa a ser “impossível de ser executada”, nos termos do artigo 1.302 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*). Este dispositivo, cuja redação é idêntica à do artigo 8.1 da Lei Modelo da UNCITRAL — e, portanto, semelhante às leis de arbitragem de muitos outros países que nela se inspiraram, como é o caso do Brasil —, preceitua que:

“A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the respondent raises an objection prior to the beginning of the oral hearing on the substance of the dispute, reject the action as inadmissible unless the court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”⁶⁰

⁵⁹ CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado. *Revista del Club Español de Arbitraje*, Wolter Kluwer España, 2010, pp. 151-164.

⁶⁰ Em tradução livre: “O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até o momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz.”

Desse modo, pode-se afirmar que houve uma mudança na fundamentação adotada pelas cortes a fim de justificar o afastamento da convenção de arbitragem — ao invés de fazê-lo com base no direito extraordinário de rescisão, passou-se a adotar uma liberação *ipso jure*, ou seja, por simples força da lei.

O posicionamento adotado pelas cortes alemãs foi alvo de duras críticas por parte da doutrina. Dentre os argumentos contrários à jurisprudência da suprema corte, pode-se mencionar (i) a alegação de que a decisão não teria considerado a possibilidade das partes se utilizarem do argumento de impecuniosidade como estratégia processual, facilitando a sua adoção como uma “tática de guerrilha”; (ii) o fato de que a liberação *ipso jure* poderia, de certa forma, afastar a faculdade da parte contrária de adiantar o valor total das custas como forma de garantir a continuidade do procedimento; (iii) o silêncio do tribunal sobre a hipótese da parte impecuniosa voltar a ter saúde financeira após a invalidação da convenção de arbitragem; e (iv) a indefinição acerca da necessidade de notificação da parte contrária quando a parte impecuniosa decidir abrir mão da arbitragem para passar a perseguir os seus direitos pela via jurisdicional.⁶¹

Vale ressaltar que esse precedente é originado de um caso doméstico⁶², não tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de se manifestar sobre o conflito principiológico no âmbito da arbitragem internacional. Por essa razão, há quem sustente a possibilidade da corte reverter o seu entendimento, uma vez que a prevalência do acesso à justiça sobre a força vinculativa dos contratos torna-se mais complexa quando a via litigiosa deixa de ser considerada neutra para ambas as partes — o que

⁶¹ Sobre as críticas, discorre Gert Wagner em: Poor parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles?, in: *Financial capacity of the parties*. German Institution of Arbitration, 2007, pp. 10 – 12.

⁶² ALEMANHA. BGH, III ZR 33/2000, BGHZ 145, 116; JZ 2001, 258. P. Schlosser. Alemanha: Bundesgerichtshof, 14 de setembro de 2000.

aconteceria caso, no âmbito de uma disputa envolvendo partes estrangeiras, o litígio fosse direcionado ao Poder Judiciário local.⁶³

3.2 A perspectiva portuguesa

O conflito entre os princípios do acesso à justiça e do *pacta sunt servanda* no âmbito da arbitragem, foi primeiramente submetido ao Poder Judiciário português, em janeiro de 2000, por meio de demanda apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça do país. Na ocasião, entendeu a corte portuguesa que a superveniência de uma situação de insuficiência econômica que impossibilitasse uma das partes de suportar as despesas com a constituição e funcionamento de um procedimento arbitral, constituiria causa legítima de descumprimento da convenção. O acórdão proferido destacou que:

“Quando uma das partes, sem culpa sua, deixa de ter meios de custear as despesas relativas à arbitragem, não pode ficar impedida de ver satisfeito o seu direito de acesso à justiça para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, pois estar-se-ia a denegar justiça por insuficiência de meios econômicos (o que a Lei Fundamental, como vimos, não permite), pelo que a obrigação de recorrer à arbitragem se extingue relativamente a ela.”⁶⁴

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional português, ao julgar a constitucionalidade da aplicação da norma do Artigo 494º, alínea j, do Código de Processo Civil de 1961⁶⁵ — a qual prevê ferramenta processual semelhante à “exceção de arbitragem” do processo civil brasileiro — em situações nas quais o demandante se encontra em situação de crise

⁶³ SEGESSER, George von; GROZ, Mirina. *Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration*. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>, último acesso em 15.10.17.

⁶⁴ PORTUGAL. Processo nº 99A1015. Portugal: Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18.01.2000.

⁶⁵ O Código de Processo Civil cuja norma foi objeto de “fiscalização concreta de constitucionalidade” é datado de 1961 e foi substituído em 2013, pelo novo Código de Processo Civil português. A norma analisada, portanto, possuía a seguinte redação: “Artigo 494º. Excepções dilatórias. São dilatórias, entre outras, as excepções seguintes: (...) j) A preterição do tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem.”

financeira incapacitante, entendeu pela inaplicabilidade da regra, em observância ao princípio do acesso à justiça.⁶⁶

No precedente em questão, a parte impecuniosa recorreu ao Poder Judiciário a fim de obter assistência judiciária gratuita e tutela jurisdicional, as quais foram plenamente concedidas, após a comprovação da situação de insuficiência econômica da demandante. A parte contrária, por sua vez, confiando na validade da convenção de arbitragem contratualmente pactuada, apresentou exceção de arbitragem, a fim de que o litígio fosse direcionado a um tribunal arbitral.

Ao analisar a questão, o Tribunal Constitucional enquadrou-a como um “conflito de direitos”, no qual se estaria diante do seguinte paradoxo — se, por um lado, a imposição do cumprimento à convenção de arbitragem importaria na denegação do acesso à justiça a uma das partes, por outro, o reconhecimento da competência do tribunal judicial, ensejaria a ineficácia de disposição livremente pactuada entre as partes.⁶⁷

A conclusão alcançada fundamentou-se no entendimento de que a negação de apoio por parte do judiciário significaria uma “*desprotecção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de Direito*”⁶⁸. Por essa razão, restou decidido que ante a situação de impecuniosidade, a proteção constitucional conferida à autonomia privada deveria ceder, como única forma de dar efetividade ao direito da parte ser ouvida.

