RODRIGO ARAUJO GABARDO

A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

RODRIGO ARAUJO GABARDO

A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Serviço de Biblioteca e Documentação

Araujo Gabardo, Rodrigo
A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada / Rodrigo Araujo Gabardo; orientador José Augusto Fontoura da Costa -- São Paulo, 2014.
160 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

1. Arbitragem. 2. Impecuniosidade. 3. Princípio da Competência-Competência. I. Fontoura da Costa, José Augusto, orient. II. Título.

Nome: ARAUJO GABARDO, Rodrigo

Título: A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Internacional.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Á Camila e Paola. Camila, seu amor e compreensão motivam-me a ser cada dia uma pessoa melhor. Paola, minha filha, minha vida. Para ambas, minhas desculpas pelos inúmeros finais de semana distantes, pelas risadas e brincadeiras perdidas. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor José Augusto pelo apoio e compreensão neste voo solo. Seu conhecimento e sua inteligência são inspiradores.

Agradeço aos meus pais, Dalton e Regina, pelo carinho e dedicação. Meus irmãos pela amizade e companheirismo.

Agradeço aos amigos e colegas no exterior. Sem sua ajuda este trabalho seria impossível.

Finalmente, agradeço ao João Bosco Lee. Você é um verdadeiro mestre.

RESUMO

Rodrigo ARAUJO GABARDO. A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 160 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Este trabalho visa analisar os efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem comercial. Como pano de fundo, têm-se a situação em que uma parte vinculada a uma convenção de arbitragem não possui os recursos financeiros exigidos para promover a instauração de uma arbitragem e, paralelamente, encontra-se impedida de resolver a controvérsia perante o Poder Judiciário. Caracterizada a situação de denegação de justiça, duas hipóteses de solução do problema serão analisadas. A primeira hipótese considera que a carência de recursos financeiros para instaurar uma arbitragem repercute no afastamento da convenção de arbitragem e permite que o litígio seja julgado pelo juiz togado. A segunda hipótese considera que a carência de recursos financeiros não repercute o afastamento da convenção de arbitragem, todavia enseja sua adaptação para preservar a solução do litígio através da arbitragem. O trabalho então é dividido em quatro partes. A primeira parte trata da metodologia de pesquisa e delimitação do tema, bem como da definição de conceitos fundamentais. A segunda parte trata dos mecanismos de financiamento da arbitragem, uma ferramenta econômica de superação da carência de recursos da parte impecuniosa. A terceira parte versa sobre uma investigação da abordagem do tema na Alemanha, França e Portugal, em que são identificadas a aplicação das duas hipóteses de solução nos referidos sistemas jurídicos. A quarta parte é dedicada a análise do tema sobre a perspectiva brasileira. Mesmo não havendo posicionamento claro sobre o tema no Brasil, o regime jurídico sugere a possibilidade de adaptação da convenção de arbitragem como mecanismo de solução da denegação de justiça econômica.

Palavras- Chave: Arbitragem; Impecuniosidade; Princípio da Competência-Competência.

ABSTRACT

Rodrigo ARAUJO GABARDO. A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 160 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

The object of this dissertation is the effect of the claimant's impecuniosity at the start of an arbitration proceeding. The analysis considers situations where a claimant does not have enough financial resources to initiate an arbitration proceeding and, at the same time, cannot recourse to the national Courts. Against this background, two theses will be analyzed. The first one considers the arbitration clause inoperative and allows the parties to submit their case to the national Courts. The second thesis considers the arbitration clause valid and enforceable; however, this should be subject to adjustments to allow the access to arbitration. This dissertation is structured in four chapters. The first chapter addresses the methodology of research and basic concepts. The second chapter discusses mechanisms to finance the parties in the arbitration as an answer to parties' impecuniosity. The third chapter focuses on a comparative research in the answers provided by the German, French and Portuguese Legal Systems to the problem of impecuniosity and arbitration. The final chapter analyzes the effects of impecuniosity and the initiation of arbitration under the Brazilian Law.

Keywords: Arbitration; Impecuniosity; Kompetenz-Kompetenz.

SUMÁRIO

SUMÁRIO 8

1. INTRODUÇÃO 10

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO, METODOLOGIA DE PESQUISA E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS 12

2.1. Delimitação do Objeto e Metodologia de Pesquisa 12

2.2. Conceitos Introdutórios 15
2.2.1. Arbitragem 15
2.2.1.1. O Conceito de Arbitragem 15
2.2.1.2. A Natureza Jurídica da Arbitragem 17
2.2.1.3. O Princípio da Competência-Competência do Árbitro 21
2.2.2. A Impecuniosidade e a Insolvência 25
2.2.3. As Custas Arbitrais 26
2.2.3.1. As Custas Processuais 29
2.2.3.2. As Custas Inerentes às Partes 30
2.2.3.3. A Responsabilidade pelo Pagamento das Custas Arbitrais 31
2.2.4. O Acesso à Justiça 33
2.2.5. A Denegação de Justiça 35

3. O FINANCIAMENTO DA ARBITRAGEM 37

3.1. O Financiamento interno da Arbitragem 37
3.1.1. O Financiamento pelas Partes Litigantes 37
3.1.2. O Financiamento pela Instituição de Arbitragem 39

3.2. O Financiamento Externo da Arbitragem 40
3.2.1. O Financiamento da Arbitragem por Terceiros 40

4. OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE NA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM: O PONTO DE VISTA DO DIREITO ESTRANGEIRO 44

4.1. A Extinção da Cláusula Compromissória em Razão da Impecuniosidade da Parte 44
4.1.1. A Experiência Alemã - A primazia do Acesso à Justiça 44
4.1.1.1. O Princípio da Competência-Competência segundo o Direito Alemão 44
4.1.1.2. O Tratamento do Estado de Impecuniosidade pelo Direito Alemão 46
4.1.1.2.1. O Mecanismo de Afastamento da Convenção de Arbitragem 50
4.1.1.2.2. A Definição da Situação de Impecuniosidade 52
4.1.1.2.3. A Inexequibilidade da Convenção de Arbitragem não é uma Sanção à Impecuniosidade da Parte 58
4.1.1.2.4. A Opção de Assegurar os Efeitos da Convenção de Arbitragem 60
4.1.2. A Perspectiva Portuguesa 61
4.1.2.1. Breve Nota sobre o Princípio da Competência-Competência em Portugal 61
4.1.2.2. Os Efeitos da Impecuniosidade da Parte em Portugal 62

4.2. A Preservação da Convenção de Arbitragem 65
4.2.1. A experiência Francesa - Uma Questão de Garantia do Acesso aos Árbitros 65
4.2.1.1 O Princípio da Competência-Competência na França 65
4.2.1.1.1 Os Efeitos da Impecuniosidade no Direito Francês - A Primazia da Jurisdição Arbitral 66

4.2.1.1.2. As Restrições à Primazia da Apreciação dos Árbitros

4.2.1.2. A Impecuniosidade sob o Império do Efeito Negativo da Competência-Competência Francês. **68**

4.2.1.2.1. A Preservação da Primazia do Árbitro ante a Impecuniosidade da Parte **70**

4.2.1.2.2. A Flexibilização da Regras Procedimentais como Mecanismo de Acesso à Justiça **70**

4.2.1.2.3. A Necessária Intervenção do Juiz Estatal **73**

4.2.1.2.4. A Dimensão da Intervenção do Juge d'Appui Como um Garantidor do Acesso ao Árbitro **77**

4.2.1.2.5. A Aplicação do Art. II.3 da Convenção de Nova Iorque **82**

4.2.1.2.6. A Flexibilização da Visão Francesa? **84**

5. OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE NA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM - A PERSPECTIVA BRASILEIRA **85**

5.1. A Competência para a Apreciação da Impecuniosidade – A Rigidez do Princípio da Competência-Competência no Brasil **88**

5.1.1. A Apreciação da Impecuniosidade em face das Exceções ao Princípio da Competência-Competência do Árbitro no Brasil **88**

5.1.2. A Exceção confirma a Regra - As Atenuantes Confirmam a Aplicação da Primazia Temporal do Árbitro para Apreciar as Situações de Impecuniosidade da Parte **92**

5.2. As Circunstâncias Necessárias para a Caracterização da Denegação de Justiça Ante a Impecuniosidade da Parte **101**

5.2.1. A Dimensão e a Prova da Impecuniosidade **105**

5.2.1.1. A Dimensão da Impecuniosidade **105**

5.2.1.2. A Prova da Impecuniosidade **105**

5.2.1.3. Inadmissibilidade do Estado de Denegação de Justiça **107**

5.2.1.4 O Direito da Parte Solvente "salvar" a Convenção de Arbitragem **112**

Original **116**

5.3. Os Efeitos da Impecuniosidade sobre a Convenção de Arbitragem **116**

5.3.1 A Impecuniosidade como Circunstância de Afastamento da Convenção de Arbitragem **116**

5.3.1.1. A Impecuniosidade como Circunstância de Nulidade da Convenção de Arbitragem **116**

5.3.1.2 A Impecuniosidade como Circunstância de Inoperância da Convenção de Arbitragem **118**

5.3.1.3 A Impecuniosidade como Circunstância de Inexequibilidade da Convenção de Arbitragem **118**

5.3.2. A Prevalência da Convenção de Arbitragem **119**

5.3.2.1. O Direito de Acesso ao Árbitro **119**

5.3.2.1.1. A Preservação do Objetivo Principal da Convenção de Arbitragem: Remeter as Partes à Arbitragem **120**

5.3.2.1.2. O Direito a Manutenção do Equilíbrio Econômico da Relação Contratual **124**

5.3.2.2. A Adaptação da Convenção de Arbitragem **125**

5.3.2.2.1. As Garantias Constitucionais do Processo na Arbitragem **126**

5.4 A Necessária Intervenção do Poder Judiciário **128**

5.4.1. O Juiz como Garantidor do Acesso à Arbitragem **130**

5.4.1.1. O Necessário Entendimento dos Poderes do Juiz na Ação do Art. 7° da Lei de Arbitragem **131**

5.4.1.2. O Papel do Juiz na Ação do Art. 7° da Lei de Arbitragem **132**

5.5. A Posição do Poder Judiciário Brasileiro **140**

6. CONCLUSÃO **144**

REFERÊNCIAS **147**

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é o mecanismo de solução de controvérsias pelo qual as partes convém submeter certos litígios ao julgamento de particulares - os árbitros – através da celebração de uma convenção de arbitragem.

Comumente, a convenção de arbitragem é efetivada no momento da formação do negócio jurídico. Através da celebração de uma cláusula compromissória, as partes pactuam pela utilização da arbitragem como mecanismo de solução das controvérsias, vinculando-se a essa escolha e renunciando, ao mesmo tempo, à apreciação do juiz estatal sobre o mérito do litígio.

Entre o momento da celebração da cláusula compromissória e a efetiva existência do litígio, é provável que exista um lapso temporal. Nesse período, uma alteração na situação financeira das partes contratantes pode ser verificada.

É sabido que fatores inerentes a um negócio jurídico ou externos a própria atividade das partes contratantes podem deteriorar sua capacidade para cobrir as obrigações correntes, inclusive podendo ocasionar um estado de insolvência.

Na hipótese de uma parte litigante enfrentar dificuldades financeiras no momento da verificação do litígio, essa situação pode repercutir na ausência de fundos para suportar as custas arbitrais necessárias para a instauração da arbitragem.

Tem-se então um paradoxo para a parte que deseja iniciar uma arbitragem. Por um lado, ela está obrigada a dirimir o litígio exclusivamente através da arbitragem, mas não possui recursos financeiros suficientes para instaurar o procedimento arbitral. Simultaneamente, por outro lado, ela está proibida de acessar a Justiça Estatal, por força do efeito negativo da convenção de arbitragem.

Tendo essa situação como pano de fundo, o problema que se apresenta é: a ausência de recursos financeiros suficientes para instaurar a arbitragem repercute numa situação de

denegação de justiça que justifique o afastamento da convenção de arbitragem pactuada pelas partes?

Neste trabalho de pesquisa, duas hipóteses de solução do problema serão analisadas.

A primeira hipótese considera que a carência de recursos financeiros para instaurar uma arbitragem repercute no afastamento da convenção de arbitragem e permite que o litígio seja julgado pelo juiz togado.

A segunda hipótese considera que a carência de recursos financeiros não repercute o afastamento da convenção de arbitragem, todavia enseja sua adaptação para preservar a solução do litígio através da arbitragem.

Para tanto, o presente trabalho é dividido em quatro partes.

A primeira parte tratará da metodologia de pesquisa e delimitação do tema, bem como da definição de conceitos fundamentais para o desenvolvimento e compreensão do trabalho.

A segunda parte tratará dos mecanismos de financiamento da arbitragem, uma ferramenta econômica de superação da carência de recursos da parte impecuniosa.

A terceira parte versará sobre uma investigação da abordagem do tema na Alemanha, França e Portugal, cujo objetivo é extrair pontos chave que possam orientar o tratamento da questão no Brasil. Esse o tema da quarta parte do trabalho.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO, METODOLOGIA DE PESQUISA E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

2.1. Delimitação do Objeto e Metodologia de Pesquisa

Uma pesquisa científica sobre o tema proposto poderia ser realizada sob diferentes prismas[1]. Entretanto, considerando a escolha do direito comparado como linha de pesquisa, deve-se realizar algumas delimitações no tema a ser desenvolvido.

Como objeto de pesquisa tem-se a arbitragem comercial, analisada sob a perspectiva comparativista. Foram escolhidos ordenamentos jurídicos que enfrentaram o problema analisado neste trabalho e que se filiam a família germano-românica, não necessariamente apresentando a mesma dimensão do princípio da competência-competência do árbitro verificada no Brasil – ponto esse fundamental na análise ora realizada.

Por arbitragem comercial, compreende-se aquela que verse sobre questões inerentes a relações de natureza comercial[2]. Isso pode parecer óbvio, no entanto, o entendimento sobre o vocábulo "comercial"[3], repetido em pelo menos que três convenções internacionais sobre arbitragem[4], é interpretado para além das questões inerentes ao comerciante[5], como o

---

[1] Poder-se-ia analisar o problema sob o prisma exclusivo dos direitos humanos, do direito constitucional, do direito falimentar. Da mesma forma, poder-se-ia ser objeto de análise a ausência de recursos econômicos numa relação de consumo ou trabalhista.

[2] A despeito do Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras firmada em Nova York (CNY) em 1958 reconhecerem a autonomia dos legislações estatais para a definição do termo "comercial" inerente às arbitragens.

[3] RUBINO-SAMMARTANO cita a decisão da Cour d'Appel de Lyon que sintetiza a interpretação de comércio internacional em direito francês: "[...]international commerce encompasses all economic exchanges which cross borders and is not limited to the strict technical notion of trade or of a transaction consummated by a trader; all international disputes having an economic object are to be treated as commercial". RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration – Law and Pratice**. 2 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 41.

[4] Convenção de Nova Iorque Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1962 e Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional.

comércio de mercadorias, finanças, investimentos, consultoria e atividades similares com fins lucrativos[6].

Na presente dissertação, o termo "comercial" ganha um aspecto limitador do objeto de pesquisa, afastando da análise a arbitragem realizada no contexto das relações trabalhistas, consumeristas e administrativas, que são permeadas por princípios, características e regras imperativas próprias. Para evitar uma excessiva abrangência do tema a ser estudado, optou-se por limitar o objeto de análise num conceito de arbitragem comercial restritivo, que exclui da apreciação as peculiaridades inerentes as tais ramos do Direito.

Da mesma forma, não serão abordadas as peculiaridades das relações jurídicas desproporcionais, em que se possa verificar a presença de uma parte frágil[7] ou um desequilíbrio de forças na formação do contrato, como ocorre nos contratos de adesão.

Ademais, diante da dimensão das atividades comerciais acima expostas, serão consideradas exclusivamente como objeto da pesquisa as situações que envolvam comerciantes[8] privados, excluindo-se as arbitragens realizadas entre Estados e as arbitragens de investimento realizadas sob a égide da Convenção de Washington de 1965 ou de acordos bilaterais[9, 10].

---

[5] "The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road". Gary Born cita que a presente definição encontra-se no rodapé da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 51.

[6] Ibid., p. 269.

[7] Cf. FONTMICHEL, Maximin de. **Le faible et l'arbitrage.** Paris: Economica, 2012.

[8] Por consequência, exclui-se do objeto da pesquisa científica a análise da arbitragem vinculada a relações de consumo.

[9] A análise dessas modalidades de arbitragem envolveria o estudo de questões de direito público, a qual não se identifica com o propósito do trabalho.

[10] Essa ressalva se faz necessária, pois como afirma FOUCHARD, o caráter comercial da arbitragem engloba toda relação econômica, incluindo-se aquelas realizadas entre Estados e entes privados. "[...] il convient d'entendre assez largement, en l'occurence, la "commercialité", pour considérer qu'elle englobe toute

Sob um outro enfoque, os efeitos da insuficiência de recursos serão analisados como um obstáculo de acesso à jurisdição, envolvendo as circunstâncias da instauração da arbitragem[11]. Não serão estudados os efeitos da ausência de recursos financeiros supervenientes durante o procedimento arbitral.

Faz-se aqui um novo corte metodológico, vez que não serão analisados nesta pesquisa científica os efeitos da decretação de insolvência na arbitragem comercial, seja ela advinda de recuperação judicial ou processo falimentar. Isso ocorre, pois no âmbito do estudo da arbitragem, a análise dos efeitos da decretação de insolvência de uma das partes litigantes, suscita, a tempos, reiteradas discussões acadêmicas[12]. Contudo, a maioria desses estudos, diante da complexidade do tema[13], a análise restringiu-se aos efeitos jurídicos da decretação de insolvência de uma das partes litigantes[14]; omitindo de seu escopo eventuais reflexos à arbitragem da incapacidade econômico-financeira das partes não caracterizada através desses institutos[15, 16].

---

relation économique et introduire dans notre sujet, notamment, les arbitrages intéressant un Etat ou une personne morale de droit public d'une part, et une enterprise privée d'autre part [...]". FOUCHARD, Philippe. Quand une arbitrage est-il international?. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007, p. 251.

[11] Aplica-se aqui o critério para a instauração da arbitragem disciplinado no art. 19 da Lei n°. 9.307/96.

[12] FOUCHARD, em artigo publicado em 1998 na Revue de l'arbitrage, comentou: "Le sujet traité ici n'est pas nouveau. Il a fait l'objet d'études devenues classiques (P. Ancel, "L'arbitrage et procédures collectives", Rev. Arb., 1983:255; P. Ancel, 'L'arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985', Rev. Arb., 1987:127). Plus récement, l'Association suisse de l'arbitrage a consacré son assémblée générale du 6 septembre 1996 à Neuchatêl aux 'effects des faillites et prcédures collectives sur un arbitrage en cours ou à venir'. De même, l'International Bar Association, lors d'un séminaire tenu à Paris em septembre 1994, avait traité de 'The Effect of Insolvency Procedures on Arbitration". FOUCHARD, Philippe. **Arbitrage et Faillite**. FOUCHARD, Philippe, op. cit., 2007, p. 179.

[13] Como exemplo da complexidade do tema, FOUCHARD cita "La difficile relation entre arbitrage et faillite est encore compliquée lorsqu'elle presente des aspects internationaux; les interêts en jeu sont alors plus disperses, les règles nationales sur la faillite se contraient, et l'arbitre peut être tente de les écarter, s'il voit des régles de Police étrangères au droit applicable au fond du litige". FOUCHARD, Philippe, op. cit., 2007, p. 179.

[14] Cf. NATER-BASS Gabrielle; MOSIMANN, Olivier. Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration**.** KLAUSEGGER, Christian et al., **Austrian Yearbook on International Arbitration**. vol. 2011, p. 163 a 180; ROSELL, José; PRAGER, Harvey. International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC. **Journal of International Arbitration**. vol. 18. The Netherlands: Kluwer Law International, 2001, p. 417 a 434; BERSET, Dominique; LEVY, Laurent. Faillite et arbitrage. **ASA Bulletin** vol. 16, issue 4. Gèneve: Association Suisse de l'Arbitrage, 1998, p. 664 a 680; KROLL, Stefan Michael. Arbitration and Insolvency Proceedings - Selected Problems. MISTELIS, Loukas; LEW, Julian (Coord.). **Pervasive Problems in International Arbitration.** Le Haye: Kluwer Law International, 2006, p. 357 a 376.

[15] Em outros artigos, a despeito do objeto do estudo ser a relação entre falência e arbitragem, pode-se verificar a menção sobre questões também aplicáveis quando presente uma incapacidade econômico-financeira da parte litigante, sem que ainda tenha ocorrido a decretação de sua insolvência. Cf. MANTILLA

2.2. Conceitos Introdutórios

Antes de adentrar na análise da temática proposta é necessário precisar alguns conceitos fundamentais para a compreensão deste trabalho acadêmico.