Ressalte-se, no entanto, que a mitigação dos efeitos da cláusula compromissória na forma apontada é medida excepcional adotada pelas cortes portuguesas, sendo aplicável apenas às hipóteses em que reste absolutamente comprovada a situação de incapacidade financeira de uma

⁶⁶ JÚDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional. *Themis – Revista de Direito*. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 161-190.

⁶⁷ MACEDO, Joaquim Shearman. Sobre a qualificação Civil da incapacidade suportar os custos do processo arbitral por uma das partes. *Themis – Revista de Direito*. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 225-244.

⁶⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional, Acórdão 311/2008, Relator Joaquim de Sousa Ribeiro, julgado em 30.05.08.

das partes. A mera dificuldade econômica ou maior onerosidade da prestação não exime o devedor da obrigação de cumprimento da convenção de arbitragem, de modo que somente a autêntica impossibilidade, quando não imputável ao devedor, o autoriza a se libertar da obrigação.⁶⁹

3.3 A perspectiva inglesa

Diferentemente dos posicionamentos adotados pelas jurisdições até então mencionadas, cujas tentativas de proteção da parte impecuniosa pautaram-se no dever do Estado em afirmar-se como o “guardião da justiça”, o Poder Judiciário inglês analisou a questão a partir de uma perspectiva estritamente contratual.

Em um dos primeiros casos a tratar sobre a matéria no país, e talvez o mais emblemático — *Paczy v. Haendler*⁷⁰ —, a parte requerente ajuizou uma ação judicial, não obstante a existência de cláusula compromissória no contrato firmado entre as partes, sob o fundamento de que a convenção de arbitragem não poderia ser executada, uma vez que ela não teria recursos financeiros suficientes para arcar com os custos de um procedimento arbitral.

O juiz de primeira instância acolheu o argumento trazido pela parte impecuniosa e invalidou a cláusula compromissória, afirmando a sua jurisdição para apreciar a disputa. Recorrida a sentença, a corte de apelação reverteu a decisão, declarando que a convenção de arbitragem pactuada entre as partes seria válida, uma vez que o artigo do *English Arbitration Act*⁷¹ no qual o juiz baseou a sua decisão, seria aplicável apenas às hipóteses em que a cláusula compromissória fosse materialmente incapaz

⁶⁹ PORTUGAL. Caso nº 1212/14.5T8LSB.L1.S1. Portugal: Supremo Tribunal de Justiça, julgado em: 26.04.16.

⁷⁰ REINO UNIDO. Janos Paczy v. Haendler & Nattermann GmbH [1981] 1 Lloyd's LR 302 (CA). Inglaterra: Court of Appeals, 1981.

⁷¹ English Arbitration Act 1996, section 9(4): “On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.”

de ser executada⁷², ainda que as partes assim o quisessem — o que não era o caso em questão.⁷³

Em outro julgado — *BDMS Ltd. v. Rafael Advanced Defense Systems*⁷⁴ —, a parte requerida na arbitragem se recusou a pagar a sua parcela das custas arbitrais até que a parte requerente fornecesse “*security for costs*”, uma garantia que visa eventual ressarcimento pelo pagamento das custas e despesas processuais, bem como de verbas de sucumbência⁷⁵. Após a arbitragem ser extinta por ausência de recursos, a parte requerente deu início a um processo judicial, alegando que a cláusula compromissória seria inexecutável.

A Corte Comercial inglesa (*English Commercial Court*), ao apreciar a questão, entendeu que a recusa do requerido em pagar a sua parcela das custas arbitrais não justificaria a invalidação da convenção de arbitragem, uma vez que (i) o requerido não havia se recusado a participar do procedimento, mas apenas a pagar as custas; (ii) o autor não havia sido privado do direito de recorrer à arbitragem, uma vez que possuía a faculdade de adiantar as custas da parte contrária ou providenciar o *security for costs*; e (iii) os pedidos da arbitragem haviam apenas sido retirados — e não julgados — de modo que as partes poderiam instaurar um novo procedimento com o mesmo objeto.^{76 77}

⁷² Por exemplo, se o árbitro nomeado na convenção arbitral se recuse a exercer a função, ou tenha falecido, ou se a instituição de arbitragem escolhida pelas partes não existir, entre outras hipóteses.

⁷³ “The incapacity of one party to that agreement to implement his obligations under the agreement does not, in my judgment, render the agreement one which is incapable of performance within the section any more than the inability of a purchaser under a contract for purchase of land to find the purchase price when the time comes up complete the sale could be said to render the contract for sale incapable of being performed. The agreement only becomes incapable of performance in my view if the circumstances are such that it could no longer be performed, even if both parties were ready, able and willing to perform it. Impecuniosity is not, I think, a circumstance of that kind.”

⁷⁴ REINO UNIDO. *BDMS Ltd. v. Rafael Advanced Defence Systems*, EWHC 68 (Comm). Inglaterra: English Commercial Court, 2014.

⁷⁵ ZAKIA, José Victor Palazzi. *Security for Costs na Arbitragem: da utilidade e da necessidade da medida*. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/security-for-costs-na-arbitragem-da-utilidade-e-da-necessidade-da-medida>, último acesso em 03.11.17.

⁷⁶ Op. Cit. 74, pp. 56-59: “(...) finding that the breach did not go to the root of the contract are equally reasons for finding that the arbitration agreement was not made unworkable and thereby inoperative in this case.”

⁷⁷ GRANIER, Thomas. Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration has Commenced. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, vol. XII, 2015, pp. 108-124.

Se distanciando dos entendimentos acima apresentados, um terceiro caso — conhecido como *Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc.* — julgado pela Corte de Apelações de Alberta, invalidou uma convenção de arbitragem, acolhendo o argumento de quebra contratual apresentado por uma das partes. Na ocasião, o requerido se recusou a pagar a sua parcela das custas procedimentais alegando que o valor da causa apresentado pela requerente era tão desproporcional, que tornava o montante a ser pago excessivamente alto.

A parte autora, então, deu início a um processo judicial, alegando que a cláusula compromissória constante do contrato firmado entre as partes seria inexecutável. O requerido contra-argumentou alegando que o requerente possuía a faculdade de adiantar as custas procedimentais, a fim de dar continuidade ao procedimento arbitral. A corte, no entanto, acolheu a pretensão da autora, entendendo que a recusa da ré em pagar a sua parcela das custas configurava uma quebra contratual capaz de invalidar a convenção arbitral.⁷⁸

Percebe-se, portanto, que ainda que as cortes inglesas tendam a respeitar a manifestação de vontade das partes, expressa quando da elaboração da convenção de arbitragem, esse posicionamento não é absoluto, já tendo o Poder Judiciário indicado que, em alguns casos excepcionais, envolvendo quebra contratual, a escolha pela via arbitral pode ser afastada.

3.4 A perspectiva americana

Nos Estados Unidos, a questão da impecuniosidade de uma das partes signatárias da convenção de arbitragem é capaz de ensejar diferentes consequências, variando de acordo com as particularidades do caso concreto.

⁷⁸ REINO UNIDO. *Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc.*, A.B.C.A. 104, at 106. Inglaterra: Court of Appeal of Alberta, 2008: “The refusal to pay the costs makes the arbitration unworkable, and thereby inoperative, as there is no obligation on the other party to fund the defaulting party’s share.”

Em determinados casos, identificada a impossibilidade de pagamento das custas arbitrais por algum dos litigantes, os tribunais estatais, respeitando a manifestação de vontade expressa na cláusula compromissória, redireciona as partes à arbitragem, porém adequando os custos do procedimento à condição financeira de ambas, seja por meio da escolha de outra instituição para a administração do procedimento, seja por meio da alteração dos termos da convenção, de modo a prever um processo menos custoso.

Em outros casos, as cortes estatais consideraram que a manutenção dos efeitos da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral seria injusta, de modo que permitiram o ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário, em detrimento da convenção arbitral pactuada.⁷⁹

No caso *Brower v. Gateway 2000 Inc.*⁸⁰, um grupo de consumidores ajuizou uma ação coletiva contra a empresa Gateway, comerciante de computadores por via postal, perante o Tribunal de Nova Iorque. Ao se manifestar nos autos do processo, a demandada invocou a incompetência da corte estatal para apreciar a matéria, uma vez que no contrato de compra e venda dos produtos eletrônicos havia uma cláusula compromissória, prevendo que quaisquer disputas provenientes daquela avença deveriam ser submetidas à arbitragem, a ser administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI).

A Suprema Corte de Nova Iorque, ao apreciar a matéria, entendeu que o custo de uma arbitragem CCI, que superava o valor dos produtos comprados, era excessivo e impedia os consumidores de perseguirem os seus direitos. Por essa razão, anulou o trecho da cláusula que fazia referencia à câmara de arbitragem francesa e direcionou as partes à arbitragens individuais *ad hoc*.⁸¹

⁷⁹ RANDALL, Sheppard. Judicial attitudes towards arbitration and the resurgence of unconscionability. USA: *Buffalo Law Review*, vol. 52, 2004, p. 185.

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS. *Brower v. Gateway 2000 Inc.*, N.Y. Sup. Ct. App. Div. 1998, 676 N.Y.S.2d 569. Estados Unidos: Tribunal de Nova Iorque, 1998.

⁸¹ Op. Cit. 59.

Adotando interpretação semelhante, a Suprema Corte de Nova Iorque, no caso *Martin Bank v. Worldcom Inc.*⁸², advindo de um contrato de serviços de telefonia móvel que previa arbitragem com sede em outra cidade dos Estados Unidos, que não a do local onde firmada a avença, direcionou as partes à arbitragem sob a condição de que acordassem a escolha de um foro que não importasse em custos excessivos aos consumidores.

Em contratos envolvendo direitos trabalhistas, por sua vez, os tribunais estatais costumam direcionar as partes à arbitragem, anulando, porém, eventuais previsões constantes da cláusula compromissória que imputem ao empregado a obrigação de arcar com metade das custas do procedimento.⁸³

A jurisprudência dos tribunais americanos indica alguns requisitos para que seja admitida a mitigação dos efeitos da convenção de arbitragem, de modo a permitir que a parte impecuniosa recorra ao Poder Judiciário, a fim de ter a sua demanda apreciada. Para tal, a parte deve demonstrar não apenas a impossibilidade de arcar com os custos de uma arbitragem, mas que a diferença entre os valores envolvidos em uma ação arbitral e uma ação judicial é tamanha a ponto de dissuadi-la a perseguir os seus direitos.⁸⁴

Ocorre, contudo, que a utilização desses requisitos está limitada a litígios envolvendo direitos do consumidor, não podendo ser invocados por empresas e tampouco em litígios internacionais. Ademais, análises jurisprudenciais indicam que a aplicação desses parâmetros pelos tribunais estatais ainda não é uniforme, tendo sido identificadas algumas interpretações discrepantes.⁸⁵

⁸² ESTADOS UNIDOS: *Martin Bank v. Worldcom Inc.*, WL 171629. EUA: New York Supreme Court, 2002.

⁸³ ESTADOS UNIDOS. *Brady v. The Williams Capital Group*, N.Y. Sup. Ct. App. Div. 2009, n°114198/2006; *Larry Gibson v. Nye Frontier Ford Inc.*, Alaska Sup. Ct. 2009, n°6355. EUA: New York Supreme Court, 2006.

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS. *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, U.S. Sup. Ct. 531, U.S. 79. EUA: United States Supreme Court, 2000.

⁸⁵ Op. Cit. 59.

As cortes americanas tendem, portanto, a apresentar um posicionamento equilibrado no que diz respeito à ponderação dos princípios do acesso à justiça e do *pacta sunt servanda* — ao mesmo tempo em que prestigiam o pacto convencionado entre as partes, preservando a escolha pela via arbitral, optam pela adequação de seus termos à realidade financeira dos litigantes, em observância ao dever do Estado de assegurar a realização da justiça.

3.5 A perspectiva francesa

A legislação e a doutrina francesas são conhecidas pela adoção de uma postura extremamente pró-arbitragem, comportamento este que vêm sendo confirmado pelas cortes locais no sentido em que buscam valorizar, sempre que possível, a autonomia da vontade das partes, firmando entendimentos favoráveis ao instituto.

Este posicionamento tem como principal fundamento o Código de Processo Civil francês, o qual traz, em seu artigo 1448⁸⁶, o efeito negativo do princípio da competência-competência do árbitro, e pode ser bem ilustrado por dois precedentes de grande relevância.