2.2.1. Arbitragem

2.2.1.1. O Conceito de Arbitragem

A arbitragem não é um instituto recente, confundindo-se com a própria história da humanidade[17]. Na sua origem, a arbitragem possuía um conceito simples[18]. Indivíduos, incapazes de solucionar um disputa por consenso, submetiam seu desentendimento ao julgamento de um terceiro particular, cuja experiência ou discernimento ambas confiavam. Por conta das qualidades reconhecidas a esse indivíduo e da confiança num julgamento justo, a decisão naturalmente vinculava as partes[19].

Esse conceito simples de mecanismo de solução de controvérsias é inerente a um convívio social e consequência direta da impossibilidade de solucionar um litígio através da negociação.

SERRANO, Fernando. International Arbitration and Insolvency Proceedings. **Arbitration International**, vol. 11, issue 1. La Haye: Kluwer Law International, 1995, p. 51 a 74.

[16] FOUCHARD afirma que não é raro existir uma relação entre a arbitragem e procedimentos judiciais relacionados com a insolvência, isto porque a insolvência é um elemento motivador do inadimplemento contratual que remete a necessário utilização da arbitragem. FOUCHARD, Philippe. op. cit., 2007, p. 179.

[17] ZAPPALA, Francesco. Historic universalism of arbitration. **Revista Vniversitas**, n. 121, jul./dez. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 193.

[18] Testemunhos mais antigos da utilização rudimentar da arbitragem datam de aproximadamente 2.000 A.C, quando as leis assírias permitiam que "magistrados domésticos" aplicassem penas em litígios privados. Posteriormente, na Arábia pré-islâmica, ter-se-ia a utilização de procedimento arbitral elaborado, bem como verifica-se citações à arbitragem no Alcorão e no Antigo Testamento.

[19] Cf. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op. cit., 2009. p. 1 e 2.

Apesar de inexistir consenso sobre a origem da arbitragem[20,21], havendo inclusive especulações sobre a sua anterioridade frente à jurisdição estatal[22], a evolução histórica da arbitragem repercutiu no incremento de sua complexidade.

BORN comenta que atualmente para cada Doutrinador que trata da arbitragem existe uma conceituação diferenciada desse instituto[23]. Assim, a complexidade da arbitragem apresenta-se refletida, inicialmente, na sua própria conceituação, quando inserida, num maior ou menor grau, as características nela observadas.

Por exemplo, JARROSSON afirma que a arbitragem pode ser conceituada como "a instituição pela qual um terceiro resolve a diferença que opõe duas ou mais partes, no exercício da missão jurisdicional que lhe é confiada por elas".[24]

Refletindo as peculiaridades do Direito Brasileiro, CARMONA apresenta sua definição:

> A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor[25].

---

[20] CLAY afirma que "ao fim do século XX, reconhece-se que a origem da arbitragem permanece desconhecida. (...)" (tradução nossa). CLAY, Thomas. **L'Arbitre**. Paris, França: Dalloz, 2001, p. 2.

[21] BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER afirmam que escrever a história da arbitragem seria como resolver um quebra-cabeças. No original: "Indeed, writing such a history would be like trying to put together an immense jigsaw puzzle [...]". BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op. cit., 2009, p. 4.

[22] Nesse sentido, pode-se citar importante tese de François de Menthon intitulada "Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire". Paris, 1926; MAGDELAIN A. Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome, **RIDA**, n° 27, 1980. e MONIER, R., **Manuel élémentaire de droit romain**. 6 ed., Paris, 1954.

[23] Apesar de fazer referência a arbitragem internacional, o mesmo se aplica para o instituto da arbitragem lato sensu: "As discussed below, there almost as many other definitions of international arbitration as there are commentors on the subject". BORN, Gary B., op. cit., p. 65.

[24] Para JARROSSON, arbitragem pode ser conceituada como "l'institution par laquelle un tiers, règle le différend que oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci". JARROSSON, Charles. **La notion d´arbitrage**. Paris: LGDJ, 1987.

[25] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

Apesar de diferentes, os conceitos acima indicam os aspectos que caracterizam a natureza jurídica da arbitragem: a existência de uma missão jurisdicional reconhecida ao árbitro e a origem convencional desse poder de julgar.

2.2.1.2. A Natureza Jurídica da Arbitragem

Sinteticamente, a Doutrina[26] entende existir quatro possíveis variações da natureza jurídica da arbitragem: contratual, jurisdicional, autônoma e mista.

A corrente contratualista entende que a arbitragem é uma espécie de relação contratual, visto que toda arbitragem advém essencialmente de uma convenção de arbitragem[27]. Para essa corrente, os árbitros não são juízes da causa e não exercem qualquer função pública ou atribuída pelo Estado[28].

Em contraposição, a corrente jurisdicionalista entende que o árbitro detém um poder jurisdicional advindo da lei estatal. Apesar de reconhecer que a arbitragem origina-se de uma convenção privada, essa teoria entende que a arbitragem necessita ser regulada por lei estatal que a suporte. O poder dos árbitros não teria origem na convenção de arbitragem, mas sim numa legislação estatal que autoriza tal escolha; assim, a missão jurisdicional do árbitro seria uma espécie de extensão da tutela do Estado, revestindo-se de um interesse público.

Analisando a arbitragem com enfoque internacional, RUBELLIN-DEVICHI diverge do embate tradicional - entre as teorias contratual e jurisdicional - ao defender a autonomia da arbitragem. Para a autora, a teoria dos contratos não se aplica integralmente a convenção de arbitragem, bem como não há equiparação entre o poder jurisdicional do

---

[26] Aplica-se a divisão sugerida por BORN. BORN, Gary B., op. cit., p. 184.

[27] "It is the arbitration agreement that gives [the arbitral award] its existence; it is from the arbitration agreement that it derives all its substance; it has, then, like the arbitration agreement, the caracter of a contract; and the precise truth is that it is only the performance of the mandate that the parties have entrusted to the arbitrators; it is even, to put it precisely, only an agreement to which the parties have bound themselves by the hands of the latter (the arbitrators)". MERLIN, P. **Recuil alphabétique des questions de droit.** apud BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 185.

[28] Sobre a corrente contratalista, ver: COSSIO, Francisco González de. La natureza Jurídica del Arbitraje: un Ejercicio de Balanceo Químico. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 16, São Paulo: IOB, 2007, p. 55 a 67.

Estado e aquele atribuído aos árbitros[29]. Acrescenta ainda que não há como estabelecer limites entre os aspectos contratuais e jurisdicionais na arbitragem, porque em verdade existem características que não são encontradas em nenhuma dessas vertentes. Circunstâncias essas que repercutiriam no entendimento de que a arbitragem é um instituto *sui generis* e portanto autônomo[30].

O entendimento majoritário da Doutrina Internacional[31,32,33,34], defende o posicionamento de que a arbitragem possui uma natureza jurídica mista ou híbrida, com aspectos contratuais e jurisdicionais. Como fundamento tem-se que o poder de julgar do árbitro é revestido de uma verdadeira missão jurisdicional que lhe é conferida por uma convenção privada[35].

OPPETIT filia-se a esse entendimento, afirmando que a arbitragem não poderia ser deduzida a um fenômeno contratual, como defendido por MERLIN, sendo a natureza

---

[29] "It is out of the question to apply the law of contract to the arbitral agreement and that relating to judgements to the award. The award is not a judgement and the arbitral agreement is not a contract like any other." RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965, p. 365.

[30] "In order to allow arbitration to enjoy the expansion it deserves, while all along keeping it within its appropriate limits, one must accept, I believe, that its nature is neither contractual, nor jurisdictional, nor hybrid, but autonomous". Idem.

[31] JARROSSON, Charles. op. cit., 1987. GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Paris: Kluwer Law International, 1999, p. 9; CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 31.

[32] BORN filia-se na corrente mista ao afirmar que "it is impossible not to consider arbitration as a hybrid, combining elements of both contractual relations and jurisdiction authority". BORN, Gary B. op. cit., p. 188.

[33] ROBERT aparenta considerar a natureza jurídica da arbitrage como mista. "On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux jurisdictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger". Todavia, na sequência, afirma que "c'est cet aspect contractualiste qui fait de l'arbitrage la branche la plus dinamique du droit des obligations" ROBERT, Jean. **L'arbitrage – droit interne, droit international privé**. 6 ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 3 e 4.

[34] HUNTER afirma que "international commercial arbitration" is a hybrid" [...] In short, this essentially private process has a public effect, implemented with the support of the public authorities of each State and expressed through that State's national law". BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op. cit., 2009, p. 30.

[35] HANOTIAU afirma que "Arbitragem é uma criatura do contrato". HANOTIAU, Bernard. The Parties to the Arbitration Agreement. In: LÉVY, Laurent; DERAINS, Yves. (Coord.). **Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff.** Paris: Pedone, 2011, p. 323.

jurisdicional incontestável. A arbitragem é uma espécie de justiça privada em que o árbitro possui poderes *juridictio* em sua plenitude[36].

Para a Doutrina Brasileira, não restam dúvidas quanto a natureza jurídica mista da arbitragem[37].

A Lei de Arbitragem, ao equiparar a função do árbitro a do juiz[38] e ao conceder à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial[39], manifesta claramente o aspecto jurisdicional do poder do árbitro.

CARREIRA ALVIM afirma que a arbitragem brasileira, por natureza e definição, teria indiscutível caráter jurisdicional, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes"[40].

Mesmo na Doutrina Processualista, esse entendimento apresenta ressonância[41]. Para DIDIER JR. a jurisdição é função atribuída ao terceiro imparcial estranho ao conflito. A

---

[36]"L'arbitrage n'est plus réductible à un phénomène contractuel, ainsi que le proclamaient les philippiques enflammées de Merlin: sa nature juridictionnelle n'est plus contestée, même si son origine reste contractuell; l'arbitrage est une justice privée, certes mais une justice: elle procède de la volonté des parties de confier à un tiers le pouvoir de juger; l'arbitre est investi de la juridictio dans toute sa plénitude [...]" OPPETIT, Bruno. **Théorie de l'arbitrage**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 28.

[37] "Daí porque parece não haver mais sentido, hoje, em se falar de monopólio do Estado no exercício da jurisdição. Pode-se falar em origem diferenciada (contratual) da jurisdição exercida pelo árbitro, mas nem por isso deixará de ser jurisdição". GIUSTI, Gilberto. O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5. São Paulo: IOB, 2005, p. 9.

[38] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

[39] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

[40] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 68.

[41] Cumpre-se, entretanto, pontuar que não se trata de unanimidade. MARINONI defende que não há qualquer motivo para equiparação da atividade do árbitro com a jurisdição. Na sua concepção, falta a primária percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem, que são distintos. Uma das essências jurisdicionais é o princípio da unidade de jurisdição. Indelegável, portanto, não há possibilidade de divisão do exercício da atividade jurisdicional e só pode ser realizada por pessoa devidamente investida na autoridade de juiz. Assim, para MARINONI, a arbitragem é mera manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica na renúncia à jurisdição, ou seja, uma vez que o litígio não será apreciado por juiz estatal investido no cargo por meio de concurso público, sendo a jurisdição um monopólio do Estado, não há

arbitragem, então, seria somente mais uma atividade puramente jurisdicional de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa desinteressada a resolução do litígio. Dessa forma, devido ao caráter jurisdicional do juízo arbitral é que se torna possível a afirmação de que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional, mas sim propriamente jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado, como consequência do exercício do direito fundamental de autonomia negocial[42].

Como um meio alternativo de solução de controvérsias, DINAMARCO considera a arbitragem uma atividade parajurisdicional, porém funcionalmente equivalente à jurisdição estatal. O autor entende que a arbitragem não se endereça a todos os demais objetivos da jurisdição, vez que acredita não possuir a finalidade de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial. Entretanto, como os objetivos e utilidade social da jurisdição estatal e arbitral são os mesmos, quais sejam a busca pela pacificação de pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam, tornam o instituto da arbitragem funcionalmente equivalente à jurisdição estatal[43].

Por outro lado, o aspecto contratualista da arbitragem encontra-se consolidado no direito brasileiro pelo fato da convenção de arbitragem ser uma espécie de "modalidade peculiar de contrato e que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral"[44]; isso porque não tratam de questões de direito substancial, mas essencialmente processual[45].

---

que se falar em atividade jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v.1. São Paulo: RT, 2011, p.153 a 160.

[42] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v.1. Bahia: Podium, 2011, p.104 a 107.

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009, p.125 a 128.

[44] BATISTA MARTINS, Pedro. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

[45] "Despite its procedural effects, the arbitration agreement is primarly a substantive contract by which the parties agree to refer their disputes to arbitration instead of the state courts". LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration** London: Kluwer Law International, 2003, p. 129 a 130.

CARMONA afirma reinar um consenso entre os autores modernos – no sentido de definir o compromisso arbitral como um "contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais [...]"[46]. Para a cláusula compromissória, o mesmo pode ser dito, sendo um "negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos [negativos] em relação ao processo [estatal] e positivos, em relação ao processo arbitral [já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros]"[47].

Para fins desta pesquisa acadêmica, aplicar-se-á a teoria mista da natureza da arbitragem, aspecto esse de grande importância para a solução do estado de denegação de justiça potencialmente gerado pela impecuniosidade da pessoa.

2.2.1.3. O Princípio da Competência-Competência do Árbitro

Tradicionalmente, a regra que reconhece a competência dos árbitros para julgar sua própria jurisdição[48,49] é conhecida como princípio da kompetenz-kompetenz ou compétence-compétence[50].

---

[46] "Contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais [...]", obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária o conhecimento da controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral". CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., (Citando BIAMONTI, Luigi. Arbitrato – diritto processuale civile". In: Eciclopedia del Diritto. vol. II. Milão: Giuffré Editore, 1958. p. 904. trad. livre.

[47] CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 102.

[48] Para fins de precisão terminológica, o termo "jurisdição" será considerado como: "a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível". DIDIER JR., Fredie. op. cit., 2011. p. 89. Tradicionalmente vista como um monopólio do Estado, esse pode autorizar o exercício da função jurisdicional por outros agentes privados, como na arbitragem. Nesse sentido, ver: DIDIER JR., op. cit., 2011. e MAGALHÃES, José Carlos. **1° Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

[49] Sobre a influência da linguagem no estudo do direito comparado, ver CURRAN, Vivian Grosswald. **Comparative Law and Language**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851506. Acesso em 2 de janeiro de 2013.

[50] FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN esclarecem sobre a imprecisão terminológica de se utilizar a expressão germânica "kompetenz-kompetenz". Isto ocorre, pois seu tradicional significado remete a impossibilidade de revisão judicial da decisão tomada pelo Tribunal Arbitral sobre sua própria jurisdição, tornando-a imutável e definitiva. Entretanto, tal situação é rejeitada pelo direito alemão. Nesse sentido, os autores sugerem a utilização do termo francês "competénce-competénce". GAILLARD e SAVAGE. op. cit., 1999, p. 395.

Esse princípio permite ao Tribunal Arbitral continuar com o procedimento arbitral e decidir sobre sua própria capacidade para julgar o litígio, mesmo que a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, ou mesmo do contrato à qual estiver inserida, sejam questionados por uma parte litigante.

O princípio da competência-competência do árbitro é uma consequência dos efeitos da convenção de arbitragem. O efeito positivo que remete a obrigatoriedade das partes resolverem seus litígios através da arbitragem e o efeito negativo que afasta a jurisdição estatal para decidir o mérito de controvérsias vinculadas à convenção arbitral[51].

Não raramente, o princípio da competência-competência é interpretado no sentido de reconhecer aos árbitros poderes exclusivos e finais para conhecer sobre sua própria jurisdição. Fato é que essa aptidão dos árbitros geralmente não é absoluta ou final.

Ao princípio da competência-competência reconhece-se um duplo efeito.

O efeito positivo habilita os árbitros a julgarem sobre sua própria jurisdição, decidindo, diante da objeção apresentada por uma das partes, questões inerentes a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato principal, além da arbitrabilidade do litígio. Sob o ponto de vista prático, o efeito positivo permite a continuidade da arbitragem, mesmo diante de questionamento sobre a competência do Tribunal Arbitral julgar o mérito do litígio; o que faz com essa faceta do princípio da competência-competência seja amplamente reconhecido nos ordenamentos jurídicos estatais e tratados internacionais relativos à arbitragem[52].

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, em seu art. 16 (1) dispõe que "o tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria jurisdição,

---

[51] A definição desses princípios é apresentada por FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN como **"**an arbitration agreement is a contract in which the parties agree to submit their existing or future disputes to arbitrators, and not to the courts. Put positively, an arbitration agreement obliges the parties to honor this commitment and provides the basis for the jurisdiction of the arbitral tribunal; put negatively, the arbitration agreement prevents the parties from seeking the resolution by the courts of disputes covered by the arbitration agreement". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. op. cit., 1999, p. 381.

[52] "Afinal, não é isto que dita o bom senso?" ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 6. São Paulo: IOB, 2005, p. 53.

incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem"[53].

A Convenção de Washington de 1965 para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados também reconhece o efeito positivo do princípio da competência-competência ao estabelecer, em seu art. 41(1), que: "o Tribunal será o juiz de sua própria jurisdição".

A Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961, em seu art. 5°, parágrafo 3°, estabelece que o árbitro, ao ser questionado sobre jurisdição, deve decidir sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem ou do contrato nela inserida[54].

Entretanto, exceções ainda existem. PARK[55] destaca que a lei de arbitragem da República Popular da China atribui a uma "comissão de arbitragem" - diversa dos árbitros indicados para julgar o mérito do litígio - ou a Corte Estatal, o poder para decidir objeções apresentadas sobre a validade da convenção de arbitragem.

Por sua vez, o efeito negativo do princípio da competência-competência tem por função afastar ou restringir a competência do tribunal estatal para julgar questões inerentes

---

[53] Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com alterações adotadas em 2006. Texto original: "(1)The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement". Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html. Acesso em 22 de novembro de 2012.

[54] http://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf. Acesso em 27 de abril de 2013.

[55] "Exceptions do exist, however. In China, for example, the power to rule on the validity of an arbitration agreement is given to "the arbitration commission" (which is to say, the supervisory arbitral institution) rather than the arbitrators. The assumption seems to be that ad hoc arbitration does not take place in China. Article 20 of the Arbitration Law of the People's Republic of China (effective 1 September 1995) provides, "If a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or apply to the People's Court for a ruling. If one party requests the arbitration commission to make a decision and the other party applies to the People's Court for a ruling, the People's Court shall give a ruling". PARK, Willian W. The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. **ICCA Congress Series 55**, ICCA Congress, Montréal, 2006, p. 22.

a jurisdição do Tribunal Arbitral[56]. A uniformidade de entendimento verificada sobre os efeitos positivos do princípio da competência-competência, contudo, não se apresenta quando o princípio atinge o poder dos tribunais estatais[57].

Assim, diante do dilema de promover a eficácia da arbitragem e equalizar os custos e meios imponíveis a essa situação[58], os ordenamentos jurídicos apresentam diferentes interpretações do princípio da competência-competência[59].

Por exemplo, existem ordenamentos jurídicos, como o Português e o Alemão, que permitem uma análise paralela da convenção da arbitragem entre o árbitro e o juiz, sem que isso repercuta na paralisação do procedimento arbitral. Por outro lado, como ocorre na França e no Brasil, existem outros ordenamentos jurídicos que facultam a intervenção judicial prévia à arbitragem em circunstâncias excepcionais, sendo o controle posterior à sentença arbitral a regra geral.

Como será demonstrado neste trabalho, essa diferenciação de perspectiva do efeito negativo do princípio da competência-competência produzirá impactos na apreciação do estado de denegação de justiça advinda da impecuniosidade da parte.

---

[56] CLAY, reproduzindo a interpretação francesa do princípio, assim define o efeito negativo: "(...)celui par lequel les jurisdictions étatiques doivent refuser de statuer sur la validité d'une convention d'arbitrage dès lors que son existence n'est pas douteuse prima facie (...)". CLAY, Thomas. op. cit., 2001, p. 110.

[57] "La même unanimité [compétence des arbitres pour connaître de leur compétence] ne se retrouve pas en droit comparé lorsque la règle s'adresse non plus aux arbitres mais aux juridictions étatique." GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit Suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négative de la compétence-compétence. AKSEN, Gerald e BRINER, Robert Georg. **Global Reflections on International Law, Commerce & Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner.** ICC Publishing: Paris, 2005, p. 312.

[58] Não se poderia omitir neste estudo o aspecto funcional do princípio da competência-competência, pois, segundo Esin ORUCU ensina "compartive law is concerned with the overall problems with influence the legal, social and cultural systems in society rather than with rules of a particular field of law". ORUCU, Esin. **The Enigma of Comparative Law –** variations on a Theme for the Twenty-first Century. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 12.

[59] Nesse sentido, posicionam-se LEE e VALENÇA FILHO. LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos sobre Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148.