O primeiro deles, julgado pela Corte de Apelação de Paris (*Cour d'appel*), conhecido como *Lola Fleurs*⁸⁷, reafirmou o efeito negativo do princípio da competência-competência, confirmando que cabe ao árbitro julgar a sua própria competência, situação que somente pode ser excepcionada caso a convenção de arbitragem seja considerada manifestamente nula ou inválida. Nesse sentido, os julgadores entenderam que a incapacidade financeira de uma das partes não enseja a invalidade da cláusula compromissória nem, tampouco, configura uma situação denegação do acesso à justiça.

⁸⁶ CPC, Art. 1448: “Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l’Etat ne peut relever d’office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.”

⁸⁷ FRANÇA. *Lola Fleurs*, N° 12/12953. França: Cour d’appel de Paris, 26.02.13.

O segundo caso, julgado pela Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) e conhecido como caso *Pirelli*⁸⁸, a questão da impecuniosidade foi julgada no contexto de uma ação anulatória contra uma sentença arbitral proferida consoante as normas do Regulamento de Arbitragem CCI de 1998. Neste caso, a parte carente de recursos financeiros era requerida na arbitragem e, em razão da ausência de pagamento das custas do procedimento, teve os seus pedidos reconventionais excluídos.

Como consequência, a sentença foi proferida considerando apenas os pedidos da requerente, sem julgar os pedidos reconventionais formulados pela requerida, o que ensejou o questionamento do laudo com base na alegação de desrespeito aos princípios do acesso à justiça e do tratamento igualitário das partes.

A Corte de Paris acolheu os argumentos da parte requerida e anulou a sentença, apontando que o artigo 30(4) do Regulamento de Arbitragem de 1998 da CCI, no qual o tribunal arbitral se baseou para afastar os pedidos reconventionais, seria abusivo, uma vez que a parte impecuniosa também estaria impossibilitada de perseguir o seu direito em um futuro procedimento.

A Corte de Cassação, ao analisar a matéria, confirmou o entendimento de que a recusa do tribunal arbitral em julgar os pleitos da requerida significava uma violação aos princípios acesso à justiça e do tratamento igualitário das partes. Contudo, estabeleceu uma importante limitação para esses princípios: eles somente podem ser invocados em questões de impecuniosidade quando os pedidos convencionais e reconventionais forem inseparáveis.

3.6 A perspectiva brasileira

Ainda que a LBA tenha recentemente completado 20 anos em vigor, o crescimento da utilização da arbitragem no Brasil ainda pode ser

⁸⁸ FRANÇA: Pirelli, N° 11-27.770, 1e civ. França: Cour de Cassation, 28.03.13.

considerado um fenômeno recente, de modo que é natural que determinadas controvérsias existentes acerca do instituto demorem um pouco a chegar à apreciação do Poder Judiciário do nosso país.

No entanto, talvez em razão da tendência de especialização da arbitragem ou mesmo do grave cenário de crise econômica pelo qual o Brasil está passando, a questão acerca da insuficiência de recursos financeiros e seus reflexos sobre a convenção de arbitragem tem chamado cada vez mais atenção, demandando um posicionamento por parte da doutrina e da jurisprudência.

Desde 2012 até o momento, já foram identificadas aproximadamente 14 decisões proferidas pelos tribunais brasileiros acerca da matéria — sendo a metade em São Paulo⁸⁹ e as demais distribuídas por outros estados do país⁹⁰, tais como Rio de Janeiro⁹¹ e Minas Gerais⁹² — tendo todas elas apontado posicionamento semelhante: a invocação do princípio da competência-competência, de modo redirecionar as partes à via arbitral, sem a apreciação do argumento de denegação do acesso à justiça.

Ainda que o mérito da questão não tenha sido, portanto, trabalhado, percebe-se no entendimento do Poder Judiciário brasileiro um forte respeito à autonomia da vontade das partes e, conseqüentemente, à competência do árbitro, bem como um reconhecimento do alcance das garantias constitucionais do processo na arbitragem.

⁸⁹ TJSP, Apelação n.º 1049478-63.2014.8.26.0100, Rel. Des. HAMID BDINE, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 13.09.17; TJSP, Apelação n.º 1010893-44.2016.8.26.0011, Rel. Des. FORTES BARBOSA, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 03.08.17; TJSP, Apelação n.º 4010691-72.2013.8.26.0576, Rel. Des. FABIO TABOSA, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 28.11.16; TJSP, Apelação n.º 1010093-17.2014.8.26.0001, Rel. Des. ÊNIO ZULIANI, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 10.08.16; TJSP, Apelação n.º 1040579-42.2015.8.26.0100, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 03.02.16; TJSP, Apelação n.º 0029502-72.2012.8.26.0451, Rel. Des. RICARDO NEGRÃO, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 19.05.14; TJSP, Apelação n.º 0036760-07.2007.8.26.0000, Rel. Des. LUIZ ANTONIO DE GODOY, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 10.01.12.

⁹⁰ TJPR, Apelação n.º 923408-2, Rel. Des. RUY MUGGIATI, 11ª Câmara Cível, j. 28.11.12; TJGO, Apelação n.º 196255-68.2008.09.0051, Rel. Des. EUDÉLCIO MACHADO FAGUNDES, 6ª Câmara Cível, j. 10.07.12; TJRS, Apelação n.º 70062721501, Rel. Des. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, 15ª Câmara Cível, j. 27.05.15.

⁹¹ TJRJ, Apelação n.º 0031996-20.2010.819.0209, Rel. Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, 2ª Câmara Cível, j. em 11.06.14.

⁹² TJMG, Apelação n.º 1.0000.16.073756-5/001, Rel. Des. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, 13ª Câmara Cível, j. em 15.12.16; TJMG, Apelação n.º 1.0521.10.008673-0/001, Rel. Des. ROGÉRIO MEDEIROS, 13ª Câmara Cível, j. em 05.05.15.