2.2.2. A Impecuniosidade e a Insolvência

Impecuniosidade é um termo vago. Para os dicionários de língua portuguesa, impecunioso é aquele que não possui dinheiro[60]; que não é rico nem endinheirado. Os dicionários jurídicos de língua portuguesa ignoram o termo[61].

No entanto, o termo impecuniosidade é utilizado pela Doutrina estrangeira[62] para definir a situação em que uma pessoa física ou jurídica apresenta dificuldade financeira[63] e não possui recursos financeiros suficientes para arcar com as custas e despesas de um procedimento judicial ou arbitral. A dimensão e os componentes que integram a verificação desse estado de impecuniosidade são definidos de maneira autônoma por cada legislação.

Inobstante as nuâncias que caracterizaram o estado de impecuniosidade, essa não se confunde com insolvência civil. Como será visto no decorrer desta pesquisa acadêmica, a impecuniosidade não é vista como "o estado de fato que vem impedir a satisfação dos compromissos assumidos, em sua totalidade, pela ausência ou insuficiência de recursos necessários a seu cumprimento"[64]. Nem mesmo equipara-se com a insolvência comercial, essa definida como "[...] o estado de fato revelador da incapacidade do ativo do empresário de propiciar-lhe recursos suficientes a pontualmente cumprir as suas obrigações, quer por carência de meios próprios, quer por falta de crédito [...]."

---

[60] HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa.** Houaiss/Almedina, 2009. MICHAELIS, **Moderno Dicionário da Língua Portugesa**, São Paulo: Melhoramentos, 1998.

[61] Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**, 24 ed. atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

[62] TRAIN, François-Xavier. Impecuniosité et accés à la justice dans l'arbitrage international. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2012, issue 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2012.

[63] "Diz-se que uma empresa enfrenta dificuldades financeiras quando os fluxos de caixa gerados pelas operações da empresa não são suficientes para cobrir as obrigações correntes (tais como pagamentos devidos a fornecedores ou despesas financeiras), e a empresa é forçada a tomas providências corretivas". ROSS, Stephen A.; Westerfield, Randolph W.; JAFFE, Jeffrey F; tradução Antonio Zoratto Sanvicente. **Administração Financeira**. 2 ed. 10. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, p. 683.

[64] DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., 2004, p. 749.

CAMPINHO destaca que existem diversos critérios, adotados por vários sistemas jurídicos, para determinar o estado de insolvência, como o estado patrimonial deficitário, a incapacidade de pagar[65], a cessação de pagamentos, a impontualidade e a enumeração ou indicação de fatores concretos[66].

A impecuniosidade, para ser caracterizada, não depende que a ausência de recursos atinja a totalidade das obrigações assumidas pela pessoa. Pode a ela faltar recursos para suportar os custos de uma determinada arbitragem, por esses serem extraordinários, sem que isso signifique que a pessoa não possui meios para arcar com outras despesas inerentes de sua atividade comercial[67].

Desse modo, o termo impecuniosidade será utilizado nesta pesquisa para caracterizar a situação fática em que a parte, vinculada a convenção de arbitragem, não possui os recursos financeiros necessários à instituição da arbitragem. A dimensão e comprovação dessa situação dependerá do ordenamento jurídico a ser analisado.

2.2.3. As Custas Arbitrais

No passado, a arbitragem era vista como um procedimento mais econômico se comparado com os processos judiciais. DAVID, em livro publicado em 1982, afirmava que havia quatro principais razões para a escolha da arbitragem: "A disputa será resolvida mais rapidamente, de forma mais econômica, de acordo com procedimento menos rígido, por

---

[65] Sob a ótica da Doutrina francesa, COZIAN, VIANDIER e DEBOISSY comentam: "Les mauvais résultats, s'ils se multiplient, peuvent conduire au dépôt de bilan de la société, qui ouvre une des deux procédures suivantes: Le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire. Mais la situation peut être mauvaise sans être désespérée; Il en est des entreprises comme des êtres humains, on peut souffrir d'une maladie chronique sans être moribond. Le tri se fait en fonction d'un critère simple, celui de la cessation des paiements, c'est à dire l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible". COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. **Droit des Sociétés**. 2 ed. Paris: LITEC, 1990, p. 158.

[66] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 188 a 193.

[67] "As highlighted by Stefan Kröll, "[p]arties may lack the necessary funds to finance proceedings even when they are not insolvent. On the other hand, the insolvency of a party does not necessarily mean that this party does not have sufficient funds to initiate or participate in arbitration proceedings. There might still be sufficient money left in the estate or the creditors of the estate might be willing to finance the proceedings". KROLL, S. The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Dominique (eds.) **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards 363-364** (2008).

pessoas com confiança e com conhecimento técnico que não podemos esperar encontrar entre os juízes"[68].

Atualmente, discute-se a existência de uma outra realidade. BORN, ressalta que, por certas vezes, a arbitragem pode possuir custos elevados[69].

Corroborando com essa afirmação, um estudo, *realizado pelo Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG*) no ano de 2010, concluiu que os advogados internos das empresas consideram que a arbitragem "custa demasiadamente"[70].

Inclusive, esse fato é reconhecido pelas instituições de arbitragem, as quais têm implementado procedimentos administrativos para otimização de tempo e custo na arbitragem, como acontece com a Câmara de Comércio Internacional – "CCI"[71].

Mas o que comporia as custas arbitrais?

Segundo PLÁCIDO E SILVA[72], o vocábulo custas serve para designar as despesas ou encargos do processo fixados por lei, enquanto despesas são os gastos advindos do processo com o pagamento de peritos, avaliadores, diligências e outros encargos pecuniários consequentes do andamento do processo.

---

[68]"Le litige será résolu plus rapidement, plus économiquement, selon procédure moins rigide, par des personnes ayant leur confiance ou possédant des connaissances techiniques que l'on ne peut pas s'attendre à trouver chez les juges". DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international.** Paris: Economica, 1982, p. 15.

[69] "It used to be said that arbitration was a speedy and relatively inexpensive method of dispute resolution. This is no longer so, at least where international arbitration is concerned". BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op.cit., p. 35.

[70] "A recent study of the Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) found that 100% of the corporate counsel participants believe that international arbitration "takes too long" (with 56% of those surveyed strongly agreeing) and "costs too much" (with 69% strongly agreeing)." Estudo citado por REED, Lucy em artigo denominado "More on Corporate Criticism of International Arbitration", publicado em 16 de julho de 2010 no Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: (http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/). Acesso em 12 de janeiro de 2014.

[71] ICC Publication 843 - Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Disponível em http://www.iccwbo.org/court/arbitration/. Acesso em 10 de outubro de 2012.

[72] De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. vol. i. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 464 e 465.

Ao referir-se às custas do processo arbitral, CARMONA afirma que, no art. 27 da Lei de Arbitragem[73], o legislador estaria se reportando às verbas instituídas pelos órgãos arbitrais em seus regimentos para remuneração do trabalho de administração que desenvolverão. As despesas seriam então gastos necessários para a realização dos atos processuais e também aquilo que as partes gastaram para providenciar sua representação técnica[74].

Sem fazer uma diferenciação entre elas, BATISTA MARTINS entende que as despesas e custas devem ser consideradas como todos os dispêndios envolvidos na realização da arbitragem, tais como as taxas da instituição arbitral, os honorários e os gastos dos árbitros, os honorários e os gastos dos assistentes ou representantes das partes os custos com perícia e pareceres técnicos e todas as demais despesas relacionadas ao processo arbitral[75].

Para o presente trabalho, ganha relevo a divisão entre as custais e despesas inerentes ao procedimento arbitral, essas indissociáveis da arbitragem e aquelas despendidas pelas partes para o patrocínio da sua causa, cuja medida ocorrerá de acordo com a demanda e a estratégia processual.

BUHLER, sugere que as custas da arbitragem sejam divididas seguindo a natureza de sua origem: as custas processuais, que incluem os honorários dos árbitros, suas despesas e custas exigidas para a administração da arbitragem; e, as custas das partes, compostas por todas as despesas necessárias para a preparação do caso[76].

---

[73] Brasil, Lei 9.307/96: "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".

[74] Cf. CARMONA, op. cit., p. 374.

[75] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2008, p. 291 e 292.

[76] BUHLER, Michael. Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview. **ASA Bulletin** 22, n. 2, Gèneve: Kluwer International, 2004, p. 249.

2.2.3.1. As Custas Processuais

Sinteticamente, as custas processuais incorridas na arbitragem são aquelas destinadas a arcar com a administração do procedimento arbitral e com os honorários dos árbitros.

Naturalmente, os árbitros, como prestadores de serviços, devem ser remunerados. Os honorários arbitrais, como a maioria das relações de prestação de serviço, são dimensionados em razão do trabalho realizado e da responsabilidade imputada.

Assim, na grande maioria das instituições de arbitragem, os árbitros são remunerados pelo número de horas trabalhadas, quer seja através de um valor fixo por hora ou de um percentual do valor do litígio – e não do valor da condenação final. Outras instituições mesclam estas sistemáticas, estabelecendo uma graduação do valor da hora trabalhada pelo árbitro em razão do valor econômico da demanda real.

A administração da arbitragem também envolve custos, mesmo que seja uma arbitragem *ad hoc*.

Normalmente, a dimensão das custas administrativas é disciplinada no regulamento de arbitragem institucional escolhido pelas partes[77]. Ela pode envolver despesas com: taxa de administração cobrada pela instituição de arbitragem – que pode representar um valor fixo imutável ou variável de acordo com o valor econômico do litígio, taxa de registro - cobrada por ocasião do protocolo da solicitação de arbitragem[78], os gastos com viagens e as demais despesas realizadas pelos árbitros, aluguel de equipamentos para realização de audiências, entre outros.

---

[77] Por exemplo, art. 38 do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional, art. 12 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, art. 12 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, entre outros.

[78] Cobrado por exemplo pela Câmara de Mediação e Arbitragem - Associação Comercial do Paraná – ARBITAC.

2.2.3.2. As Custas Inerentes às Partes

A outra modalidade de despesas incorridas na arbitragem são aquelas advindas da representação das partes por advogados constituídos e da instrução probatória, como honorários de peritos e assistentes técnicos, despesas com produção de documentos, traduções, viagens de testemunhas, entre outros.

A dimensão desses gastos tem relação íntima com a complexidade da demanda, a estratégia preparada pelos advogados e, especialmente, com a sistemática de produção de provas estabelecida no procedimento arbitral.

Comumente utilizada em arbitragens internacionais ou com advogados formados em ordenamentos jurídicos de filiação à *Common Law*, o sistema de produção de provas denominado *full disclosure*[79], exige das partes a disponibilização à parte *ex adversa* da totalidade de documentos que dispõe sobre o caso, mesmo que sejam irrelevantes[80]. Esse sistema de produção de provas demanda um elevado número de horas trabalhadas para a pesquisa e organização da documentação[81] e, depois, para análise daquela enviada pela outra parte[82]. Trabalho esse que eleva o valor das despesas incorridas pelas partes na arbitragem[83].

Em 2007, uma pesquisa realizada pela *ICC Commission on Arbitration* identificou que, do total de custos envolvidos nas arbitragens administradas pela Câmara de Comércio Internacional, 82% eram despesas com honorários e custos advocatícios, despesas relacionadas com testemunhas e laudos periciais e outros custos incorridos pelas próprias

---

[79] Cf. WAINCYMER, Jeff. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. LA Haye: Kluwer Law International, 2012, p. 829 a 836.

[80] SCHEINMAN, Martin F. **Evidence and Proof in Arbitration.** 13 ed. Ithaca: Cornell University Press, 2001, p. 25.

[81] WAINCYMER, Jeffrey. op. cit., p. 1248.

[82] Sobre o procedimento de "discovery" em arbitragem, ver: STAMPA, Gonzalo. Discovery Arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 26. Curitiba: Síntese, 2012, p. 122 a 155.

[83] Parte da Doutrina Internacional critica o sistema do "full disclosure". Um por exemplo é DERAINS imputa a esses procedimentos longos e inúteis os custos elevados da arbitragem internacional. DERAINS, Yves. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. **Revista de Arbitragem e Mediação.** ano 4, n. 12. São Paulo: RT, 2007, p. 133.

partes, 16% eram honorários dos árbitros e somente 2% eram custas administrativas cobradas pela instituição[84].

2.2.3.3. A Responsabilidade pelo Pagamento das Custas Arbitrais

A responsabilidade pelo pagamento das custas envolve dois momentos distintos: o adiantamento das custas e a alocação das responsabilidades pelo seu ônus.

Apesar da forma de pagamento das custas arbitrais encontrar-se à disposição do acordo de vontade das partes, de maneira quase que absoluta, verifica-se na arbitragem uma sistemática de adiantamento e compensação.

No tocante as custas das partes, cada uma arca com as suas despesas durante o procedimento arbitral, repartindo o ônus quando, por exemplo, existe uma prova de interesse comum – perícia técnica. Assim, cada parte tem um controle sobre a dimensão de seus gastos e caso haja limite, como dosá-lo durante o desenrolar da arbitragem.

Com relação às custas processuais, verifica-se um sistema de adiantamento do pagamento em face da prestação do serviço que será oferecido; o que acontece tanto para as custas administrativas quanto para os honorários arbitrais[85].

De maneira a evitar os reflexos do descontentamento da parte perdedora na arbitragem e a eventual necessidade da tomada de medidas judiciais para receber o valor devido pelos serviços prestados, a maioria absoluta das instituições de arbitragem exige que o pagamento seja adiantado pelas partes[86]. No tocante as custas de administração pelas

---

[84] Publicada pela Commission on Arbitration and ADR em **Effective Management of Arbitration**: A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives.

[85] De acordo com o art. 1.2 do Apêndice III do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, as custas iniciais exigidas ao Requerente da arbitragem são: o valor resultante da soma das despesas administrativas da CCI, os honorários mínimos dos árbitros baseados na quantia reivindicada na ação e as despesas reembolsáveis que se preveja que o tribunal arbitral venha a ter na preparação da Ata de Missão. Disponível em: http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/. Acesso em 25 de maio de 2013.

[86] No Brasil, encontra-se essa previsão nos regulamentos de arbitragem da ARBITAC- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná, do CAM-CCBC - Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, da CAMFIEP – Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do

instituições de arbitragem é comum a exigibilidade do pagamento total no início do procedimento[87], para os honorários arbitrais verifica-se a exigibilidade do adiantamento de um valor mínimo inicial e depois complementos no transcurso do procedimento.

A responsabilidade pelo ônus do adiantamento é disciplinado pelas partes na convenção de arbitragem ou, na falta de um acordo, pelos árbitros. Comumente a previsão remete a uma partilha equânime do adiantamento entre as diferentes partes na arbitragem, mas pode ser proporcional ao valor econômico dos pleitos apresentados pelas partes.

O adiantamento das custas processuais não é facultativo, condicionando o próprio seguimento do procedimento arbitral[88]. As instituições de arbitragem, em seus regulamentos, normalmente disciplinam que a falta do adiantamento das custas processuais repercute na não transmissão dos autos ao Tribunal Arbitral[89]; o que, ultimamente, representa o encerramento da arbitragem[90].

Com o proferimento da sentença arbitral haverá a distribuição do ônus sobre as custas arbitrais incorridas pelas partes[91]. Ressalvado prévio acordo celebrado pelas partes,

---

Estado do Paraná, da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp, da CAMARB- Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil e Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM.

[87] Exceções são verificadas nas instituições que cobram taxas de mensais durante o transcurso do procedimento. Um exemplo é o Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM.

[88] GRIERSON e VAN HOOFT explicam que "the Secretariat will, upon receveing the Request of Arbitration, request the claimant to pay a provisional advance on costs, designed to cover the costs that the arbitral tribunal will incur in drawing up the Terms of Reference. The provisional advance on costs is fixed solely on the basis of the claimant's claims. The payment of this provisional advance is a condition for the file to be transferred to the arbitral tribunal". GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet. **Arbitrating under the 2012 ICC Rules** – An Introductory User's Guide. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2012, p. 137.

[89] Esta é inclusive a orientação da Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional para as arbitragens administradas por esta câmara de arbitragem: "A Secretaria transmitirá os autos ao tribunal arbitral tão logo este tenha sido constituído, e desde que o pagamento da provisão para os custos da arbitragem exigido pela Secretaria nesta fase do processo tenha sido efetuado"(tradução feita com base na versão em língua portugesa do Regulamento da CCI. FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration.** Paris: ICC Publication Department, 2012, p. 124.

[90] Por exemplo, cita-se o art. 10.1 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, os art. 12.10, 12.10.1 e 12.10.2 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC - Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

[91] Brasil, Lei 9.307/96: "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".

caberá aos árbitros disciplinar a proporcionalidade da responsabilidade das partes pelas custas arbitrais incorridas no procedimento.

2.2.4. O Acesso à Justiça

A expressão "acesso à justiça" não é facilmente definível, mas possui dois propósitos básicos que a constituem: o sistema jurídico deve garantir um acesso equânime a todos e também resultados que sejam individualmente e socialmente justos[92].

O avanço no reconhecimento dos direitos sociais e individuais repercutiram no aprimoramento do conceito de acesso à justiça – que nos séculos 18 e 19 representava apenas o direito formal de ter sua demanda julgada. Receber a justiça significava tão somente ser admitido em juízo.

Atualmente, o acesso à justiça não pode ser estudado no restrito limite do acesso aos órgãos judiciais já existentes[93]. Como afirma, WATANABE, não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa[94].

São seus elementos constitutivos dessa ordem jurídica justa: o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial; o direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos; o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características[95].

---

[92] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice** – A world Survey, vol. I, livro I, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 6.

[93] "The idea has indeed been developed, since the classic legal theory to more recent authorities, that the right of access not only emcopasses the formal right of access to courts, but also teh right to the effective protection of a party's right in a fair trial". (MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law after Loewen and Saipem. FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (eds.) **Liber Amicorum Bernardo Cremades.** España: La Ley, 2010, p. 846).

[94] WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

[95] WATANABE, Kazuo. op. cit., 1988, p. 128.

Trata-se do acesso a um processo justo, que nas palavras de OLIVEIRA, significa a garantia de acesso a uma justiça imparcial, permita a efetividade da tutela dos direitos através da participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional. O "processo que não atinge seus objetivos éticos ou que repele, direta ou indiretamente, os influxos axiológicos da sociedade, é, na verdade, um processo injusto e, por isso, inibidor do acesso à justiça"[96].

O direito ao acesso à justiça é visto, por um lado, como um direito subjetivo natural ou fundamental e, por outro, como uma obrigação imposta ao Estado[97].

Se os conflitos sociais não são resolvidos, o abalo na paz social pode representar um problema para a continuidade institucional do Estado. Ausente o Estado na preservação do acesso à justiça, corre-se o risco do retorno a utilização de mecanismos primitivos de solução de controvérsias, como a força[98].

Para tanto, impõe-se ao Estado a disponibilização de mecanismos que garantam o acesso à justiça ante os seus potenciais obstáculos. Para CAPPELLETTI são três obstáculos relacionados ao processo a serem superados: o primeiro é o obstáculo econômico (verificado através da pobreza das pessoas), o segundo diz respeito ao obstáculo organizacional por fim e o último é o obstáculo processual relacionado ao fato de que, "em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso – pode não ser o melhor caminho para ensejar a efetiva vindicação de direitos"[99].

Os mecanismos utilizados pelos Estados para proporcionar o acesso à justiça foram didaticamente apresentados por GART e CAPPELLETTI através das bem conhecidas ondas de evolução. A primeira onda ocorreu com a concessão pelo Estado de assistência

---

[96] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 82, jan. 2010. São Paulo: Dialética, p. 43 a 53.

[97] COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 262.

[98] CAIVANO, Roque J. **Arbitraje – su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 29.

[99] 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, p.125.

jurídica gratuita, reduzindo ou afastando os custos com obstáculo da justiça. A segunda onda ocorreu com as reformas e a tutela dos direitos difusos e coletivos. A terceira onda, mais recente, é caracterizada pela reorganização do acesso à justiça, o que engloba a utilização de outros mecanismos, como por exemplo a arbitragem[100].

2.2.5. A Denegação de Justiça

Se o direito de acesso à justiça é fundamental e incontroverso, sua recusa é a mais óbvia forma de denegação de justiça.

No passado, a denegação de justiça envolvia normalmente situações com indivíduos estrangeiros, aos quais negava-se o acesso a um julgamento. Tal situação remetia a respostas não pacíficas. DON WALLACE JR.[101] relembra que o Rei Alarico II, em 506 d.C., promulgou uma lei que autorizava os Visogodos a fazerem justiça pelas próprias mãos contras as comunidades romanas, que lhes negavam acesso aos tribunais romanos, pelo fato estarem fora do território do Sacro Império Romano-Germânico.

Mais recentemente, o conceito de denegação de justiça é mais abrangente e suscetível às circunstâncias locais. VISSCHER, por exemplo, defende que a denegação de justiça é toda falha na organização ou no exercício da função judicial implicando uma violação do Estado[102].

De maneira semelhante, BERNHEIM-VAN DE CASTEELE esclarece que, segundo a Doutrina Francesa, a denegação de justiça não se trata somente a recusa do juiz de responder aos pleitos ou o fato negligenciar o caso no estado que se encontra, mas, de uma maneira abrangente, toda abstenção do Estado no dever de garantir a proteção jurisdicional ao indivíduo[103].

---

[100] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., 1978, p. 21.

[101] WALLACE JR., Don. Fair and equitable treatment and denial of justice. WEILER, Todd. **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**. London: Cameron May, 2005, p. 672.

[102] "[...] any failling in the organization or in the exercise of the judicial function which implies a breach by the State of its international duty of the legal protection of foreigners". VISSCHER, Charles de. Le déni de justice en droit international. **Recueil des cours de La Haye**, t. 52, II, p. 390.

[103] BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage.** Bruxelles: Bruyant, 2012, p. 369.

Essa abrangência pode ainda ser verificada quando as situações que dão causa a denegação de justiça são apresentadas. No caso ICSID (AF)97/2, os árbitros indicaram existir 4 tipos de denegação de justiça: a negativa de julgamento, a injustificada demora no julgamento, a inadequada administração do processo e a maliciosa não aplicação da lei[104].

SIOUFI FILHO, em artigo que debate a denegação de justiça em direito internacional[105], elenca hipóteses que podem ensejar tal situação: denegação de acesso à justiça, auto determinação de imunidade dos órgãos do Estado, legislação específica para violar direitos de estrangeiros, recusa de cumprir convenção de arbitragem, manipulação da composição dos tribunais, pressão pública, recusa a cumprir julgamentos, recusa a julgar, atraso indevido do julgamento, violação de devido processo legal, discriminação, corrupção, aplicação retroativa das leis e incompetência grave.

Esses conceitos, apesar de apresentarem sentidos bastante abrangentes, são capazes de determinar que a denegação de justiça ocorre quando uma situação de cunho processual obstaculiza o acesso a um julgamento justo. PAULSSON entende que a denegação de justiça refere-se ao pleno sentido de devido processo, sendo sempre um obstáculo de natureza processual[106].

Como o presente trabalho foca o problema da impecuniosidade na instauração da arbitragem, o sentido de denegação de justiça que será considerado é aquele atinente a negativa de apreciação da demanda da parte. A situação de denegação de justiça ocorre devido a não receptividade da demanda da parte pelo juiz estatal e pelo árbitro, evitando-se a tutela jurisdicional.

---

[104] "A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refused to entertain a suit, if they subjected it to undue delay, or if they administered justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law". Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, 1 November 1999, § 99-103.

[105] SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Denegação de Justiça. **Revista Brasileira de Arbitragem** – Edição Especial.

[106] PAULSSON, Jan. **Denial of Justice in International Law**. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 7.

3. O FINANCIAMENTO DA ARBITRAGEM

O estado de impecuniosidade da pessoa vinculada à convenção de arbitragem pode ser resolvida de uma maneira aparentemente simples: proporcionando-lhe os fundos necessários para o pagamento das custas arbitrais.

Duas modalidades de financiamento da arbitragem podem ser encontradas, quando observados a origem dos recursos de suporte da parte impecuniosa: o financiamento interno e o financiamento externo.

3.1. O Financiamento Interno da Arbitragem

3.1.1. O Financiamento pelas Partes Litigantes

A responsabilidade pelo adiantamento das custas arbitrais comumente é compartilhada pelas partes litigantes, numa proporção de cinquenta por cento para cada pólo processual[107] – uma vez que num mesmo pólo podem haver mais de uma parte – ou ainda de maneira proporcional ao montante econômico do pleito de cada uma das partes.

Por exemplo, considerando que a parte requerente apresentou um pleito de um milhão de reais e a reconvinte apresentou um pedido contraposto de cinquenta mil reais. Diante do fato que a parte requerente deu causa a maior parcela da majoração dos custos arbitrais, nada mais justo que, a pedido da parte *ex adversa*, haja uma proporcionalidade no adiantamento inicial das custas arbitrais.

Caso não haja o pagamento do adiantamento devido por uma das partes, a outra parte será convocada para arcar com a integralidade das custas, sob pena de encerramento da arbitragem[108]. Assim, ao fazê-lo, uma parte estará, de certa forma, financiando a outra, de forma a garantir o seguimento da arbitragem.

---

[107] ICDR Rules: "Art. 36.1. 1. The Administrator may request that the parties deposit appropriate amounts as an advance for the costs referred to in Article 34".

[108] Como exemplos, têm-se: ICDR Rules: "Art. 36.3. If the deposits requested are not paid promptly and in full, the Administrator shall so inform the parties in order that one or more of them may make the required payment. If such payment is not made, the arbitral tribunal may order the suspension or termination of the

Essa situação é comum quando a parte inadimplente é a requerida na arbitragem, pois existe um legítimo interesse da parte requerente na manutenção do procedimento arbitral.

Situação contrária também pode ocorrer, apesar de ser menos comum. Fatores como, a preservação da instância arbitral ou a obtenção de um determinado pleito declaratório podem motivar a parte requerida a financiar uma arbitragem contrária a mesma.

Uma outra situação peculiar pode acontecer. Na existência de pleitos contrapostos entre as partes, o pagamento das respectivas custas arbitrais podem repercutir na abstenção de julgamento do referido pedido, sendo este considerado retirado pela parte por falta de pagamento. É o que disciplina, por exemplo, o art. 36.4 do Regulamento de Arbitragem do International Centre for Dispute Resolution or the American Arbitration Association - ICDR[109].

Com relação a responsabilidade final de sucumbência das custas processuais, normalmente os regulamentos de arbitragem prevêem uma proporcionalidade relacionada com o sucesso das demandas na arbitragem[110]. Sucumbe em maior monta a parte que teve seus pedidos considerados improcedentes em menor proporção.

---

proceedings. If the tribunal has not yet been appointed, the Administrator may suspend or terminate the proceedings". Regulamento de Arbitragem da CCI: "O montante de qualquer provisão para os custos da arbitragem fixada pela Corte nos termos do presente artigo 36 poderá ser reajustado a qualquer momento durante a arbitragem. Em todo caso, qualquer parte terá a faculdade de pagar a parcela da provisão correspondente àquela da outra parte, caso essa outra parte deixe de pagá-la". Regulamento de Arbitragem da CAMARB: "6.6 No caso do não pagamento, por qualquer das partes, da Taxa de Administração e/ou dos honorários do(s) árbitro(s), no tempo e nos valores estipulados, poderá a outra parte adiantar o respectivo valor de modo a permitir a realização da arbitragem, procedendo-se ao acerto das contas ao final do procedimento arbitral".

[109] ICDR Rules: "Art. 36.4. Failure of a party asserting a claim or counterclaim to pay the required deposits shall be deemed a withdrawal of the claim or counterclaim".

[110] ICDR Rules: "The arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in its award(s). The tribunal may allocate such costs among the parties if it determines that allocation is reasonable, taking into account the circumstances of the case".

Ressalta-se que a responsabilidade pelas custas arbitrais é sujeita a acordo das partes litigantes, não sendo incomum as partes concordarem por suportar a metade das custas arbitrais independentemente do sucesso ao final da demanda.

3.1.2. O Financiamento pela Instituição de Arbitragem

Apesar do negócio desenvolvido pelas instituições de arbitragem ser a administração de procedimentos arbitrais mediante remuneração, não é impossível constatar a renúncia dessa remuneração.

A American Arbitration Association - AAA concede uma abstenção das custas administrativas de uma arbitragem se a parte comprovar que o seu faturamento bruto anual é igual a 200% da "Federal Poverty Guidelines"[111].

A parte requerente deverá comprovar a incapacidade de arcar com as custas arbitrais, situação de "hardship", através da apresentação de documentos que comprovem tal situação, neles devem incluir todas as receitas e ativos (líquidos e não-líquidos) do requerente. Após apresentada a documentação, a AAA proferirá uma determinação administrativa concedendo ou não o benefício.

Com relação ao árbitro, na hipótese da concessão do benefício da isenção de custas administrativas, a AAA indicará um árbitro, que atuar gratuitamente na realização de uma audiência, sempre que a parte requerente não tiver meios financeiros para arcar com as custas inerentes ao procedimento arbitral e com o honorários arbitrais.

Ainda como uma forma de reduzir os custos da arbitragem e permitir uma melhor adaptação a condições econômica das partes, podem elas requerer aos árbitros – mesmo quando não concedida a isenção das custas administrativas – que estes atuem *pro bono* ou apliquem uma redução do valor dos honorários arbitrais estipulados em regulamento. De forma a não constranger os árbitros após a aceitação do encargo, a solicitação deve

---

[111] Informação obtida em: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF%3Bjsessionid%3DR295PCqYD5MkNKhQqm9H7jhSMwYh2NnsYFSbG6yrMhgmGVB299lc!1082660915%3Fdoc%3DADRSTG_004098. Acesso em 2 de novembro de 2014.

necessariamente ocorrer quando da apresentação da solicitação de arbitragem ou da indicação do árbitro pela parte.

Fato é que iniciativas como da American Arbitration Association - AAA não são reproduzidas em outras instituições de arbitragem, ensejando o financiamento do litígio por entes terceiros à controvérsia.

3.2. O Financiamento Externo da Arbitragem

3.2.1. Financiamento da Arbitragem por Terceiros

Originado na Austrália, no final do anos 90, o financiamento por terceiros surgiu por conta da possibilidade de denegação de acesso à justiça por motivo econômico.

KESSEDJIAN[112] sugere que esse procedimento surgiu na Austrália para financiar ações coletivas em matéria de relação de consumo, na qual as partes litigantes não possuíam recursos financeiros para suportar os custos do procedimento, os advogados não poderiam pactuar exclusivamente ou parcialmente pelo recebimentos de honorários vinculados ao sucesso da demanda[113], nem mesmo as partes enquadravam-se nas hipóteses legais de assistência jurídica pública gratuita.

Procedimento não exclusivo da realidade arbitral[114], o financiamento de procedimentos contenciosos apresenta um mecanismo simples. Trata-se de uma pessoa física ou jurídica – não relacionada diretamente ao litígio – que oferece um serviço constituído no pagamento de todos os custos processuais, incluindo-se honorários

---

[112] Cf. KESSEDJIAN, Catherine. **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012, p. 11.

[113] Existe ainda um sistema de financiamento de despesas extra-processuais denominado "Litigation Loan Agreement" praticado em países como os E.U.A, em que custos como tratamento médico, locação de casas, despesas pessoais são suportados por investidores em troca de uma parcela no êxito de ações indenizatórias. Cf. MCLAUGHLIN, Julia H. Litigation Funding: Charting A Legal and Ethical Course. In: **Vermont Law Review**, vol. 31, South Royalton, E.U.A: Vermont Law School, 2007.

[114] Sobre o financiamento de terceiros em arbitragens de investimento, ver: MEYA, Angelynn. Third-part funding in international investment arbitration. The elephant in the room. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-Party funding in International Arbitration**. Paris, França: International Chamber of Commerce, 2013, p. 122 e ss.

advocatícios e periciais, mediante o pagamento de uma determinada remuneração ao final do procedimento.

A remuneração normalmente é calculada sobre um percentual do êxito final da parte contratante no procedimento litigioso; mas também pode representar a restituição do total do valor despendido com o patrocínio da arbitragem ou ação judicial somado a um juros remuneratório. Pesquisas demonstram que a lucratividade alcança patamares de 20% a 50% nos E.U.A e 30% a 60% na Austrália[115].

Além do percentual de lucratividade representar um potencial obstáculo a utilização do financiamento de terceiros, empresas especializadas nesse tipo de operação, normalmente estabelecem montantes mínimos de valor do litígio. Na Austrália, empresas financiadoras não realizam negócios cujo montante do litígio seja inferior a setecentos e cinquenta mil dólares australianos[116]. A empresa Foris, de origem alemã e que opera neste mercado desde 1998, somente realiza negócios cujos pleitos sejam superiores a cem mil dólares americanos[117].

A experiência sugerida pela empresa Foris é um exemplo de que o financiamento de terceiros não é um mecanismo de mercado acessível a toda situação de denegação de justiça por motivos financeiros. Essa empresa declara que analisou mais de dez mil litígios e apenas quinhentos foram financiados[118].

É por conta da vinculação do recebimento da remuneração do investidor ao êxito no litígio que essa modalidade de financiamento difere-se da tradicional.

---

[115] ABRAMS, David S. e CHEN, Daniel L. A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. vol. 15. Philadelphia, E.U.A: University of Pennsylvania, 2012, p. 85.

[116] Cf. DEFFAINS, Bruno e DESRIEUX, Claudine. Les Enjeux Economiques du Financiament des Contentieux Par Des Tiers. In: KESSEDJIAN, Catherine (dir.). **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012, p. 26.

[117]http://foris-prozessfinanzierung.de/prozessfinanzierung-mit-foris/third-partylitigation -funding. Acesso em 25 de julho de 2014.

[118] http://foris-prozessfinanzierung.de/prozessfinanzierung-mit-foris/third-partylitigation -funding. Acesso em 25 de julho de 2014.

A intenção do investidor é a obtenção de lucro na operação e não simplesmente favorecer o acesso à justiça da parte carente de recursos financeiros. O financiador explora economicamente a situação potencial de denegação de justiça por insuficiência econômica, bem como o interesse da parte em iniciar o procedimento litigioso.

Na arbitragem o investidor encontra um terreno fértil à exploração dessa atividade econômica. É certo que na arbitragem, a ocorrência dos custos processuais é verificada em um lapso temporal menor, com destaque para a existência de custos anteriores a própria instauração do procedimento.

Diante da carência de recursos necessários para a instauração da arbitragem e do risco de denegação de acesso à justiça, não há de se entranhar que a parte opte por partilhar seu êxito com um investidor do que incorrer na impossibilidade de nada receber.

Não obstante a obtenção dos recursos necessários para o patrocínio da causa, o financiamento do litígio opera uma verdadeira transferência dos riscos incorridos no procedimento da parte litigante para o investidor[119].

Sob o ponto de vista do investidor, a celebração de um financiamento depende essencialmente de uma avaliação da relação risco-custo-lucro. Para tanto, previamente a negociação do custo do financiamento, o investidor realiza um estudo sobre o dossiê do caso, de forma a identificar os riscos e legitimar o valor do pleito requerido. Assim, não necessariamente serão financiados todos os litigiosos cujo mérito da demanda seja verossimilhante; mas sim, potencialmente os serão aqueles cujo potencial de lucratividade corresponda os interesses do investidor.

Nessa etapa, desde logo, pode o financiamento ser descartado pelo próprio investidor que não vislumbra no caso uma relação lucro/risco interessante.

---

[119] Devido a transferência de riscos e interesse do investidor na demanda, questões de cunho processual surgem na arbitragem. Sobre o tema ver: LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. "Third-Party funding. Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings", **INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-Party funding in International Arbitration**. Paris, França: International Chamber of Commerce, 2013, p. 78 e ss.

Ocorre que o financiamento da arbitragem por terceiros é uma solução de mercado e não jurídica para suportar a insuficiência de recursos necessários para a realização de uma arbitragem.

DEFFAINS e DESRIEUX[120] caracterizam a existência de um "mercado de litígios", constituído pela oferta de litígios potencialmente rentáveis e sua "aquisição" feita pelos investidores que arcam com os custos do litígio vislumbrando a partilha do êxito litigioso final.

Diante dessa perspectiva, o financiamento de terceiros é um mecanismo insuficiente para solucionar todas as hipóteses de denegação de acesso à arbitragem por carência de recursos financeiros[121].

O financiamento de terceiros não pode ser considerado como uma solução única para a denegação de justiça de acesso à arbitragem, pois a viabilidade da celebração do negócio de financiamento do procedimento depende de certas circunstâncias que devem ser negociadas e aceitas pelas partes interessadas; o que pode, em certas situações, repercutir na impossibilidade de acesso a este mecanismo de mercado para evitar a denegação de justiça por impecuniosidade da parte.

---

[120] DEFFAINS, Bruno e DESRIEUX, Claudine. op. cit., 2012, p. 22.

[121] "[...] le nombre de litiges financés risque de dépendre fortement du taux de rentabilité du capital exigé par les investisseurs. Plus celui-ci sera élévé, plus les investisseurs se montreront sélectifs dans le choix des litiges à financer. On n'apporte donc pas de solutions aux difficultés de financement de toutes les catégories de litiges, mais uniquement d'une partie des litiges que satisfait les exigences des investisseurs en matière de rentabilité du capital". DEFFAINS, Bruno; DESRIEUX, Claudine. op. cit., 2012, p. 25.

4. OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE NA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM: O PONTO DE VISTA DO DIREITO ESTRANGEIRO

A existência da convenção da arbitragem e a impecuniosidade da parte remetem a uma potencial situação de denegação de justiça que não pode restar sujeita às soluções de mercado, carecendo de uma resposta no direito positivo.

Não havendo a possibilidade da parte permanecer sem julgamento, uma resposta possível é a extinção dos efeitos da convenção de arbitragem e o envio da solução da controvérsia ao juiz estatal. Uma outra resposta é a facilitação de meios para garantir o acesso efetivo ao tribunal arbitral.

4.1 A Extinção da Cláusula Compromissória em Razão da Impecuniosidade da Parte

4.1.1 A Experiência Alemã - A primazia do Acesso à Justiça

4.1.1.1 O Princípio da Competência-Competência segundo o Direito Alemão

Em estudo comparativo realizado sobre as diferentes modalidades de aplicação do princípio da competência-competência do árbitro, PARK enquadrou o Direito Alemão na modalidade intitulada de "*No automatic stop to the arbitration*"[122]. Nesse sistema, reconhece-se ao árbitro o poder julgar sua própria jurisdição, em consonância com o aspecto positivo do princípio, ao mesmo tempo em que reconhece aos tribunais estatais a apreciação de objeções à jurisdição dos árbitros antes mesmo do proferimento da sentença arbitral. A primazia da autodeterminação dos árbitros sobre a sua própria jurisdição é restrita a certas condições de mérito e oportunidade.

[122] PARK, Willian W. op. cit., 2006, p. 22 a 26.

O artigo 1032 (3) do Código de Processo Civil Alemão[123] permite o questionamento da validade da convenção de arbitragem perante a Justiça Estatal, desde que anterior a constituição do tribunal arbitral.

Após iniciado o procedimento arbitral, a sentença arbitral de jurisdição pode ainda ser revista pelas cortes estatais[124], devendo a oposição ser apresentada no prazo de 30 dias[125]. HUBER esclarece que a decisão pode advir de uma sentença parcial, proferida no início do procedimento ou mesmo ao final do procedimento. Em ambas as situações, o direito de revisão da decisão pelas Cortes Estatais se opera[126].

O diferencial existente no Direito Alemão refere-se ao fato que, na existência de uma ação questionando a validade e eficácia da convenção de arbitragem ou de revisão da decisão dos árbitros, o procedimento arbitral pode continuar[127]; o que, certamente, evita o abuso do controle judicial como tática dilatória[128].

Ao adotar a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, o Direito Alemão reconhece ao juiz a competência para analisar se a convenção de arbitragem é nula, anulável, inoperante ou incapaz de ser executada; e mais, permite-lhe analisar a validade

---

[123] Alemanha, Zivilprozeßordnung: "Section 1.032 (3) Where proceedings are pending in the sense as defined by subsection (1) or (2), arbitration proceedings may be initiated or continued notwithstanding that fact, and an arbitration award may be handed down". Versão em língua inglesa publicada por: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (Acesso em 01 de novembro de 2014).

[124] Sobre a revisão das sentenças arbitrais de jurisdição pelas cortes estatais, ver: KRÖLL, Stefan Michael. Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction. **Arbitration International,** vol. 20:1. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 55 a 72.

[125] Artigo 1040 (3) do Código de Processo Civil Alemão. Alemanha, Zivilprozeßordnung: "Section 1.040 (3) Where the arbitral tribunal believes it has competence, it shall rule on an objection raised pursuant to subsection (2) in an interim decision as a matter of principle. In such event, each of the parties may apply for a court decision to be taken, doing so within one (1) month of having received the written notice as to the interim decision. For the period during which such a petition is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration proceedings and may deliver an arbitration award".

[126] HUBER, Peter. Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV – Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael ; et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, (Kluwer Law International 2007) p. 256 e 257.

[127] NIGGEMANN, Friedrich. Chronique de jurisprudence étrangère, Allemagne, **Revue de l'Arbitrage**, vol. 2006, issue 1, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2006, p. 232.

[128] HUBER, Peter. op. cit., p. 256 e 257.

da convenção arbitral em questões relacionadas ao mérito do litígio[129]. Na análise da convenção de arbitragem, reserva-se ao juiz estatal um amplo escrutínio[130]; o que se mostrará inexistente no Direito Francês.