Defende Rodrigo Gabardo, jurista pioneiro no estudo da matéria no Brasil, que a evolução da jurisprudência brasileira sugere uma tendência na recepção da possibilidade de adaptação da convenção de arbitragem como forma de solução do problema da impecuniosidade. Ocorre, contudo, que tal questão deverá ser, primeiramente, resolvida pelos árbitros e instituições de arbitragem, tendo em vista que a dimensão do princípio da competência-competência no Brasil não permite a realização de um escrutínio aprofundado pelas cortes estatais.⁹³

Segundo afirma, o estado de denegação de justiça poderá ser sanado através da ação judicial prevista no artigo 7º da LBA, facultando-se ao juiz tão somente tomar as medidas necessárias para a instituição da arbitragem, adequando-a às condições econômicas das partes litigantes. Contudo, para tal, o juiz estatal deverá realizar uma investigação aprofundada para se certificar do estado de impecuniosidade e efetiva denegação de justiça, o que certamente sofrerá resistência da doutrina pátria.

Na opinião de Luciano Benetti Timm, por outro lado, a questão da impecuniosidade em arbitragem poderia ser solucionada por meio da aplicação da teoria da impossibilidade⁹⁴, prevista no Código Civil.⁹⁵ Segundo este instituto, na ocorrência de impossibilidade superveniente inimputável ao devedor, a relação obrigacional extingue-se automaticamente, liberando-o da obrigação, sem que lhe seja imposta condenação por perdas e danos.

Não obstante o caminho que a jurisprudência brasileira venha a seguir sobre a matéria, verdade é que, para que seja assegurada segurança jurídica às partes interessadas em adotar a arbitragem como meio de solução de controvérsias em seus contratos, é extremamente importante que o Poder Judiciário brasileiro, ou mesmo o legislador, enfrente a matéria de

⁹³ GABARDO, Rodrigo Araújo. *A insuficiência de recursos financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. Tese de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. Article 12 – Arbitration Expenses. In: *The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012: A Commentary*. Netherlands: Eleven International Publishing, 2016, pp. 191-202.

⁹⁵ Código Civil, art. 248: “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.”

modo a assumir um posicionamento concreto, indicando as soluções e consequências advindas do tratamento da parte impecuniosa.

CAPÍTULO 4 – SOLUÇÕES

4.1 O financiamento da arbitragem

4.1.1 Adiantamento das custas pela parte solvente

Os regulamentos da quase totalidade das câmaras de arbitragem atuantes no mercado estabelece que as custas que venham a ser fixadas no âmbito de um procedimento arbitral deverão, necessariamente, ser divididas entre as partes, podendo eventual ressarcimento à parte vencedora ser estabelecido ao final do procedimento, quando da prolação da sentença arbitral.

No entanto, não é sempre que as partes encontram-se plenamente dispostas ou possibilitadas a honrar com essa obrigação. Nesses casos, havendo a recusa ou impossibilidade de cumprimento da regra pela parte impecuniosa, é facultado à parte contrária efetuar o depósito em substituição à primeira ordem, de modo a permitir que o procedimento prossiga, evitando, assim, a sua extinção sem julgamento de mérito.

Esta solução tende a privilegiar o cumprimento da convenção de arbitragem pactuada contratualmente, por meio da alteração do sujeito responsável pelo pagamento.

A sua implementação esbarra, contudo, nas situações em que a parte impecuniosa é aquela que possui interesse na instauração do procedimento arbitral. Nesses casos, a menos que o recorrido possua interesse na apresentação de pedido reconvenicional, não costuma haver uma predisposição da sua parte em contribuir para a realização do litígio.

4.1.2 Third-party funding

O financiamento de terceiros é apontado, atualmente, como a solução mais indicada para as partes que se encontram em situação de crise

financeira e, ao mesmo tempo, estão vinculadas a uma convenção de. Conhecida como *third-party funding*, essa proposta de financiamento consiste em um negócio contratual, por meio do qual um terceiro em relação a cláusula compromissória, se dispõe a arcar com os gastos relativos ao procedimento arbitral, inclusive aqueles incorridos com a contratação da defesa, em contrapartida de receber um percentual sobre o valor que o financiado venha a receber, caso logre êxito na demanda arbitral.

Essa é uma alternativa que já vinha sendo muito utilizada no âmbito dos processos judiciais, mas que ganhou especial relevância no contexto da arbitragem, tendo em vista a impossibilidade das partes requererem assistência judicial gratuita em cortes privadas. Dentre os benefícios do *third-party funding*, podemos destacar a viabilidade do acesso à arbitragem; a realização de uma avaliação isenta do litígio, sobre as reais chances de êxito na demanda, e a capacidade de evitar que a parte mais fraca seja compelida a realizar um acordo logo no início do procedimento.

Por outro lado, os riscos estariam em se introduzir um terceiro na relação cliente-advogado e também no próprio litígio, uma vez que essa participação pode ensejar situações de conflito que demandem o dever de revelação por parte do árbitro; um possível comprometimento da confidencialidade e o estímulo ao aumento de lides temerárias e abusivas.⁹⁶

4.2 Soluções alternativas

4.2.1 Métodos autocompositivos de solução de conflitos

Assim como a arbitragem, a mediação e a conciliação fazem parte dos métodos adequados de resolução de disputas previstos por Mauro Cappelletti e Bryan Garth como uma possíveis soluções para o terceiro obstáculo ao acesso à justiça, o qual consiste na inadequação dos tipos ordinários de procedimento para a solução de determinados litígios.

⁹⁶ CREMADES, Bernardo M. Third party litigation funding: investing in arbitration. *Spain Arbitration Review*, vol. 13, 2012, p. 181-182.

A mediação e a conciliação nada mais são do que instrumentos alternativos que direcionam a resolução dos conflitos para fora das arenas judiciais, através de sistema informal, no qual prevalece a autonomia da vontade das partes. Tendência valorizada hoje em dia, sobretudo da perspectiva nacional, tendo em vista a recente reforma do Código de Processo Civil, é possível perceber uma inclinação por parte dos juristas voltada a reformar os procedimentos tradicionais, de modo a incentivar o uso das vias extrajudiciais, como complemento às funções estatais.

Ambas as vias tem como objeto litígios referentes à direitos disponíveis, em que as partes estejam inclinadas a buscar uma pacificação da relação jurídica, por meio da otimização dos seus interesses.

A diferença entre os dois métodos está, basicamente, na forma de atuação do agente condutor — enquanto o mediador auxilia as partes a chegarem elas próprias à solução da sua lide, agindo como um “facilitador” no procedimento, o conciliador participa das discussões de forma mais ativa, sugerindo alternativas que atendam aos interesses de ambas as partes.