Essa interpretação do efeito negativo no Direito Alemão não deve ser vista como uma desconfiança ou oposição à arbitragem; pelo contrário, seu propósito é antecipar situações de aparente invalidade da convenção de arbitragem ou casos em que a sentença arbitral seria futuramente anulada. Assim, o Direito Alemão faz uma clara opção pela preservação dos recursos das partes litigantes, entretanto sem afastar a efetividade da arbitragem, que não é obstacularizada pela mera proposição da ação judicial[131].

Um exemplo dessa situação é apresentada por VALDES. Em 2000, uma parte requereu as cortes alemãs que anula-se a decisão tomada por um tribunal arbitral que, diante da oposição a sua jurisdição, decidiu que a questão não seria decidida em sentença parcial de jurisdição, mas em conjunto com as questões de mérito. Por sua vez, a Corte estatal decidiu que o Tribunal Arbitral tem legitimidade e competência para assim decidir e que a decisão dos árbitros não poderia ser considerada como uma sentença parcial passível de revisão judicial[132].

4.1.1.2. O Tratamento do Estado de Impecuniosidade pelo Direito Alemão

A partir de 1° de janeiro de 1998, a Alemanha adotou uma nova legislação sobre arbitragem inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL[133].

---

[129] VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação,** ano 4, n.5, São Paulo: RT, 2007, p, 158.

[130] BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia. Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview. **Transnational Dispute Management**. vol. 6:1, The Netherlands:Maris, 2009, p. 22.

[131] Nesse sentido, posicionam-se. Ibidem, p. 21 e 22.

[132] VALDES, Juan Eduardo Figueroa. op. cit., 2007, p, 158.

[133] Sobre a Lei Modelo da UNCITRAL, ver SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNICTRAL (Lei Modelo). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 82, São Paulo, 1987. Disponível em: http://www.obrasraras.usp.br/xmlui/handle/123456789/3178. Acesso em 27 de junho de 2014.

Dentre as inovações verificadas, o novo artigo 1032 do Código de Processo Civil Alemão, uma transcrição literal no art. 8. I da Lei Modelo da UNCITRAL[134], apresenta relevância fundamental para a análise dos efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem. Esse dispositivo prevê que diante da existência de uma convenção de arbitragem o juiz remeterá a solução da controvérsia à arbitragem, ressalvados os casos em que a convenção de arbitragem for declarada nula e sem efeitos, inoperante ou inexequível[135].

Sob esse pano de fundo, em 14 de setembro de 2000, a Corte Federal de Justiça proferiu um julgamento paradigma do entendimento do Direito Alemão moderno sobre a questão ora em análise.

Internacionalmente conhecido como "*Caso do Encanador Alemão*"[136 e 137], trata-se um litígio doméstico com os seguintes fatos. Duas empresas alemãs de pequeno porte celebraram um contrato de construção para a reforma de banheiros e nele incluíram uma cláusula compromissória. Realizada uma parcela dos trabalhos, a construtora exigiu do contratante uma garantia pelos serviços já realizados[138]. Em razão da recusa na prestação da garantia, a construtora propôs a anulação da convenção de arbitragem, sendo a

---

[134] Lei Modelo da UNCITRAL: "Article 8. (1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed". (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

[135] Alemanha, Zivilprozeßordnung: "Section 1032 Arbitration agreement and proceedings brought before the courts (1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement. (2) Until the arbitral tribunal has been formed, a petition may be filed with the courts to have it determine the admissibility or inadmissibility of arbitration proceedings. (3) Where proceedings are pending in the sense as defined by subsection (1) or (2), arbitration proceedings may be initiated or continued notwithstanding that fact, and an arbitration award may be handed down".

[136] Alemanha, Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof), decisão datada de 14 de setembro de 2000, III ZR 33/00.

[137] FONTMICHEL refere-se como L'affaire du "Plombier". FONTMICHEL, Maximim, Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable. BEN HAMIDA, Walid, CLAY, Thomas (Coord.) **L'argent dans l'arbitrage** Issy-les-Moulineaux: Lextenso Éditions, 2013, p. 39.

[138] O art. 648 do Código Civil Alemão reconhece um direito de garantia pela parcela dos honorários devidos em razão de serviços realizados.

exigibilidade da garantia remetida à apreciação das Cortes Estatais. A contratante recusou a proposta e nenhuma arbitragem foi instaurada pela construtora. Passado um certo tempo, alegando sua própria incapacidade financeira para suportar os custos arbitrais, a contratante denunciou a cláusula compromissória perante as Cortes Estatais, requerendo ainda uma indenização por defeitos na obra. A construtora defendeu-se, alegando a existência da convenção de arbitragem e requerendo a extinção da ação judicial.

O argumento defendido pela contratante não prevaleceu nos tribunais inferiores[139], todavia foi acolhida em última instância. Em síntese, a Corte Federal de Justiça decidiu que a manifesta incapacidade financeira da parte de arcar com os custos da arbitragem remeteria automaticamente (*ipso jure*) a inexequibilidade[140] da convenção de arbitragem, reconhecendo a competência das Cortes Estatais para decidir o mérito da controvérsia.

O posicionamento da Corte Federal de Justiça, em parte, confirmou entendimento doutrinário e jurisprudencial já consolidado na Alemanha[141] que reconhecia à parte impecuniosa o direito de se libertar da convenção de arbitragem diante da potencial situação de denegação de justiça[142].

A antiga legislação alemã sobre arbitragem permitia a denunciação da convenção de arbitragem por um justo motivo[143]. Para tanto, a jurisprudência[144] firmou posicionamento reconhecendo que a ausência de recursos financeiros da parte para

---

[139] Originalmente a ação foi proposta na Landgericht Dresden e foi submetida a recurso perante a Oberlandesgericht Dresden.

[140] "incapable of being performed (nichtig, unwirksam oder undurchführbar)".

[141] Segundo Gerhard Wagner (WAGNER, Gerhard. Poor Parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles? LABES, Hubertus W. (org.). **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?** Frankurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 10) os principais julgados são: BGH(30.01.1964), BGHZ 41, 104, 108 seq.; BGH (21.11.1968) BGHZ 51, 79, 81 seq.; BGH (22.02.1971) BGHZ 55, 344, 353 seq.; BGH (10.04.1980) BGHZ 77, 65, 66 seq.; BGH (12.11.1987) BGHZ 102, 199, 202 seq.; BGH (10.03.1994) NJW-RR 1994, 1214, 1215.

[142] Gerhard Wagner comenta que a suspensão dos efeitos da convenção de arbitragem no caso de impecuniosidade é aceita na Alemanha como uma "well-founded doctrine". (WAGNER, Gerhard. Poor Parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles? in Financial Capacity op. cit., 2004, p. 18).

[143] C.f. KREINDLER, Richard H.; SCHAEFFER, Jan K. Allemagne: les cinq premières années d'application de la nouvelle législation. **Revue de l'Arbitrage,** issue 2, Paris: Comité Français de l'arbitrage, 2003, p. 502.
[144] Cf. BGHZ 41, p. 104.

suportar os custos da arbitragem repercutia na inexequibilidade da convenção de arbitragem, circunstância essa considerada um justo motivo para o afastamento da eficácia da convenção.

A base dessa posição advinha do reconhecimento da primazia do princípio do acesso à justiça ante o efeito vinculante da convenção de arbitragem. WAGNER, nesse sentido, esclarece que o posicionamento das Cortes Alemãs lastreava-se no fato de que, permanecendo vinculada à convenção de arbitragem, seria negado à parte impecuniosa um acesso à justiça (jurisdição) como um todo e não somente o direito de acesso ao judiciário.[145]. Inclusive, poderia representar uma violação da garantia do acesso à justiça referenciado no art. 6° da Convenção Europeia dos Direitos Humanos [146].

A preservação da primazia do acesso à justiça no *Caso do Encanador Alemão* foi aprovada pelos juristas alemães, sempre sob o mesmo argumento[147 e 148]: se o acesso a um julgamento não pode ser recusado a uma parte que não possui capacidade financeira para iniciar uma ação judicial e a assistência judiciária gratuita existe somente perante a jurisdição estatal, constranger uma pessoa sem recursos financeiros à arbitragem equivale a

---

[145] "The basic argument in favour of this position runs like this: If the impecunious party were held to its agreement, it would be deprived not only of its right to recourse in a court of law but of its right to recourse altogether". WAGNER, Gerhard. op. cit., 2004, p. 18.

[146] A KG Berlin, em decisão proferida no ano de 2001, também fez referência ao respeito ao art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (KG BERLIN, 13.08.2001, 2 W 8057/99).

[147] Cf. RISSE, Jörg. Undurchfu¨hrbarkeit der Schiedsvereinbarungbei Mittellosigkeit des Klägers, BB Betriebs-Berater-Supplement RPS, n° 6, 2001; Peter Schlosser, note sous Cour fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), 14 septembre 2000, JZ, 2001.260; Gerhard Wagner, note sous Cour fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), 14 septembre 2000, LM, § 1032, No. 11 (2001) ; Gerhard Walter, note sous Cour fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), 14 septembre 2000, ZZP, Vol. 114, 2001.99. Voir aussi Jens-Peter Lachmann, «Klippen fur die Schiedsvereinbarung », SchiedsVZ, 2003.28.

[148] Para a Doutrina não germânica, a decisão não foi bem acolhida. Ver GAILLARD, Emmanuel. "Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View" in LABES, Hubertus W. (org.) Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements? Frankurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 67 a 85. ("...the decision reached by the BGH must frankly be considered as rather disturbing..."), p. 68.

uma situação de denegação de justiça[149]. Para o Direito Alemão , o acesso à jurisdição é uma garantia constitucional[150].

Da mesma maneira, esse entendimento foi reproduzido por outras decisões judiciais posteriores[151], permitindo concluir que seja o posicionamento acolhido pelo Direito Alemão [152].

4.1.1.2.1. O Mecanismo de Afastamento da Convenção de Arbitragem

A decisão da Corte Federal de Justiça, por outro lado, alterou a sistemática de afastamento da convenção de arbitragem no caso de impecuniosidade.

Sob a égide da legislação precedente, as Cortes Alemãs reconheciam que a impecuniosidade de uma parte para arcar com os custos do procedimento arbitral, quer seja ela autora ou ré, repercutia na inoperância da convenção de arbitragem[153 e 154], este considerado um justo motivo para sua resilição ("*Kündigung aus witchtigen Grund*"). Para tanto, a análise judicial ocorria sob o âmbito de validade da resilição da convenção de arbitragem anteriormente efetivada pela parte[155]; ou seja, impunha-se a parte impecuniosa declarar a resilição da convenção de arbitragem previamente a propositura da ação judicial.

---

[149] "The major argument for this position is that it would amount to a denial of justice to the party who cannot afford the costs of arbitration if the arbitration agreement would bar the recourse to the state courts in such cases" (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, KRÖLL, Stefan Michael, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. La Haye: Kluwer Law International, 2007, p. 146.

[150] BGH, II ZR 373/98, decisão proferida em 3 de abril de 2000.

[151] The Higher Regional Court (Kammergericht – 'KG') Berlin 13.08.2001, SchiedsVZ 2003, 239. A decisão OLG Köln, Beschluss vom 05.06.2013 – 18 W 32/13 confirma o entendimento do caso Encanador Alemão. OLG München, 29 February 2012, Az. 34 SchH 6/11.

[152] Inclusive, sendo considerada como "uma expressão avançada do respeito ao Estado de Direito pelos tribunais alemães" "Ich zögere im u¨brigen nicht, es als einen rechtsstaatlichen Vorzug der deutschen Rechtsprechung anzusehen, daß eine mittellose Partei nicht an ihrer Schiedsvereinbarung festgehalten wird. In manchen anderen Rechtsordnungen wird die mittellose Partei in der Tat rechtlos gestellt" (Peter Schlosser, note préc. sous Cour fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), 14 de setembro de 2000.

[153] KREINDLER, Richard H.; SCHAEFFER, Jan K. op. cit., 2003, p. 502.

[154] Cf. Decisão paradigma. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (« BGHZ »[Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral] 41, 104.

[155] Cf. WAGNER, Gerhard. op. cit., p. 24.

Interessante destacar que a antiga legislação interna alemã não disciplinava a hipótese de inoperância da convenção de arbitragem; todavia, o princípio era aplicado indistintamente mesmo nos litígios puramente internos[156].

Com a decisão no *Caso do Encanador Alemão*, a Corte Federal de Justiça alterou o foco da análise para a convenção de arbitragem *per se*, ao determinar que a impecuniosidade da parte remeteria a inexequibilidade *ipso iure* da convenção de arbitragem. Assim, o afastamento da convenção de arbitragem não carece de uma resilição precedente ao ajuizamento da ação judicial.

Se a primazia do acesso à justiça foi endossada pela Doutrina Alemã no Caso do Encanador Alemão, a alteração do mecanismo de afastamento da convenção de arbitragem sofreu duras críticas[157], que podem ser sintetizadas em três argumentos principais: primeiro, o abandono da denunciação prévia não se justificaria ante a um entendimento construído durante anos; dois, antigo posicionamento garantia uma segurança jurídica e novo não; e, três, o novo entendimento remete a soluções inaceitáveis.

Segundo HANEFELD[158], o afastamento da convenção de arbitragem requer a ocorrência de uma importante justificativa, quer seja porque a parte não pode suportar a continuidade do procedimento arbitral ou porque a continuação do procedimento tornou-se impossível.

Sob um olhar pragmático, a exigibilidade da denunciação prévia da convenção de arbitragem soa desnecessária; vez que o próprio ajuizamento da ação requerendo o

---

[156] Cf. Decisão paradigma. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ("BGHZ" [Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral] 41, 104.

[157] Cf. RISSE, Jörg. Undurchfu¨hrbarkeit der Schiedsvereinbarungbei Mittellosigkeit des Klägers, **BB Betriebs-Berater-Supplement RPS**, N° 6, 2001; SACHS, Klaus. La protection de la partie faible en arbitrage. MOURRE, Alexis (dir.) **Gazette du Palais**, n. 194, ano 127, 2007/2, Journal Spécial des Sociétés: Paris, França, 2007, p. 22 a 26.

[158] HANEFELD, Ink. Germany (Chapter). WEIGAND, Frank-Bernd Weigand. **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration** Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 485.

afastamento da obrigatoriedade da arbitragem demonstra o inequívoco interesse da parte em não mais se vincular a tal convenção[159].

Para tanto, sendo a primazia do acesso à justiça o ponto de destaque no Direito Alemão, cumpre-se retomar a análise das condições exigidas para o afastamento da convenção de arbitragem no caso da impecuniosidade da parte.

4.1.1.2.2. A Definição da Situação de Impecuniosidade

A garantia de um pleno acesso à justiça, nesse incluído o exercício da ampla defesa, é o direito primordial tutelado pelo Direito Alemão no caso da inexistência de fundos para realizar uma arbitragem. Esse entendimento pode ser extraído das condições impostas pela Corte Federal de Justiça para definir uma situação de impecuniosidade.

Para a Corte Federal de Justiça, a superação da situação de denegação de justiça ocorre tão somente quando, na arbitragem, seja garantida à parte impecuniosa a mesma amplitude de defesa de seus interesses verificada no processo judicial; ou seja, permita-lhe o acesso à jurisdição por meio de advogados gratuitos sem a exigibilidade do pagamento de custas processuais.

Anteriormente a revisão legislativa de 1998, o Direito Alemão impunha à parte solvente o ônus de comprovar a validade da convenção de arbitragem[160]. No entanto, com a incorporação do art. 8, I da Lei Modelo da UNCITRAL, o art. 1.032 inverteu o raciocínio passado, ao tratar o afastamento da convenção arbitral como uma exceção, impôs a necessária comprovação da situação que qualifique a convenção arbitral como nula, inválida, inoperante ou inexequível.

---

[159] Cf. KREINDLER, Richard H.; SCHAEFFER, Jan K. op. cit., 2003, p. 504.

[160] Alemanha, BGH 11.07.1985, NJW 1986, 2765.

Ademais, segundo SCHLOSSER[161], a nova legislação não restringiu a corte estatal a uma análise *prima facie*, permitindo assim que o juiz realize uma análise extensiva das circunstâncias que configurem o estado impecunioso da parte[162].

Em princípio, o teste realizado pelas cortes alemãs é simples. Haverá uma situação de impecuniosidade sempre que a parte não dispor de recursos financeiros para suportar os custos arbitrais e os honorários de seus advogados. Todavia, para configurar a convenção de arbitragem como o obstáculo a ser superado para a garantia do acesso à justiça, impõe-se ao juiz alemão analisar a impecuniosidade sobre os mesmos parâmetros exigidos para a concessão de assistência jurídica gratuita perante as cortes estatais.

O primeiro deles refere-se a exigibilidade de que a impecuniosidade da parte persista ante a verificação de outros meios acessíveis para a obtenção de recursos necessários para a instauração da arbitragem e o patrocínio de sua defesa por advogados. Dentre estes mecanismos ter-se-ia o financiamento da arbitragem pela parte adversa (tema verificado em tópico subsequente) ou por terceiros[163].

Em 2001, a Corte Federal de Justiça decidiu que "a convenção de arbitragem torna-se inexequível quando o Requerente não pode suportar os custos do procedimento arbitral e não há outro processo estabelecido para prover tais custos"[164].

---

[161] SCHLOSSER, Peter. La nouvelle legislation allemande sur l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**, n.2, Kluwer: Paris, 1998, p. 219 a 303.

[162] GAILLARD corrobora com este entendimento: "(...) it seems accepted that German courts, in assessing the existence and validity of the arbitration agreement under the Section 1032 of the German Code of Civil Procedure, are not limited to a prima facie examination of the agreement, but that they may fully address the question of the agreement's effectiveness". GAILLARD, Emmanuel. op. cit., 2004, p. 75.

[163] Nesse sentido, GAILLARD apresenta um entendimento interessante. Afirma o autor que uma parte que possui um bom pedido não necessariamente estar impecuniosa. Pois, um "bom caso" pode ser usado como ativo para a obtenção de empréstimos ou financiamento do procedimento arbitral por terceiros. GAILLARD, Emmanuel. op. cit., 2004, p. 67 a 85. ("[...] the decision reached by the BGH must frankly be considered as rather disturbing..."), p. 71.

[164] Alemanha, BGH ZZP 2001, 97, 98 (...Im Streitfall ist die Schiedsvereinbarung undurchfuhrbargewesen, weil de Klager die Kosten des Schiedsverfahrens nicht hat aufbringen kohnnen und auch nicht anderweit fur Kostendeckung gesorgt gewesen ist").

Nesse sentido, como sustenta KROLL, desde que o pagamento dos custos seja assegurado por outros meios, a obrigatoriedade da convenção de arbitragem não será afetada[165].

Dentre esses meios encontra-se a venda de bens que integram o seu próprio patrimônio. Nesse sentido, a Corte de Apelação de Munique afastou um pedido de resilição da convenção de arbitragem fundada na impecuniosidade da parte, ao constatar que o suposto impecunioso era sócio de uma empresa que possuía um bem imóvel em montante aproximado de 1 milhão de Euros, o qual poderia ser vendido para suportar os custos arbitrais[166].

Ademais, a Corte rejeitou os argumentos apresentados pelo requerente no sentido de que, primeiro, a venda imediata do bem representaria uma perda, pois seria possível obter um melhor preço no futuro; e, dois, que a venda das quotas da referida sociedade – que era proprietária do bem – seria impossível. Para tanto, a Corte de Apelação de Munique considerou que a impecuniosidade da parte não pode ser considerada quando for possível constatar um apropriado esforço financeiro para suportar os custos arbitrais.

No Caso do Encanador Alemão, a contratante possuía seguro, todavia somente os custos com a representação jurídica estavam cobertos. Como a construtora também não possuía recursos para arcar com a totalidade das custas arbitrais, ou pelo menos não se manifestou nesse sentido, a inexistência de meios para suplantar a barreira econômica dos custos arbitrais configurou a situação de denegação de justiça.

Outra possibilidade ocorreria quando a instituição de arbitragem e os árbitros renunciassem a sua remuneração. Apesar de improvável e de rara ocorrência[167], esta situação remeteria a necessidade da parte impecuniosa iniciar, ou pelo menos tentar, dar início ao procedimento arbitral de forma a comprovar sua inviabilidade.

---

[165] "As long as payment of the costs is ensured by other means the enforceability of the arbitration agreement will not be affected". KROLL, Stefan Michael. Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousness of a party. LABES, Hubertus W. (org.), **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?** Frankurt am Main:Peter Lang, 2004, p. 152.

[166] Alemanha, OLG München, 29 de fevereiro de 2012, Az. 34 SchH 6/11.

[167] "There is nothing in the law precluding such a benevolent act but it is contrary to the human nature and thus will be rarely observed in reality". WAGNER, Gerhard. op. cit., 2004, p. 18.

Apesar de tal exigibilidade não ser verificada nas decisões das Cortes Alemãs, ela poderia repercutir na eventual desnecessidade do ajuizamento da ação, vez que a liberalidade da parte solvente em arcar com os custos totais da arbitragem poderia ser exercida no âmbito do procedimento pré-arbitral, preservando assim a eficácia da convenção de arbitragem.

O segundo parâmetro refere-se as circunstâncias pelas quais uma assistência jurídica gratuita seja garantida a parte impecuniosa numa ação judicial.

Genericamente, o Direito Alemão reconhece a concessão de assistência jurídica gratuita para pessoas físicas e jurídicas, mediante a verificação de três condições.

Segundo o art. 114 do Código de Processo Civil Alemão, a assistência jurídica gratuita deve ser concedida somente quando: comprovada a insuficiência de recursos para custear a ação judicial, haja uma razoável perspectiva de sucesso da demanda[168] e a pretensão não possa ser considerada leviana[169]. Ademais, entes jurídicos estrangeiros estão excluídos do acesso à assistência jurídica gratuita[170].

Nesse sentido, a impecuniosidade da parte frente a convenção de arbitragem deveria ser analisada sob o mesmo parâmetro. KROLL, respaldado no posicionamento da

---

[168] Nesse sentido, a Jurisprudência do Bundesgerichtshof reafirmou entendimento de que, caso haja necessidade de produção probatória para apurar ou não a razoabilidade de perspectiva de sucesso da demanda, esta será considerada como existente, ensejando o acesso a assistência judiciária. Cf. DANNEMANN, Gerhard. **Access to Justice: an Anglo-German Comparison**. European Public Law (1996), p. 271 a 292.

[169]Alemanha, Zivilprozeßordnung: Title 7 -Assistance with court costs; advance on the costs of litigation. Section 114. Prerequisites (1) Any parties who, due to their personal and economic circumstances, are unable to pay the costs of litigation, or are able to so pay them only in part or only as instalments, will be granted assistance with the court costs upon filing a corresponding application, provided that the action they intend to bring or their defence against an action that has been brought against them has sufficient prospects of success and does not seem frivolous. Wherever the present title is silent, sections 1076 through 1078 shall apply to assistance with court costs in cross-border disputes within the European Union. (2) The action being brought or the defence against an action is frivolous where a party that has not taken recourse to assistance with the court costs would desist, upon having judiciously assessed all circumstances, from bringing an action or defending against an action in spite of sufficient prospects of succeeding".

[170] Alemanha, ZPO, sec. 116.

Corte Constitucional sobre a garantia do acesso à justiça[171], afirma que os efeitos da convenção de arbitragem não poderiam ser afastados na hipótese em que a parte impecuniosa não se enquadrasse nas hipóteses de obtenção de assistência jurídica gratuita[172]. Isto aconteceria, pois somente no caso em que a concessão de assistência jurídica gratuita fosse assegurada na ação judicial, a manutenção do vínculo da parte impecuniosa à convenção de arbitragem representaria o único obstáculo no acesso à justiça.

Desse modo, quando não satisfeitas as condições de concessão de assistência judiciária, não se poderia exigir da parte solvente o pagamentos da representação jurídica da parte impecuniosa como condição para a conservação dos efeitos da convenção de arbitragem.

Afinal, se a exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios visa a preservação do mesmo alcance da ampla defesa que a parte teria no Judiciário, não há razão para garantir uma assistência judicial às custas da parte adversa na arbitragem, se, no processo judicial, a parte impecuniosa não teria acesso a assistência jurídica gratuita[173].

Esse mesmo entendimento é defendido por WAGNER[174], que a tratar da impecuniosidade superveniente durante um procedimento arbitral com sede na Alemanha, os árbitros deverão dar continuidade ao procedimento, caso uma das exceções à concessão de assistência jurídica gratuita seja constatada.

Uma outra circunstância a ser observada refere-se a inexigibilidade da parte ser representada em arbitragem por advogado, vez que a legislação alemã não prevê tal obrigatoriedade.

---

[171] Cf. Alemanha, BVerfGE 9, 124, 130 et seq.; BVerfGE 56, 139, 142; BVerfGE 78, 104, 118; BVerfGE 81, 347, 357.

[172] KROLL, Stephan. op. cit., 2004, p. 155.

[173] "There is no reason why the standard should be higher in arbitration". Idem.

[174] WAGNER, Gerhard. op. cit., 2004, p. 19.

Ocorre que a representação por advogado habilitado é considerado pelas Cortes Constitucionais Alemãs como um elemento inerente ao exercício do pleno direito de acesso à justiça[175]. Contudo, tal exigência não se verifica em casos simplórios, quando a defesa dos interesses da parte não é prejudicada pela ausência de representação jurídica[176].

Consequentemente, mantendo-se o mesmo padrão para a arbitragem, poder-se-ia concluir que, em casos simplórios, o custo com advogados não poderia ser considerado para a verificação do estado impecunioso da parte vinculada a uma convenção de arbitragem.

Outro aspecto que retiraria os custos advocatícios como elemento verificável da situação impecuniosa da parte seria a possibilidade dos advogados concentrarem seus honorários exclusivamente no sucesso da demanda arbitral; assim, o necessário adiantamento dos honorários advocatícios não constituiriam um obstáculo para a devida tutela dos direitos da parte impecuniosa.

A priori essa possibilidade inexistiria, pois a legislação alemã proíbe a cobrança de honorários advocatícios fundada no sucesso da demanda. Segundo o Direito Alemão, a contratação de honorários contingenciais (ou de sucesso) repercute na violação do princípio da imparcialidade do advogado, pois este passaria a ter interesse econômico direto na causa.

No entanto, essa vedação não é absoluta. Em 2004, a Corte Constitucional Alemã decidiu que em certos casos a cobrança de honorários contingenciais ("Erfolgshonorar") não viola a ordem pública[177]. Dentre eles, encontra-se a situação de impecuniosidade da parte e o risco da ausência de representação jurídica configurar uma situação de denegação de justiça[178].

---

[175] Cf. Alemanha, BVerfGE 9, 124, 130 et seq.; BVerfGE 56, 139, 142; BVerfGE 78, 104, 118; BVerfGE 81, 347, 357.

[176] Alemanha, BGH (21.11.1968) BGHZ 51, 79, 82.

[177] Alemanha, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BvR) 2576/04.

[178] "Vor dem Hintergrund dieses verfassungsrechtlichen Handlungsgebotes kann die Möglichkeit, mit einem Rechtsanwalt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, das Institut der Prozesskostenhilfe nicht ersetzen. Wegen der von der Verfassung gebotenen weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und

Sendo assim, em casos simplórios, poder-se-ia aceitar a participação da parte na arbitragem sem que fosse representada por advogados, fato este que afastaria a incapacidade financeira da parte de arcar com tais valores como elemento formador do status impecunioso necessário para o afastamento da convenção de arbitragem.

4.1.1.2.3. A Inexequibilidade da Convenção de Arbitragem não é uma Sanção à Impecuniosidade da Parte

Como a inexequibilidade da convenção de arbitragem não representa uma sanção para o status impecunioso em Direito Alemão [179], o afastamento da convenção de arbitragem ocorre mesmo nos casos da impecuniosidade advir de atos má-gestão administrativa do negócio ou atitude negligente[180], ressalvados os casos de má-fé[181].

O Tribunal Regional Superior de Berlin (Kammergericht) Berlin, acompanhando o posicionamento no Caso do Encanador Alemão, decidiu que comprovada a má-fé na configuração do estado financeiro da parte impede-a de pleitear o afastamento da convenção de arbitragem, em conformidade com o disposto nos arts. 226, 242, 826 do Código Civil (BGB)[182].

Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes darf der mittellose Rechtsuchende durch Versagung von Prozesskostenhilfe faktisch nicht dazu gezwungen werden, eine Erfolgshonorarvereinbarung abzuschließen und damit im Unterschied zu einer finanziell besser gestellten Partei, die hierauf nicht eingehen müsste, auf einen Teil seiner realisierten Forderung zu verzichten. Wird dies beachtet, verdrängt die Möglichkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung auch nicht die von der Verfassung gebotene Prozesskostenhilfe". (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BvR) 2576/04).

[179] No mesmo sentido, a Suprema Corte Finlandesa[179] decidiu que a convenção de arbitragem torna-se injustificável quando a parte insolvente não puder pagar para que o seu litígio seja resolvido por arbitragem. (KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration.** 2. ed. Oxford: Oxford Publishers, 2010, p. 64).

[180] "It is immaterial whether the lack of property was caused by the applicant itself". Alemanha, KG BERLIN, 13.08.2001, 2 W 8057/99.

[181] Alemanha, BGH (30.01.1964) BGHZ 41, 104 109: BGH (22.02.1971) BGHZ 77, 65 67.

[182] "The right of parties to terminate an arbitration agreement for lack of financial means is only limited where such invocation of the inability to perform the arbitration agreement would constitute bad faith pursuant to Sections 226, 242, 826 of the Civil Law Code (BGB)". Alemanha, KG BERLIN, 13.08.2001, 2 W 8057/99.

Para WAGNER[183], nem mesmo a situação em que a parte fosse impecuniosa a época da celebração da convenção de arbitragem poderia representar uma situação má-fé que repercutisse na preservação dos efeitos da convenção de arbitragem. Afinal, segundo o autor, o próprio fato da parte celebrar um contrato almejando obter lucros com a nova relação jurídica seria suficiente para reconhecer a esta uma expectativa de obtenção de fundos para suportar os custos de uma eventual arbitragem; afastando assim uma atitude de má-fé.

Por outro lado, mesmo que coubesse a parte impecuniosa uma penalização pela situação de incapacidade financeira, a perda absoluta da capacidade de tutelar seus direitos seria uma sanção demasiadamente drástica a parte impecuniosa[184]; o que tornaria a quebra do *pacta sund servanda* um efeito menos grave para a relação jurídica.

A título comparativo, uma situação diversa acontece na Áustria. Apesar das Cortes Austríacas aplicaram o entendimento de que a impecuniosidade da parte representaria também uma situação de denegação de justiça, somente na hipótese de uma impecuniosidade superveniente e não motivada por ato próprio da parte representaria uma denegação do direito constitucional à jurisdição (seja ela arbitral ou estatal) exigindo o afastamento da convenção de arbitragem[185].

Interessante verificar que a Corte Federal de Justiça identifica na impecuniosidade da parte uma circunstância intransponível para o acesso à arbitragem, pois em outros casos, como na redação de convenção de arbitragem indicando uma instituição arbitral inexistente, a mesma Corte considerou que a convenção de arbitragem não era *per se* inexequível[186].

---

[183] WAGNER, Gerhard. op. cit., 2004, p. 15.

[184] Cf. WAGNER, Gerhard. op. cit., p. 10.

[185] RIEGLER, Stephan; et al. **Arbitration Law of Austria: Pratice and Procedure**. Juris Publishing, Inc., 2007, p. 710.

[186] Alemanha, BGH, III ZB 70/10.

4.1.1.2.4 A opção de assegurar os efeitos da convenção de arbitragem

Apesar de privilegiar a garantia do acesso à jurisdição, a decisão da Corte Federal de Justiça resguardou a faculdade da parte não pecuniosa em preservar a validade da convenção de arbitragem.

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

A primeira vista, causa espécie considerar que a parte demandada na arbitragem concordaria em arcar com a totalidade dos custos visando simplesmente a preservação da jurisdição arbitral. Apesar de raras, pelo menos uma situação permitiria compreender a ratio de tal decisão.

Essa situação seria a hipótese de existência de pedidos contrapostos, no qual a expectativa de sucesso dos pleitos da parte não pecuniosa motivariam a sua assunção do adiantamento dos custos arbitrais. A expectativa de obtenção de um resultado econômico prático da parte rica poder-se-ia estar suportado na ideia de que a impecuniosidade da outra parte fosse transitória ou na eventual legitimidade em obter ressarcimento econômico de terceiros envolvidos na relação jurídica, como no caso de um avalista ou garantidor.

Não há, segundo o Direito Alemão, uma obrigatoriedade da parte requerida em suportar os custos de uma arbitragem instaurada por um requerente impecunioso, ressalvada a hipótese de que tal obrigação esteja circunscrita na própria convenção de arbitragem.

Trata-se de uma mera liberalidade dada a parte solvente de preservar a jurisdição arbitral, caso assim entenda que o custo vale o risco.

A oportunidade da parte solvente preservar a solução do litígio com o pagamento das custas integrais da arbitragem foi positivado no Direito Italiano. No art. 816 *septies* do Código de Processo Civil Italiano encontra-se expressamente previsto que:

> [...]se um parte não pagar a solicitação de adiantamento das custas arbitrais, a outra parte poderá fazê-lo. Se as partes falharem em prover o adiantamento das custas arbitrais no prazo estabelecido pelos árbitros, elas não serão mais vinculadas à convenção de arbitragem no tocante a disputa submetida à arbitragem[187].

Interessante destacar que as Cortes Alemãs já reconheceram a uma parte solvente o direito de pleitear a declaração da inexequibilidade da convenção de arbitragem fundada na impecuniosidade da outra parte para arcar com a sua parcela dos custos arbitrais[188].

4.1.2. A Perspectiva Portuguesa

4.1.2.1. Breve Nota sobre o Princípio da Competência-Competência em Portugal

Em 14 de dezembro de 2011, foi publicada a nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal (Lei n. 63/2011).

O art. 5° da referida lei, intitulado "efeito negativo da convenção de arbitragem" estabelece que "o tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, [...], absolvê -lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível"[189].

---

[187] Itália, Codice di procedura civile – "Art. 816-septies. (Anticipazione delle spese) Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte. Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale". (tradução feita a partir de texto em inglês).

[188] Cf. Alemanha, BGH (12.11.1987) BGHZ, 102, 199.

[189] Portugal, Lei n. 63/2011: "Art. 1 — O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê -lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível.
2 — No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual".

No tocante ao conteúdo desse dispositivo, LEITE esclarece que a intenção do legislador foi reconhecer a competência preferencial dada ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição e reduzir a interferência judicial nas hipóteses que, mediante uma cognição sumária (prima facie), seja manifestamente verificável a nulidade, ineficácia ou inexequibilidade da convenção arbitral[190]. Outro ponto destacado pelo autor português é a previsão expressa contida no art. 5.2 que estabelece o início ou prosseguimento da arbitragem enquanto tramita uma ação judicial questionadora da convenção arbitral.

4.1.2.2. Os Efeitos da Impecuniosidade da Parte em Portugal

Em razão da incapacidade superveniente da parte em arcar com as custas da arbitragem pactuada, a Corte Constitucional Portuguesa decidiu pelo afastamento da eficácia da cláusula compromissória, legitimando a parte requerente a valer-se da justiça estatal para dirimir o litígio posto[191].

Esse mesmo posicionamento já era anteriormente verificado em outras decisões das proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Com exemplo, o Superior Tribunal de Justiça de Portugal decidiu que a impecuniosidade poderia remeter a ineficácia da convenção de arbitragem[192]. Na análise limitou-se a apreciar os efeitos do art. 790, n°. 1 do Código Civil, que prevê a extinção da obrigação fundada na impossibilidade de seu cumprimento por causa não imputável ao devedor. A decisão bem destaca que não foi a obrigação de recorrer ao tribunal arbitral que se não tornou impossível, mas sim o pagamento das despesas da arbitragem; o que seria uma obrigação acessória à principal.

---

[190] LEITE, António Pinto. A nova lei portuguesa de arbitragem voluntária. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 33, Curitiba: Síntes, 2012, p. 84 e 85.

[191] Portugal, Tribunal Constitucional, 2a. Seção, j. 30.05.2008.

[192] Portugal, Superior Tribunal de Justiça de Portugal. Processo n° 99A1015, Relatora Seia Aragão, j. 18.01.2000.

Assim, a impossibilidade de custear as despesas da arbitragem somente ensejaria um justo motivo do afastamento da convenção de arbitragem, quando a insuficiência de meios econômicos ocorrer por culpa não imputável à parte. Somente nessa hipótese é que a parte estaria impossibilitada de obter justiça para o seu caso, sendo-lhe denegada justiça por insuficiência de meios econômicos. O Superior Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que fora analisado as provas que repercutiriam na apreciação do estado de incapacidade financeira da parte, remetendo o caso para nova apreciação do Tribunal de Relação de Lisboa.

É exatamente nesse ponto que o acórdão do Tribunal Constitucional inovou.

A Suprema Corte julgou inconstitucional, por violação do artigo 20, n.º 1, da Constituição Portuguesa, a norma do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de impor a obrigatoriedade da convenção de arbitragem à parte em situação superveniente de insuficiência econômica, verificável quando justificado o apoio judiciário[193].

Ocorre que, como esclarecido por JÚDICE[194], a época da decisão não havia um controle rigoroso do escrutínio feito para a concessão do benefício de apoio judiciário; fato este que poderia representar circunstâncias em que a mera alegação de impecuniosidade representasse a concessão do benefício e o afastamento da convenção arbitral.

Muito embora a decisão do Tribunal Constitucional represente um posicionamento de relevo no sistema jurídico português, o entendimento verificado no Acórdão 311/08 não foi, de todo, reproduzido em decisões mais recentes.

Uma outra decisão, agora proferida pelo Tribunal de Relação de Lisboa[195], confirmou que a superveniência de uma situação econômica impossibilitadora do pagamento das despesas com a constituição da arbitragem constitui causa legítima de não

---

[193] Portugal, Tribunal Constitucional, 2a. Seção, j. 30.05.2008.

[194] JUDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tibunal Constitucional. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, ano 2, Associação Portuguesa de Arbitragem, Coimbra: Almedina, 2009, p. 163.

[195] Portugal, Tribunal de Relação de Lisboa, processo 454/09.0TVLSB.L1-7, j. 02.11.2010.

cumprimento da convenção de arbitragem[196]. A decisão apresenta diversas questões de interesse para esta pesquisa e portanto merece uma apresentação detalhada.

O caso refere-se a um contrato de concessão envolvendo uma multinacional do ramo automobilístico e sua concessionária portuguesa, contrato este considerado como de adesão pela Corte Portuguesa. Todavia, esse fato não representou a nulidade manifesta da cláusula compromissória.

Ao tratar dos efeitos da impecuniosidade da parte, o Tribunal de Relação de Lisboa reforçou que a carência de meios econômicos é tutelada pelo art. 20, n°. 4 da Constituição Portuguesa - que determina que a justiça não pode ser denegada por carência de meios econômicos - e pelo art. 790, n°1 do Código Civil, como feito na decisão do Supremo Tribunal de Justiça.

Debruçando-se sobre os aspectos fáticos do caso, o Tribunal de Relação de Lisboa não identificou a debilidade financeira da apelante através da declarações anuais prestadas ao Fisco. Em verdade, considerou que a apelante, por ser empresa regularmente constituída, poderia ter se valido dos demonstrativos financeiros para comprovar seu estado patrimonial; o que não o fez.

Verificado o mesmo posicionamento em três diferentes instâncias da Justiça Portuguesa, deve-se concordar com BARROCAS[197], no sentido de que o direito português admite a resolução da convenção de arbitragem quando a parte não der causa a sua incapacidade de suportar os custos arbitrais.

Para BARROCAS, dois pressupostos são exigidos para a perda superveniente da eficácia da convenção de arbitragem: a comprovada situação de insuficiência econômica de uma parte para suportar os encargos com a arbitragem, invocada por essa parte e que essa impossibilidade tenha surgido após a celebração da convenção de arbitragem[198].

---

[196] Na decisão, afirma-se que o afastamento da convenção de arbitragem diante da impecuniosidade da parte é posicionamento consolidado em Portugal.

[197] BARROCAS, Manoel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 232.

[198] Ibidem, p. 233.

Conforme se verifica, os efeitos da impecuniosidade da parte sobre a convenção de arbitragem são vistos como um problema que não permite uma solução de conciliação ou harmonização. Nos termos do Acórdão do Tribunal Constitucional:

> [...] a concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entraves de capacidade econômica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efetiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem[199].

Essa opção feita pela Jurisprudência Portuguesa deve ser analisada com fortes ressalvas. Pois, como defende JUDICE, o resultado será óbvio: sempre que uma empresa não queira se sujeitar a um procedimento arbitral bastará ajuizar uma ação alegando insuficiência econômica, ensejando, como permitido no direito português, o proferimento de medidas antiarbitragem[200].

4.2. A Preservação da Convenção de Arbitragem

4.2.1. A Experiência Francesa - Uma Questão de Garantia do Acesso aos Árbitros

A análise dos efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem sob a perspectiva do direito francês carece, necessariamente, da exata compreensão da dimensão do princípio da competência-competência em direito francês.

4.2.1.1 O Princípio da Competência-Competência na França

Para o Direito Francês, a aplicação do princípio da competência-competência reflete-se numa regra de prioridade cronológica, em que é reconhecida a competência prioritária aos árbitros para decidirem sobre sua jurisdição, reservando às cortes estatais, o

---

[199] Portugal, Tribunal Constitucional, 2a. Seção, j. 30.05.2008.

[200] JUDICE, José Miguel. "Anotação ao Acórdão 311/08 do Tibunal Constitucional", **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, ano 2, Associação Portuguesa de Arbitragem, Coimbra, Portugal: Almedina, 2009, p. 166.

poder de decidir a questão ulteriormente[201], em sede de ação de anulação ou execução da sentença arbitral.