No que toca à questão da impecuniosidade, os métodos autocompositivos de solução de controvérsias possuem relativa vantagem em relação à arbitragem, uma vez que os seus custos são consideravelmente mais baixos do que aqueles incorridos por meio da via litigiosa. Por outro lado, contudo, deve-se ressaltar que, diferentemente do que acontece na arbitragem, nenhum deles possui vinculação decisória, de modo que a sua eficácia depende da disposição das partes em executar voluntariamente o acordo que venha a ser pactuado.

4.2.2 Assistência profissional gratuita

Conforme previamente mencionado, a concessão de assistência judiciária gratuita é uma das ferramentas propostas pelo movimento universal de acesso à justiça, como forma de tornar acessível à todas as

pessoas a concretização dos seus direitos. De fato, o principal obstáculo identificado pelo movimento foi o obstáculo econômico.

Ocorre, contudo, que a disponibilização, pelo Estado, de assistência à camada mais pobre da população, bem como a utilização de quadros do Ministério Público e da Procuradoria de Justiça como forma de melhor atender a necessidade de representação do núcleo carente da sociedade, limita-se à atuação dos indivíduos perante o Poder Judiciário.

Por essa razão, a Lei nº 1.060/50, que estabelece as normas para a concessão de auxílio aos necessitados no Brasil, não é aplicável às arbitragens, não havendo, portanto, gratuidade de justiça na jurisdição arbitral.

Este impedimento, somado ao fato de que a arbitragem é um meio privado de resolução de conflitos, que pressupõe a administração por uma instituição arbitral — a menos que seja uma arbitragem *ad hoc*, o que não a eximirá, de todo modo, a cobrança de custas para o desenvolvimento do procedimento —, impossibilita a isenção do pagamento de custas, sob pena de se colocar em risco a garantia da prestação de um serviço de qualidade.

Ressalte-se, contudo, que a questão da impecuniosidade não vem sendo ignorada por algumas das principais instituições de arbitragem atuantes em âmbito nacional e internacional. A título de exemplo, vale a pena mencionar câmara norte americana AAA (*American Arbitration Association*) que, frente à recorrência de casos em que uma das partes não possuía recursos financeiros suficientes para instaurar procedimento arbitral, inseriu um dispositivo em seu regulamento de arbitragem comercial, permitindo que a parte carente requeira a redução ou isenção das taxas administrativas.⁹⁷ Indo além, a AAA também criou uma lista de

⁹⁷ AAA Commercial Arbitration Rules, R-53: “As a not-for-profit organization, the AAA shall prescribe administrative fees to compensate it for the cost of providing administrative services. The fees in effect when the fee or charge is incurred shall be applicable. The filing fee shall be advanced by the party or parties making a claim or counterclaim, subject to final apportionment by the arbitrator in the award. The AAA may, in the event of extreme hardship on the part of any party, defer or reduce the administrative fees.” Esta regra, porém, somente consta do regulamento de arbitragem comercial, não sendo aplicável à arbitragens internacionais.

árbitros que se voluntariaram a oferecer serviços *pro bono*, ou seja, sem a cobrança de honorários.

A Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/RJ, voltada à resolução de conflitos entre sociedades de advocacia, possui sistema semelhante. Conforme consta do seu regulamento, estará à disposição da câmara um corpo de advogados dativos, que poderão ser convocados a atuar nos casos em que a parte litigante não possua recursos financeiros para contratar a sua defesa⁹⁸ e nos casos em que a parte requerida não seja encontrada ou seja considerada revel.

A seção do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil participou, recentemente, de outra iniciativa que envolveu a atuação de advogados dativos, em parceria com o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Durante o período das Olimpíadas, as instituições agiram conjuntamente de modo a organizar um grupo de advocacia *pro bono* disposto a atuar na defesa de atletas e delegações hipossuficientes perante o CAS (*Court of Arbitration for Sport*), entidade responsável pela resolução de disputas desportivas. À época, dos vinte e oito casos conduzidos pelo tribunal, três foram atendidos pelo grupo *pro bono*.⁹⁹

Desse modo, ainda que a assistência profissional gratuita não possa ser considerada um direito das partes no âmbito da arbitragem, é perceptível que, tanto as instituições arbitrais, quanto a comunidade jurídica atuante, não estão alheias à existência de partes hipossuficientes em arbitragem, de modo que começam a demonstrar uma preocupação em solucionar essa questão por meio do oferecimento de auxílio profissional gratuito ou da redução das custas.

⁹⁸ Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/RJ, Art. 16: “Em cada Turma deverá atuar um defensor dativo nomeado pelo Presidente do Conselho Seccional da OAB/RJ”.

⁹⁹ BECKER, Daniel; GABRA, Caio. The successful experience of the pro bono advocacy group during the Rio 2016 Olympic Games. *Young Arbitration Review*. Disponível em: www.yar.com.pt, último acesso em 01.10.17.

4.2.3 Arbitragem expedita

Assim como os métodos autocompositivos de conflitos, a utilização da arbitragem expedita não soluciona por completo a questão da impecuniosidade das partes em arbitragem. Porém, mostra-se como uma válida alternativa para as hipóteses em que o Poder Judiciário permitir a adaptação dos termos da convenção de arbitragem, a fim de compatibilizar a condição financeira das partes com a via litigiosa por elas escolhida.

A arbitragem expedita surgiu por uma demanda de determinados setores da economia, em especial o setor imobiliário, em razão da necessidade de se estabelecer um meio de resolução de conflitos que valorize a simplificação procedimental a fim de garantir celeridade e uma redução significativa de custos.

O procedimento expedita é um procedimento arbitral completo, que envolve tutela cognitiva plena e exauriente da matéria, estando, de acordo com o regulamento da instituição de arbitragem escolhida pelas partes, sujeito à algumas restrições de forma e aplicabilidade.

No Regulamento de Arbitragem Expedita do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), primeira câmara brasileira a prever um regramento específico para esse novo procedimento, por exemplo, o litígio é sempre dirimido por árbitro único e a fase instrutória é concentrada, na medida em que todas as provas devem ser produzidas até a data da audiência, ou, ainda, na própria audiência. Nos casos em que for necessária a produção de prova pericial, o perito poderá apresentar laudo, ou poderá ser exclusivamente convocado para prestar esclarecimentos em audiência. Ademais, os prazos para apresentação das manifestações das partes e a prolação da sentença arbitral são estabelecidos no próprio regulamento.