4.2.1.1.1 Os efeitos da Impecuniosidade no Direito Francês - A Primazia da Jurisdição Arbitral

A especificidade do Direito Francês remonta na primazia temporal, quase que absoluta, dada ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, o qual, sob prisma teórico, justificar-se-ia no reconhecimento do árbitro como verdadeiro juiz natural de sua jurisdição[202].

Trata-se, na verdade, da extensão do efeito positivo da convenção de arbitragem que, por um lado, obriga as partes resolverem o litígio através da arbitragem, mas, por outro lado, outorga aos árbitros um poder de julgar todas as questões relativas ao litígio, inclusive aquelas inerentes a sua própria jurisdição[203].

Sob o ponto de vista prática, a primazia dada ao árbitro representa uma solução considerada indispensável para o bom funcionamento da arbitragem. Afinal, privilegiar a competência do árbitro em detrimento do juiz estatal para apreciar a validade e eficácia da convenção de arbitragem, naturalmente repercute no desencorajamento do ataque a convenção de arbitragem ser utilizado como mera manobra protelatória do desenvolvimento do procedimento arbitral.

Tal aplicação do princípio da competência-competência encontra raízes na tradicional Doutrina arbitralista francesa[204]. Por exemplo, para FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, o verdadeiro propósito do princípio da competência-competência não é de outorgar exclusivamente aos árbitros o poder de decidir sobre sua própria jurisdição; mas

---

[201] Através do caso Gosset, a *Cour de Cassation* confirmou esse posicionamento. Cf. Cour de Cassation, 1re ch., 7 de maio de 1963.

[202] BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. op. cit., 2012, p. 324 e 325.

[203] Cf. SERAGLINI, Christophe et ORTSCHEIDT, Jéromê. **Droit de l'arbitrage interne et international**. Paris: Montchrestien-Lextenso, 2013, p. 587.

[204] Sobre a natureza da decisão do árbitro sobre sua jurisdição, ver: RACINE, Jean-Babtiste. La sentence d'incompétence. **Revue de l'Arbitrage** vol. 10, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2010, p. 729 a 781.

sim, sua decisão poderá ser revista pelas cortes estatais em ações de anulação ou execução da sentença arbitral[205].

A primazia do árbitro julgar sobre sua própria competência verifica-se tanto na hipótese em que o tribunal arbitral já foi constituído ou não[206].

Note-se que a aplicação do princípio da competência-competência não restringe o direito de ação, pois como bem esclarece MOTULSKY, a partir do momento em que existe um interesse legítimo de fazer constatar a existência de uma situação jurídica, uma ação judicial será permitida[207].

4.2.1.1.2. As Restrições à Primazia da Apreciação dos Árbitros

A prioridade cronológica reconhecida aos árbitros não é absoluta. O art. 1448 do Código de Processo Civil[208] , com redação dada pelo Decreto n° 2011-48 de 13.01.2011, estabelece que na hipótese de um litígio resultante de uma convenção de arbitragem ser apresentado a um tribunal estatal, este deve declarar-se incompetente[209], salvo no caso da arbitragem não ter sido iniciada e a convenção de arbitragem for manifestamente nula e inaplicável. Trata-se da aplicação do princípio da economia processual, evitando o envio partes a uma arbitragem cuja convenção possui vício facilmente verificável[210].

---

[205] Cf. GAILLARD, Emmanuel. "L'effet négatif de la compétence-compétence", in: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009.

[206] França, Código de Processo Civil Francês: "Art. 1448. Caso uma das partes signatárias de determinada convenção arbitral proponha uma demanda perante o Judiciário, o juiz deverá declarar-se incompetente, salvo se o tribunal arbitral ainda não tiver sido constituído e se a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou inaplicável". Tradução apresentada por www.parisarbitration.com.

[207] MOTULSKY, Henri. op. cit., 1974, p. 236 e 237.

[208] Considerando a existência de regras diversas para a arbitragem interna e internacional no direito francês, importa-se destacar que a previsão contida no art. 1448 é aplicável em qualquer modalidade de arbitragem.

[209] França, Código de Processo Civil Francês: "Art. 1448. Caso uma das partes signatárias de determinada convenção arbitral proponha uma demanda perante o Judiciário, o juiz deverá declarar-se incompetente, salvo se o tribunal arbitral ainda não tiver sido constituído e se a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou inaplicável". Tradução apresentada por www.parisarbitration.com.

[210] COHEN, David. Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 1ère civ., 16 octobre 2001, Société Quatro Children's book Ldt. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2002, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2002, p. 919.

Inicialmente, duas ressalvas podem ser extraídas da inclusão de termo "manifestamente" no art. 1448 do Código de Processo Civil[211]. A primeira refere-se a decisão do legislador em circunscrever o controle do juiz a um exame *prima facie*, ou seja, a partir da simples leitura da cláusula compromissória e do contrato e não suscitando qualquer dúvida que necessite de prova para sua verificação[212]. Inclusive, a *Cour de Cassation*[213] proíbe o juiz estatal de proceder um exame substancial e aprofundado da convenção de arbitragem, remetendo tal apreciação a competência exclusiva dos árbitros[214].

A segunda ressalva refere-se a uma análise estrita das hipóteses de nulidade e inaplicabilidade da convenção de arbitragem. FOUCHARD bem define o estrito limiar das hipóteses de afastamento do acordo pela arbitragem ao afirmar que ela será manifestamente nula ou inaplicável quando tal situação *"for óbvia, indiscutível ou incapaz de ser questionada por argumentos sérios"*[215 e 216].

---

[211] De acordo com a decisão proferida pela Cour de Cassation no caso Eurodif v. République Islamique d'Iran (1989), o art. 1458 (atual art. 1448) aplica-se para a arbitragem doméstica e internacional. Cf. Revue de l'arbitrage 653, 1989). Cf. **Revue de l'arbitrage**, vol. 1989, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1989 p. 653.

[212] "At the same time, when the French courts hear a request for the appointment of an arbitrator on the basis of an arbitration agreement the existence or validity of which is contested, they do not address the substance of the dispute and must, at the very most, make a prima facie assessment of the existence and validity of the agreement". GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. op. cit., 1999, p. 407.

[213] "Le principe de compétence-compétence "interdit [...] au juge de procéder à un exame substanciel de la convention d'arbitrage". (Cour de Cassation, 1ère civ., 7 juin 2006, Copropriété maritime Jules Verne, n°. 03-12-034).

[214] Nesse sentido, ver LOQUIN, Eric. La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage – commentaire du Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 9, n. 33, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 96 e 97.

[215] FOUCHARD, Philippe. La coopération de Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage. **Écrits.** Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007, p. 10.

[216] Cf. JARRONSON, Charles. Note sur Cour d'Appel de Paris, 7 décembre 1994, Société V 2000 v. Société Project XJ 220 ITD et autre. **Revue de l'arbitrage**, vol. 1996, Issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1996, p. 253.

A nulidade manifesta da convenção de arbitragem ocorre quando um vício de forma ou uma violação a ordem pública foram verificáveis. Nesse universo não se incluem as cláusulas compromissórias ambíguas, obscuras ou contraditórias[217].

No tocante a inaplicabilidade manifesta da convenção de arbitragem, somente com o advento da Decreto n° 2011-48 de 13.01.2011 é que esta previsão foi positivada na legislação francesa. Contudo, LOQUIN bem esclarece que não se trata de uma inovação no direito francês, vez que a inaplicabilidade já era reconhecida pela jurisprudência francesa como hipótese de afastamento da convenção de arbitragem, conforme posicionamento consolidado no "*Arrêt Quarto Children Books*"[218].

Uma hipótese em que a convenção de arbitragem é manifestamente inaplicável ocorre quando a cláusula compromissória invocada é indiferente ao contrato litigioso, encontram-se fora do campo de aplicação da convenção de arbitragem.

As restritas circunstâncias de afastamento da convenção de arbitragem numa análise *prima facie* pelo juiz francês podem ser observadas em seis casos que a *Cour de Cassation* considerou a convenção de arbitragem manifestadamente inaplicável[219]. Os casos são: inaplicabilidade da cláusula compromissória para defender os interesses dos funcionários contra um plano de liquidação de sociedade falida[220]; inaplicabilidade da convenção de arbitragem incluída num contrato de distribuição para tratar da responsabilidade extracontratual do fabricante no aumento abusivo do passivo de uma empresa em liquidação judicial[221]; inaplicabilidade da cláusula compromissória em contratos relacionados quando há previsão expressa de restrição dos efeitos da convenção a um único contrato[222]; a convenção de arbitragem inexistia nas condições gerais de venda na

---

[217] Cf. BOISSÉSSON, Matthieu. **Le droit français de l'arbitrage**. Paris: GLN JOLY, 1990, p. 87

[218] LOCQUIN, Eric. op. cit., 2012, p. 97.

[219] Pesquisa identificada em: BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. op. cit., 2012, p. 316 a 320.

[220] França, Cour de Cassation, 1re civ., 04.07.2006, Société Prodim.

[221] França, Cour de Cassation, 1re civ., 01.07.2009, Société Encore orthopedics Inc. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2011, issue 1, Paris : Comité Français de l'Arbitrage, 2009, p. 655 a 655.

[222] França, Cour de Cassation, 1re civ., 11.07.2006, Société Champion Supermaché France. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2006, issue 3, Paris : Comité Français de l'Arbitrage, 2006, p. 959.

época da ocorrência do fato litigioso[223]; inaplicabilidade da cláusula compromissória contida no contrato de franquia para regular o contrato de locação celebrado pelas mesma partes e no mesmo dia[224]; inaplicabilidade da cláusula compromissória contida em contrato de fretamento quando uma cláusula de eleição a substituiu expressamente no documento de conhecimento de embarque[225]. Dentre eles, como se pode observar, não está incluída a impecuniosidade da parte.

4.2.1.2. A Impecuniosidade sob o Império do Efeito Negativo da Competência-Competência Francês

4.2.1.2.1. A Preservação da Primazia do Árbitro ante a Impecuniosidade da Parte

Numa conferência na Alemanha realizada ano de 2004, GAILLARD afirmou que, na sua visão, num primeiro momento os Tribunais Franceses não iriam tratar da questão da impecuniosidade no detalhe, encaminhando a questão à apreciação do tribunal arbitral e, apenas potencialmente, podendo fazê-lo na hipótese do ajuizamento de ação anulatória da sentença arbitral ou da execução de uma sentença arbitral estrangeira na França[226]. Alguns anos depois, a previsão do eminente arbitralista foi confirmada.

No caso *SARL Lola Fleurs v. Société Monceau Fleurs et autres*[227], a disputa versava sobre controvérsias advindas de um contrato de franquia. O franqueado, alegando sua própria impecuniosidade para arcar com os custos arbitrais, requereu a declaração de inaplicabilidade da cláusula compromissória para legitimar que o juiz estatal apreciasse seu requerimento de indenização por perdas e danos.

A *Cour d'Appel de Paris* recusou o argumento do franqueado afirmando que:

---

[223] França, Cour de Cassation, 1re civ., 27.04.2004, Société Bureau Veritas. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2004, issue 3, Comité Français de l'Arbitrage: Paris, 2004, p. 851.

[224] França, Cour de Cassation, 1re civ., 8.12.2009, Prodim, n°. 09-11.117.

[225] França, Cour de Cassation, 1re civ., 11.07.2006, Société Andhica Lines.

[226] GAILLARD, Emmanuel. op. cit., 2004, p. 75.

[227] França, Cour d'Appel de Paris, 1re ch., 26 de fevereiro de 2013.

> [...]o caráter manifestamente inaplicável da cláusula compromissória não se deduz da alegada incapacidade de Lola Fleurs em fazer face aos custos de um procedimento em razão de sua situação financeira e a denegação de justiça que disso resultaria quando cabe ao tribunal arbitral permitir o acesso ao julgador, sendo possível de ser sancionada ulteriormente uma eventual falha desse[228].

A partir dessa decisão, três entendimentos valiosos para análise dos efeitos da impecuniosidade da parte em direito francês podem ser extraídos. O primeiro refere-se ao fato de que a alegada impecuniosidade da parte e a potencial situação de denegação de justiça não caracterizam hipótese de inaplicabilidade manifesta da convenção arbitral ou colocam sob suspeita o efeito negativo do princípio da competência-competência, autorizando o juiz a examinar com profundidade a questão[229].

Esse entendimento foi celebrado pela Doutrina Francesa, pois, ao restringir a interferência estatal, preservou a concepção francesa de ordem jurídica arbitral autônoma[230]. FONTMICHEL representa bem este entendimento ao afirmar que "*não é possível conceber que a ordem jurídica arbitral autônoma sucumba quando confrontada com meros problemas financeiros das partes*"[231].

Ademais, foi considerada um verdadeiro avanço no combate a utilização da impecuniosidade conjuntural como manobra dilatória da instauração da arbitragem[232].

---

[228] Tradução livre de "le caractère manifestament inapplicable de la clause compromissoire ne saurait[...] se déduire de l'incapacité alléguée de Lola Fleurs à faire face au coût d'une telle procédure en raison de sa situation financière et au déni de justice qui en résulterait alors qu'il appartient en tout état de cause au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, un éventuel manquement de sa part sur ce point étant susceptible d'être sanctionné ultérieurement".

[229] TRAIN, François-Xavier. Le contrôle a posteriori et in concreto des conséquences de l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage, note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013 et Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 26 février 2013. **Revue de l'Arbitrage**, vol. 2013, isseu 3, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 752 – 753.

[230] Existiria um direito arbitral transnacional autônomo que regeria as arbitragens internacionais. Sobre o tema, ver: GAILLARD, Emmanuel. **Aspects Philosophiques du Droit de L'Arbitrage International**. Leiden/Boston: Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

[231] "En effet, on ne peut concevoir un ordre juridique arbitral autonome si celle-ci succombe dès lors qu'elle se trouve confrontée à des parties en difficultés financières"(tradução nossa). FONTMICHEL, Maximim. op. cit., 2013, p. 43.

[232] "L'arrêt Lola Fleurs constitue une véritable avancée dans l'établissement de la jurisprudence sur l'impécuniosité conjoncturelle...". (PINNA, Andrea. La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accés à la justice arbitrale note sous Cass. civ. 1e, 28 mars 2013 et CA Paris, 26 février 2013. **Cahiers de l'arbitrage**. vol. 2013, issue 2. Paris : L.G.D.J., 2013, p. 485).

Em paralelo, posicionando-se contrariamente ao afastamento da convenção de arbitragem numa análise *prima facie*, a *Corte d'Appel de Paris* remeteu a análise da impecuniosidade da parte e da potencial situação de denegação de justiça aos árbitros, imputando a este o dever de assegurar a garantia do acesso à justiça para a parte impecuniosa.

Anteriormente, o Tribunal de Grande Instância de Paris já havia decidido que questões relativas a exigibilidade de pagamentos das custas arbitrais deveriam ser interpostas aos árbitros[233]. Não se tratava de uma questão específica de impecuniosidade, em verdade, após a negativa do pagamento das custas pela parte demandada, a parte demandante requereu à corte estatal a imposição de medidas que obrigassem tal pagamento. Inobstante isso, tal decisão confirma o entendimento da competência prioritária do árbitro para tratar sobre o não pagamento das custas arbitrais.

Essa posição encontra consonância no entendimento de que o árbitro é o juiz natural de sua própria competência e, portanto, deve apreciar prioritariamente todas as questões que repercutam no afastamento de sua jurisdição[234]. Outros juristas, entretanto, entendem que a decisão da *Cour d'Appel de Paris* impôs uma nova obrigação associada ao efeito negativo do princípio da competência-competência: garantir o acesso à justiça, mesmo que isso repercuta numa decisão gratuita[235].

Apesar não mencionar os meios reconhecidos aos árbitros para garantir o acesso à justiça à parte impecuniosa, a decisão da *Cour d'Appel de Paris* enviou uma mensagem aos árbitros e as instituições de arbitragem. Ultimamente, poderá o juiz estatal verificar a falha do tribunal arbitral na tratativa da garantia do acesso à justiça à parte impecuniosa através de uma ação anulatória de sentença arbitral. Contudo, como bem sugere TRAIN, a mensagem da *Cour d'Appel de Paris* carece de sanção aos árbitros, pois a não apreciação

---

[233] SARL Sifamos v. SA Grammer AG, Tribunal de commerce de Paris,18.12.1998. **Revue de l'Arbitrage**, vol. 2002, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 997 a 999.
[234] Cf. BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. op. cit., 2012, p. 338 a 342.

[235] DUPEYRON, Carine ; POLONI, Flore. Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice : vers une réconciliation? **ASA Bulletin**, vol. 31, issue 4, Gèneve :Association Suisse de l'Arbitrage, 2013, p. 907.

do pleito da parte impecuniosa na arbitragem remete tão somente a anulação da sentença arbitral, não produzindo qualquer consequência de ordem civil ou criminal ao árbitro[236].

É exatamente nesse ponto que o caso *Lola Fleurs* suscita questionamentos.

4.2.1.2.2. A Flexibilização da Regras Procedimentais como Mecanismo de Acesso à Justiça

Uma ideia da dimensão do poder dos árbitros para garantir o acesso à justiça para a parte impecuniosa pode ser extraído de uma decisão da *Cour de Cassation* no caso *Licensing Project v. Pirelli*.

Os fatos remetem a celebração de um contrato de cessão de marca entre a sociedade espanhola Licensing Project e a italiana Pirelli que foi resilido por Pirelli ante a falta de pagamento de royalties. Pirelli instaurou um procedimento arbitral perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, sendo que Licensing Project apresentou uma reconvenção. Nesse ínterim, Licensing Project entrou em processo de liquidação judicial e não pagou as despesas administrativas exigidas pela Secretaria da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ante a apresentação da reconvenção. Em razão do não pagamento, a reconvenção não foi apreciada pelo Tribunal Arbitral com base no disciplinado no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, repercutindo na condenação pecuniária de Licensing Project.

Licensing Project então ajuizou uma ação anulatória da sentença arbitral perante as Cortes Francesas sob o argumento de violação do princípio da igualdade das partes e da ordem pública internacional. Em primeira instância, a *Cour d'Appel de Paris*[237] decidiu pela anulação da sentença arbitral, reconhecendo que o direito de acesso a justiça implica

[236] TRAIN, François-Xavier. op. cit., 2013, p. 756.

[237] De acordo com o Decreto n° 2011-48 du 13 janvier 2011, a *Cour d'Appel* é a instância competente para julgar as ações de anulação de sentença arbitral na França. "Art. 1519.-Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. "Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence". "La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement".

que uma pessoa não pode ser privada da faculdade concreta de ter suas pretensões julgadas por um juiz.

Em 28 de março de 2013, a *Cour de Cassation* acolheu recurso para rejeitar parcialmente a decisão precedente. A Corte Suprema Francesa decidiu, de maneira inédita, que a recusa do tribunal arbitral em examinar a demanda reconvencional atenta ao direito de acesso à justiça e igualdade das partes quando esta for indissociável da demanda principal[238].

Ao considerar que o direito de acesso aos árbitros corresponde a um princípio análogo ao direito de acesso à justiça reconhecido no art. 6, §1° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a *Cour de Cassation* entendeu que a exigibilidade de pagamento das custas processuais como condição da apreciação do pedido reconvencional, conforme previsto no regulamento de arbitragem indicado na convenção arbitral, configuraria uma afronta a ordem pública processual quando impede o acesso ao árbitro[239].

Dessa maneira, quando verificada uma relação indissociável entre a demanda principal e a reconvenção, impor-se-ia aos árbitros o dever de agir de forma diversa daquela prevista na convenção de arbitragem, contrariando as regras procedimentais pactuadas pelas partes, como forma de garantir o acesso da parte reconvinte impecuniosa ao árbitro.

No caso Pirelli, a *Cour d'Appel de Paris* anulou a sentença arbitral exatamente fundada na premissa de que caberia aos árbitros afasta a aplicação do art. 30 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris e decidir o pleito reconvencional mesmo sem o pagamento das custas exigidas. A *Cour de Cassation*, apesar

---

[238] A decisão da *Cour de Cassation* não restou alheia a críticas. "Le recours à la distinction entre demandes reconventionnelles "indissociables" et dissociables de la demande en justice à laquelle a eu recours la Cour de cassation est non seulement disproportionné, mais aussi de compréhension et donc d'application pratique difficiles. Cette distinction sera probablement source d'un contentieux inutile". (PINNA, Andrea. op. cit., 2013, p. 483.

[239] Parte da Doutrina Francesa entende que a decisão da Cour de Cassation remete a uma fragilização da força obrigatória do regulamento de arbitragem e consequentemente a uma insegurança quanto a realização de arbitragens com sede na França. Cf. CLAY, Thomas. L'application perlée du reglèment d'arbitrage pour la contestation des liens entre arbitre et conseil. **Journal of International Arbitration** The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

de reformar a decisão precedente, manteve tal obrigatoriedade quando a reconvenção for indissociável do pedido principal.