Trata-se, portanto, de uma alternativa interessante para aqueles que permanecem interessados em litigar pela via arbitral, porém não encontram-se financeiramente aptos a fazê-lo pela via convencional.

CONCLUSÃO

1. O crescimento da utilização da arbitragem no Brasil, motivado pela crise estrutural enfrentada pelo Poder Judiciário, bem como pela instabilidade econômica que acomete o país, motivou o questionamento acerca do posicionamento a ser adotado em casos nos quais se verifica que a alteração da capacidade financeira de uma das partes torna inviável a instauração do litígio, em razão da impossibilidade de pagamento das custas e despesas envolvidas no procedimento.

2. A partir de uma análise de direito comparado, foi possível concluir que nos direitos alemão e português, a insuficiência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral implica na inexecutabilidade da convenção de arbitragem e no consequente direcionamento da solução do litígio às cortes estatais. Ainda que os ordenamentos jurídicos tenham adotado fundamentos legais distintos para justificar o afastamento da vontade das partes, o conceito do direito de acesso à justiça foi aplicado de maneira semelhante pelas cortes, de modo que prevaleceu o entendimento de que, havendo um impedimento concreto para a instauração da arbitragem, o Poder Judiciário reestabelece o seu dever legal de assegurar o acesso à justiça.

3. Foi possível verificar, ainda, que em ambas as jurisdições, a questão da impecuniosidade costuma ser submetida às cortes estatais, em razão da aplicação da interpretação do princípio da competência-competência que autoriza a apreciação judicial da convenção de arbitragem, enquanto o procedimento ainda não houver sido instaurado.

4. Os direitos inglês e americano, por sua vez, adotam uma postura intermediária, analisando a questão sob uma perspectiva contratual. Desse modo, segundo a tese inglesa, o afastamento dos efeitos da cláusula compromissória somente é possível caso configurada uma quebra contratual, na forma da recusa da parte requerida em efetuar o pagamento da sua parcela das custas arbitrais, sem justo motivo. A interpretação

americana, por outro lado, indica que, havendo desequilíbrio entre as partes signatárias da convenção de arbitragem — seja econômico, seja de poderes — caberá ao juiz estatal adaptar os termos da convenção de arbitragem, de modo a torná-la justa e exequível a ambos os litigantes.

5. O direito francês segue uma terceira linha de interpretação, diferente das demais. Adotando uma postura extremamente pró-arbitragem, as cortes francesas entendem que a alegação de impecuniosidade não justifica a aplicação do efeito negativo do princípio da competência-competência, de modo que a questão da ausência de recursos como um obstáculo ao cumprimento da convenção deverá, necessariamente, ser submetida à apreciação do árbitro. Porém, assim como ocorre no direito americano, há uma tendência no direito francês em aceitar a adaptação dos termos da convenção de arbitragem, como forma de torná-la exequível a ambas as partes e, conseqüentemente, de ser assegurado o direito de acesso à justiça.

6. A doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda não apresentaram um entendimento consolidado sobre a questão. Porém, os poucos casos que trataram sobre a matéria no Brasil, ainda que não tenham adentrado a discussão acerca da possibilidade da insuficiência de recursos financeiros configurar uma vedação ao princípio do acesso à justiça, indicam que o país adotará uma postura pró-arbitragem, valorizando a escolha das partes pela adoção da via arbitral e, conseqüentemente, direcionando a solução da matéria aos árbitros, em estrita observância ao princípio da competência-competência.

7. Por fim, percebe-se que a questão da impecuniosidade representa um problema eminentemente prático, mais do que teórico, cuja solução mais adequada seria a adoção, por parte dos Estados, de uma posição clara a respeito da natureza do princípio do acesso à justiça e o seu relacionamento com o princípio da autonomia da vontade das partes, que as permite renunciar à jurisdição estatal para recorrer à arbitragem. Caso a posição adotada pelos Estados seja no sentido de que o princípio do acesso

à justiça deva prevalecer sobre o princípio da autonomia das partes, eles devem sugerir soluções concretas e práticas para a questão.

8. Considerando que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro parecem, ao menos até o momento, incompletas ou inapropriadas, talvez a melhor solução seja entregar a questão ao legislador, de modo que possa ser adotado um posicionamento concreto e criterioso, que uniformize a posição apresentada pelos juízes estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Cláusula compromissória arbitral – efeitos. *Revista de Processo*, ano 26, nº 101, São Paulo: RT, 2001.

_____. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129/15*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BECKER, Daniel; GABRA, Caio. The successful experience of the pro bono advocacy group during the Rio 2016 Olympic Games. *Young Arbitration Review*. Disponível em: www.yar.com.pt, último acesso em 01.10.17.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BOISSEON, Matthieu. L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges. *Le Droit Français de L'arbitrage*, Paris: GLN-éditions, 1990.

CHESSA, Valentine; BARYSHEVA, Nataliya. *Impecuniosity and Denial of Justice: Walking on Eggshells*. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/15/impecuniosity-and-denial-of-justice-walking-on-eggshells/?print=print>, último acesso em: 13.10.17.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2007.

_____. Arbitragem e Jurisdição. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol.1, 2014.

CASTRO NEVES, José Roberto. Custas, despesas e sucumbência na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Riforma del Procedimento Civile*. Roma, 1911.

CREMADES, Anne-Carole. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado. *Revista del Club Español de Arbitraje*, Wolter Kluwer España, 2010, pp. 151-164.

CREMADES, Bernardo M. Third party litigation funding: investing in arbitration. *Spain Arbitration Review*, vol. 13, 2012.

DIMOLITSA, Antonias. Autonomie et Kompetenz-kompetenz. *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 1998.

ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: *Arbitragem nacional e internacional — os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas*, coord. PINTO, Ana Luiza; SKITNEVSKY, Karin. São Paulo: Elsevier, 2012.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GABARDO, Rodrigo Araújo. *A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada*. Tese de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GRANIER, Thomas. Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration has Commenced. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, vol. XII, 2015, pp. 108-124.

HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E., et. al. *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International, 2015.

HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. In: *20 anos da Lei de Arbitragem – homenagem a Petrônio Muniz*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

JÚDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional. *Themis – Revista de Direito*. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 161-190.

_____. *Parties Not Identified (Decision on Party Impecuniosity and Enforcement of the Arbitration Agreement)*, Supreme Court of Justice of Portugal, Case No. 1212/14.5T8LSB.L1.S1, 26 April 2016. A Contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International, 2016.

KÜHNER, Detlev. The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany. In *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 31, 2014, pp. 807-818.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XII, nº 48, 2015.

MACEDO, Joaquim Shearman. Sobre a qualificação Civil da incapacidade suportar os custos do processo arbitral por uma das partes. *Themis – Revista de Direito*. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 225-244.

MOYANO, Juan Pablo. Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement. In *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 34, 2017, pp. 631-652.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral – teoria e prática*. 4^a ed. Curitiba: Juruá, 2017.

RANDALL, Sheppard. Judicial attitudes towards arbitration and the resurgence of unconscionability. USA: *Buffalo Law Review*, vol. 52, 2004.

SACHS, Klaus. *La protection de la partie faible en arbitrage*. Paris: Gazette du Palais, 2007, pp. 22-26.

_____. International Arbitration and State Sovereignty. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. IV, 2007, pp. 98-106.

SEGESSER, George von; GROZ, Mirina. *Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration*. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>, último acesso em 15.10.17.

TIMM, Luciano Benetti. Article 12 – Arbitration Expenses. In: *The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012: A Commentary*. Netherlands: Eleven International Publishing, 2016.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAGNER, Gert. Poor parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles?, in: *Financial capacity of the parties*. German Institution of Arbitration, 2007.

ZAKIA, José Victor Palazzi. *Security for Costs na Arbitragem: da utilidade e da necessidade da medida*. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/security-for-costs-na-arbitragem-da-utilidade-e-da-necessidade-da-medida>, último acesso em 03.11.17.

Jurisprudência:

ALEMANHA. BGH, III ZR 33/2000, BGHZ 145, 116; JZ 2001, 258. P. Schlosser. Alemanha: Bundesgerichtshof, 14.09.00.

BRASIL. TJGO, Apelação n.º 196255-68.2008.09.0051, Rel. Des. EUDÉLCIO MACHADO FAGUNDES, 6ª Câmara Cível, j. 10.07.12.

BRASIL. TJMG, Apelação n.º 1.0000.16.073756-5/001, Rel. Des. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, 13ª Câmara Cível, j. em 15.12.16.

BRASIL. TJMG, Apelação n.º 1.0521.10.008673-0/001, Rel. Des. ROGÉRIO MEDEIROS, 13ª Câmara Cível, j. em 05.05.15.

BRASIL. TJPR, Apelação n.º 921775-0, Rel. Des. JOÃO DOMINGOS KUSTER PUPPI, 12ª Câmara Cível, j. 12.09.12.

BRASIL. TJPR, Apelação n.º 923408-2, Rel. Des. RUY MUGGIATI, 11ª Câmara Cível, j. 28.11.12.

BRASIL. TJRJ, Apelação n.º 0031996-20.2010.819.0209, Rel. Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, 2ª Câmara Cível, j. em 11.06.14.

BRASIL. TJRS, Apelação n.º 70062721501, Rel. Des. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, 15ª Câmara Cível, j. 27.05.15.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 0029502-72.2012.8.26.0451, Rel. Des. RICARDO NEGRÃO, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 19.05.14.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 0036760-07.2007.8.26.0000, Rel. Des. LUIZ ANTONIO DE GODOY, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 10.01.12

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 1010093-17.2014.8.26.0001, Rel. Des. ÊNIO ZULIANI, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 10.08.16.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 1010893-44.2016.8.26.0011, Rel. Des. FORTES BARBOSA, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 03.08.17.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 1040579-42.2015.8.26.0100, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 03.02.16.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 1049478-63.2014.8.26.0100, Rel. Des. HAMID BDINE, 1ª Câmara Reservada Empresarial, j. 13.09.17.

BRASIL. TJSP, Apelação n.º 4010691-72.2013.8.26.0576, Rel. Des. FABIO TABOSA, 2ª Câmara Reservada Empresarial, j. 28.11.16.

ESTADOS UNIDOS. Bower v. Gateway 2000 Inc., N.Y. Sup. Ct. App. Div. 1998, 676 N.Y.S.2d 569. Estados Unidos: Tribunal de Nova Iorque, 1998.

ESTADOS UNIDOS. Brady v. The Williams Capital Group, N.Y. Sup. Ct. App. Div. 2009, n.º114198/2006; Larry Gibson v. Nye Frontier Ford Inc., Alaska Sup. Ct. 2009, n.º6355. EUA: New York Supreme Court, 2006.

ESTADOS UNIDOS. *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, U.S. Sup. Ct. 531, U.S. 79. EUA: United States Supreme Court, 2000.

ESTADOS UNIDOS: Martin Bank v. Worldcom Inc., WL 171629. EUA: New York Supreme Court, 2002.

FRANÇA. Lola Fleurs, N.º 12/12953. França: Cour d'appel de Paris, 26.02.13.

FRANÇA. Pirelli, N.º 11-27.770, 1e civ. França: Cour de Cassation, 28.03.13.

PORTUGAL. Acórdão 311/2008, Relator Joaquim de Sousa Ribeiro. Lisboa: Tribunal Constitucional, julgado em 30.05.08.

PORTUGAL. Caso n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1. Portugal: Supremo Tribunal de Justiça, julgado em: 26.04.16.

PORTUGAL. Processo n.º 99A1015. Portugal: Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18.01.00.

REINO UNIDO. BDMS Ltd. v. Rafael Advanced Defence Systems, EWHC 68 (Comm). Inglaterra: English Commercial Court, 2014.

REINO UNIDO. Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc., A.B.C.A. 104, at 106. Inglaterra: Court of Appeal of Alberta, 2008

REINO UNIDO. Janos Paczy v. Haenlder & Natermann GmbH [1981] 1 Lloyd's LR 302 (CA). Inglaterra: Court of Appeals, 1981.