Então, sob a égide do princípio do acesso à justiça, as decisões do Caso *Pirelli* permitiriam reconhecer aos árbitros uma faculdade de modificar a convenção de arbitragem de forma a adaptar a arbitragem à capacidade econômica das partes, preservando a escolha pela via arbitral e garantindo o acesso à jurisdição privada.

O regulamento de arbitragem indicado na convenção de arbitragem não vincularia os árbitros quando a ordem pública processual é suscetível de ser afastada, sob pena de expor a sentença arbitral a uma anulação ulterior[240].

DUPEYRON e POLONI corroboram com esse entendimento, ao afirmar que, a partir das recentes decisões[241], os árbitros não podem mais se limitar a aplicar as regras processuais e as decisões administrativas das instituições de arbitragem, devendo permanecer atento a aplicação dos grandes princípios processuais[242].

TRAIN sugere ainda a possibilidade dos árbitros imporem à parte requerida na arbitragem o dever de arcar com a totalidade das custas arbitrais, garantindo o acesso à justiça a parte impecuniosa e evitando a violação da ordem pública[243].

Em especial no caso da parte impecuniosa ser da reconvinte e a reconvenção apresentar uma natureza de defesa processual (portanto, sendo indissociável a demanda principal), a autorização para modificação do procedimento arbitral encontra respaldo no art. 1510 do Código de Processo Civil Francês[244], o qual remete ao árbitro o dever garantir o respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa durante o procedimento arbitral.

---

[240] FONTMICHEL, Maximim. op. cit., 2013, p. 42.

[241] Referência feita aos casos Lola Fleurs e Pirelli especificamente.

[242] DUPEYRON, Carine ; POLONI, Flore. op. cit. 2013, p. 912.

[243] "Il faudrait ainsi imposer la solidarité au nom du droit d'accès à la justice de la partie impecunieuse, sur le fondement de l'ordre public international". (TRAIN, François-Xavier. op. cit., 2012, p. 303).

[244] França, Código de Processo Civil: "Art. 1.550 - Independentemente do procedimento escolhido, o tribunal arbitral garantirá o respeito aos princípios da igualdade das partes e do contraditório".

Por outro lado, quando a demanda reconvencional for dissociada daquela principal, a *Cour de Cassation* considerou que o afastamento da reconvenção pelos árbitros não representaria uma afronta a ordem pública processual.

Em verdade, sob esse ponto específico, a *Cour de Cassation*, em 26 de janeiro de 1994, já havia proferido um julgamento considerando que a decisão dos árbitros de atribuírem, ao não pagamento das custais arbitrais, o efeito de desistência da arbitragem pelo Requerente não configuraria violação a nenhuma regra de ordem pública aplicável à arbitragem[245].

Entretanto, essa decisão ou mesmo a aquela proferida pela *Cour de Cassation* no caso Pirelli aparentam enfrentar uma situação de potencial denegação de justiça por impecuniosidade da parte requerente da arbitragem.

Na decisão de 26 de janeiro de 1994, o argumento enfrentado pela *Cour de Cassation* referia-se exclusivamente a faculdade dada ao Tribunal Arbitral para encerrar o procedimento. Isso porque, o art. 1° do Código de Processo Civil Francês previa que somente as partes litigantes poderiam encerrar o procedimento judicial antes do julgamento[246]. Assim, a *Cour de Cassation* decidiu que esse princípio – indicado no art. 1° do Código de Processo Civil Francês – não se aplicaria à arbitragem.

Outrossim, no caso Pirelli, a *Cour de Cassation* refere-se especificamente a legalidade da sentença arbitral atacada pela não decisão do pleito reconvencional, o que sugere considerar que – na hipótese do pleito reconvencional ser dissociável daquele principal – seria legítimo aos árbitros julgarem somente o pedido principal, não impedindo que os pedidos reconvencionais fossem apresentados em outra arbitragem. Nesse caso, os efeitos da impecuniosidade da parte sobre a nova arbitragem não foram objeto de apreciação pela *Cour de Cassation*.

---

[245] Société Ferruzzi France v. UCACEL, Cour de Cassation (2Ch. civ.), 26 January 1994. **Revue de l'Arbitrage.** vol. 1995, issue 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1995, p. 443 e 444.

[246] França, Código de Processo Civil: "Art. 1 - Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi".

Uma análise míope dessa decisão, poderia repercutir no entendimento de que a recusa dos árbitros em julgar um litígio diante da impecuniosidade da parte seria legítima, impondo ao impecunioso o ônus da situação de denegação de justiça. Todavia, observando a jurisprudência da *Cour de Cassation*, verifica-se a denegação de justiça é uma circunstância não admitida pelo direito francês.

É nesse sentido que a decisão do caso *Lola Fleurs* detém importância, pois na hipótese da parte impecuniosa reconvinte iniciar uma nova arbitragem, vez que seu pleito reconvencional não fora apreciado pelo primeiro tribunal arbitral, caberá ao segundo tribunal arbitral encontrar meios para garantir o acesso à justiça a parte impecuniosa.

4.2.1.2.3. A Necessária Intervenção do Juiz Estatal

Apesar da decisão no caso *Lola Fleurs* remeter aos árbitros o dever de garantir o acesso à justiça para a parte impecuniosa, ela não afasta totalmente a intervenção do juiz estatal no caso de impecuniosidade da parte vinculada a uma convenção arbitral.

O primeiro problema surge da eventual não aceitação dos árbitros indicados pelas partes, quando estes tiverem a ciência da situação de impecuniosidade da parte. Situação idêntica pode ser verificada na hipótese da convenção de arbitragem prever uma arbitragem institucional.

Em ambos os casos, a impecuniosidade da parte repercutiria numa situação de denegação de justiça, não verificada pela impossibilidade de constituição de um tribunal arbitral ao mesmo tempo que o Judiciário não teria jurisdição para decidir a controvérsia no fundo.

Sob este ângulo, os arts. 1454 e 1505 do Código de Processo Civil Francês[247 e 248] reconhecem ao *juge d'appui*[249], o poder para intervir na controvérsia quando houver uma

[247] França, Código de Processo Civil: "Art. 1454 - Salvo acordo em contrário das partes, qualquer outra controvérsia referente à constituição do tribunal arbitral será resolvida pela pessoa competente para organizar a arbitragem, ou, não havendo tal pessoa, decidida pelo juiz de apoio". Tradução disponibilizada por www.parisarbitration.com.

[248] França, Código de Processo Civil: "Art. 1505 - Em matéria de arbitragem internacional, o juiz de apoio do procedimento arbitral será, salvo cláusula em contrário, o Presidente do Tribunal de Grande Instância de

dificuldade para a constituição do tribunal arbitral, viabilizando a eficácia da convenção de arbitragem[250].

Dentre as hipóteses já reconhecidas de intervenção do *juge d'appui* encontram-se a recusa da indicação de árbitro pelas partes, a recusa de aceite dos árbitros indicados pelas partes, a existência de cláusula compromissória vazia ou patológica, a recusa de intervenção da instituição de arbitragem designada e a situação de denegação de justiça[251].

Em especial, o art. 1454 reconhece a competência residual do *juge d'appui* em "qualquer outra controvérsia referente à constituição do tribunal", o que, apoiando-se em decisões precedentes da *Cour de Cassation* incluíram a hipótese de denegação de justiça por impecuniosidade da parte.

Para resolver uma situação de denegação de justiça[252], a *Cour de Cassation* , no caso *Etat d'Israël v. Sté National Iranian Oil Company (NIOC),* reconheceu a competência do juiz francês para auxiliar na constituição do tribunal arbitral afirmando que "a impossibilidade de uma parte acessar o juiz, seja ele arbitral, [...] constitui uma denegação de justiça justificante da competência internacional do juiz francês"[253 e254].

Paris quando: 1° A sede da arbitragem for na França ou; 2° As partes tenham concordado em submeter à arbitragem à lei processual francesa ou; 3° As partes tenham expressamente atribuído competência ao Poder Judiciário francês para solucionar os litígios relativos ao procedimento arbitral ou; 4° Uma das partes esteja correndo o risco de ter o seu direito à justiça violado". Tradução disponibilizada por www.parisarbitration.com.

[249] Sobre o juge d'appui, ver: FOUCHARD, Philippe. op.cit., 2007, p. 5 a 33.

[250] Sobre um histórico da relação entre o juiz e o árbitro, ver: LOQUIN, Eric. Le juge et l'arbitre. BOSTANJ, Sami et al. (dir.) **Le juge et l'arbitrage**, Paris: A. Pedone, 2014, p. 19 a 43.

[251] ANCEL afirm que a aplicação deve ser restrita, em casos verdadeiramente excepcionais. ANCEL, Marie-Elodie. Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-meme. VERDERA TUELSS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández Rozas (eds). **Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, vol. 4:3, Madrid: IproLex, 2011, p. 822.

[252] Após se recusar a indicar um árbitro, como previa a cláusula compromissória, o Estado de Israel (através de seu poder Judiciário) negou-se a intervir na constituição de um tribunal arbitral, alegando que NIOC era uma empresa controlada por um estado inimigo. Assim, não podendo buscar a interferência das Cortes Iranianas, NIOC dirigiu-se às Cortes Francesas, local designado para a realização da arbitragem, para que estas interferissem de forma a permitir a constituição do tribunal arbitral e afastar a situação de denegação de justiça que NIOC se encontrava.

[253] "L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, [...] constituait un déni de justice justifiant la compétence internationale du juge français". HORATIA, Muir Watt. Note sur Cour de Cassation, 1 fevrier 2005. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2005, issue 3, LITEC: Paris, França, 2005, p. 693 a 707.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE afirma que com essa decisão, surge a definição de denegação de justiça arbitral caracterizada pela "presença de uma convenção de arbitragem viável e de um obstáculo durável e anormal a sua efetivação"[255].

Ainda no caso *Pordéa*[256], a *Cour de Cassation* já havia reconhecido que as custas processuais cobradas pelas cortes inglesas constituíam uma situação de denegação de justiça econômica que autorizava a intervenção do juiz francês, ante a incapacidade da parte para arcá-las. Nessa decisão, a Corte Suprema ainda reconheceu que o acesso à jurisdição [juge] é uma questão de ordem pública e direito fundamental reconhecido internacionalmente[257].

Sob a influência de tais decisões, a nova redação do art. 1505 do Código de Processo Civil Francês foi construída para legitimar a intervenção do *juge d'appui* nos casos em que "*uma das partes está exposta a um risco de denegação de justiça*", o que, em princípio, permitiria a este intervir nos casos de incapacidade econômica da parte requerente em arbitragens internacionais[258].

A legitimidade de intervenção do *juge d'appui* na instauração da arbitragem pode ainda ocorrer quando a negativa de constituição do tribunal arbitral ocorre pela intervenção da instituição de arbitragem ante a impecuniosidade da parte. CARDUCCI afirma que o juge d'appui somente interfere quando as partes e a instituição arbitral escolhida para resolver a questão não a fazem[259].

---

[254] A controvérsia existente entre o Estado de Israel e Sté National Iranian Oil Company (NIOC) foi ainda submetida a apreciação das Cortes Suíças. Sobre o tema ver: Anulação de Sentença Parcial – Tribunal Federal Suíço [Estado de Israel v. Sté National Iranian Oil Company (NIOC)]. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano 10, n. 37, São Paulo: IOB, p. 100 a 124.

[255] Na versão original : "le déni de justice arbitrale, constitué en présence d'une convention d'arbitrage viable et d'un empêchement durable et anormal à la réalisation de la convention". BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. op. cit., 2012, p. 371.

[256] França, Cour de Cassation, primeira câmara cível, 16.03.1999, Rev. Crit. DIP 2000.

[257] "Le caractère d'ordre public du droit au juge et l'universalité de a reconnaissance de ce droit fondamental s'expliquent intellectuellement par l'idée selon laquelle l'accés au juge est le gage instrumental de l'effectivité de tout autre droit fundamental. Le titulaire d'un droit fondamental doit être aussi titulaire du droit processuel de le faire valoir, sinon il n'a pas accès à son droit fondamental et, portant, à la justice".

[258] O direito francês apresenta regras diferentes para a arbitragem internacional e doméstica.

[259] CARDUCCI, Guido Carducci. The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration

No caso *Samsung*[260], a Société Qimonda AG e Samsung celebraram um contrato prevendo uma arbitragem institucional administrada pela Câmara de Comércio Internacional. Contudo, contrariamente ao previsto no regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a cláusula compromissória previa que a indicação dos árbitros não estaria sujeita a aceitação ou rejeição da instituição arbitral, nem a sentença arbitral seria submetida à apreciação da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Ao ser intimada a promover a instauração da arbitragem, a Secretaria da Câmara de Comércio Internacional recusou-se ante a previsão contida na cláusula compromissória, condicionando a administração e o seguimento do procedimento à renúncia expressa das partes aos dispositivos contrários ao seu regulamento.

Note-se que a interferência do *juge d'appui* acontece que subsidiariamente, "*à default*"[261] de outra manifestação de vontade das partes, como prevê o art. 1454 do Código de Processo Civil Francês[262]. Assim, impõe-se no caso da impecuniosidade da parte vinculada a convenção de arbitragem buscar a solução da controvérsia primeiramente perante um tribunal arbitral e/ou a instituição de arbitragem eventualmente escolhida pelas partes. Somente no caso de permanência da situação de denegação de justiça é que lhe seria legítimo acessar o *juge d'appui*[263].

Por sua vez, o *Tribunal de Grand Instance de Paris* reconheceu sua competência, como *juge d'appui*, sob o seguinte argumento:

Law. **Arbitration International**. vol.28, issue 1. La Haye: Kluwer Law International, 2012, p. 137 e 138.

[260] RACINE, Jean Batiste Racine. Note sur Tribunal de Grand Instance de Paris (22.01.2010). **Revue de l'arbitrage**, vol. 2010, issue 3. Comité Français de l'Arbitrage: Paris, França, 2010, p. 571 a 583.

[261] Code de Procédure Civile Français: "Art. 1454 - Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui".

[262] França, Código de Processo Civil. "Art. 1.454 - Salvo acordo em contrário das partes, qualquer outra controvérsia referente à constituição do tribunal arbitral será resolvida pela pessoa competente para organizar a arbitragem, ou, não havendo tal pessoa, decidida pelo juiz de apoio". Tradução disponibilidade por www.parisarbitration.com.

[263] Sobre o princípio da subsidiariedade, ver: PLUYETTE, Gerard. Le juge d'appui: L'experience française. BOSTANJ, Sami et al. (dir.) **Le juge et l'arbitrage**. Paris : A. Pedone, 2014, p. 143 e 144.

> *cette impossibilité de mettre en place l'arbitrage selon les modalités précises visées dans la clause contractuelle constitue une difficulté justifiant la saisine de la présent juridiction, sans qu'il soit allégué ni établi que ladite clause est manifestement nulle ou totalement inapplicable.*

RACINE, ao comentar o caso, destacou que a noção da palavra "difficulté", contida no art. 1493(a) do Código de Processo Civil Francês em vigor na época, possui um sentido abrangente que engloba também a dificuldade de constituição do tribunal arbitral pela recusa de atuação da instituição arbitral[264].

No fundo, o *Tribunal de Grand Instance de Paris* acabou por não interferir diretamente na causa, vez que as partes concordaram pela realização de uma arbitragem *ad hoc*. Entretanto, caso não houvesse o acordo qual seria o posicionamento do Judiciário francês?

4.2.1.2.4. A Dimensão da Intervenção do Juge d'Appui Como um Garantidor do Acesso ao Árbitro

A Doutrina Francesa entende que o papel do *juge d'appui* é colocar em prática a convenção de arbitragem[265 e 266], mesmo que, para tanto, seja necessário alterá-la.

Fazendo referência ao caso Samsung, RACINE afirma que a intervenção do *juge d'appui* poderia ocorrer na transformação da arbitragem institucional em arbitragem *ad hoc*, dando efeito a convenção de arbitragem[267].

---

[264] RACINE, Jean Baptiste. op. cit., 2010, p. 571 a 583.

[265] Sobre o juge d'appui, Eric Loquin afirma: "Il est ensuite le serviteur de l'arbitrage. Sa mission est d'assurer l'efficacité de la convention de arbitrage, de la mettre en œuvre. Il intervient pour que le tribunal arbitral soit constitué et puisse remplir sa mission juridictionnelle". (LOQUIN, Eric. op. cit., 2014, p. 28).

[266] "En toute ces hypothèses, le juge d'appui retrouve toute sa place de "restaurateur" de la volonté première des parties de recouvrir à l'arbitrage". (CHEVALIER, Pierre. Le nouveau juge d'appui. CLAY, Thomas (dir.) **Le nouveau droit français de l'arbitrage**. Paris : Lextenso, 2011, p. 153).

[267] "En l'espèce, son intervention a permis la conversion de l'arbitrage en une procédure ad hoc, ce qui a conduit à donner effet à la convention d'arbitrage". RACINE, Jean Baptiste. op. cit., 2010, p. 582.

PLUYETTE, por sua vez, afirma que a evolução da jurisprudência deliberadamente acolheu uma interpretação extensiva dos textos legais para assegurar uma verdadeira efetividade a interferência do *juge d'appui* que o faz ser julgador inteiramente a serviço da arbitragem no respeito aos princípios fundamentais[268]. Este é, inclusive, o posicionamento da *Cour de Cassation* que prega pela manutenção da vontade das partes em recorrer à arbitragem.

No caso *Naphatchimie v. UOP NV*[269], um contrato previa duas instituições arbitrais diversas em uma mesma cláusula compromissória. Rejeitando a decisões proferida pela *Cour d'Appel* que havia considerado a cláusula manifestamente inaplicável, a *Cour de Cassation* decidiu que a existência de duas previsões simultâneas para a realização da arbitragem afetava a aplicação prática da convenção, mas não desconstituía a clara manifestação de vontade da partes pela utilização da arbitragem; assim, portanto, deveria ser preservada a eficácia da convenção para remeter as partes à arbitragem, cabendo ao *juge d'appui* solver a dificuldade inerente a constituição do tribunal arbitral. Com essa decisão, a Cour de Cassation reforça a função do *juge d'appui* de garantir o direito de acesso à arbitragem fundada no art. 6°, § 1° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[270].

No entanto, dentre os poderes concedidos ao *juge d'appui* não aparentam constar aqueles necessários para a decretação da ineficácia da convenção de arbitragem, ressalvados os casos de manifestamente nula ou inaplicável. Como afirma CHEVALIER, o *juge d'appui* não age em favor de uma parte ou de uma demanda, mas sim em apoio a manutenção da vontade das partes de resolverem seu litígio através da arbitragem[271]. FOUCHARD afirma que o *juge d'appui* jamais interferirá no litígio para afastar a manifestação de vontade das partes celebrada na convenção de arbitragem, mas unicamente para dar-lhe eficácia[272].

---

[268] PLUYETTE, Gerard. op. cit., 2014, p. 133.

[269] França, Cour de Cassation, 1èrè Civ., 20.02.2007, n°. 06-14107.

[270] TRAIN, François-Xavier. Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 14 novembre 2007, Société SIAL c/ société Vinexpo. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2008, Issue 3. Litec: Paris, França, 2008, p. 456.

[271] CHEVALIER, Pierre. op. cit., 2011, p. 145.

[272] FOUCHARD, Philippe. op. cit., 1985, p. 30.

No caso NIOC, o Estado de Israel arguiu que a situação de denegação de justiça deveria remeter o juiz francês a julgar o mérito do litígio e não meramente intervir na constituição do tribunal arbitral. O argumento não convenceu a *Cour de Cassation*, pois a intervenção do *juge d'appui* restringe-se a questão processuais, não avançando sobre o fundo do litígio. Para tanto, BERNHEIN-VAN DE CASTEELE afirma que, a partir da decisão do caso NIOC, a verificação de uma situação de denegação de justiça arbitral não serve de pretexto para a derrubada da convenção de arbitragem[273].

Pelo menos foi essa a decisão proferida pela *Cour de Cassation* no caso Société SIAL v. Vinexpo. Fazendo referência aos dispositivos legais inerentes a atuação do *juge d'appui* e ao princípio da competência-competência, a Suprema Corte Francesa decidiu que deve o *juge d'appui* simplesmente designar um árbitro, cabendo a este decidir prioritariamente sobre a sua própria competência; agindo de maneira diversa, o *juge d'appui* viola os textos e princípios legais pertinentes (referência indireta a aplicação do princípio da competência-competência)[274].

Considerando ainda que a análise da impecuniosidade da parte pode remeter a uma investigação aprofundada e factual, reconhecer a capacidade do juiz estatal para apreciar a situação de impecuniosidade abriria, segundo a Doutrina francesa, uma brecha em favor da utilização de medidas dilatórias que colocariam em risco o equilíbrio do regime da arbitragem na França[275].

---

[273] BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. op. cit., 2012, p. 372.

[274] "Qu'en statuant ainsi, alors que le juge d'appui ne peut refuser de désigner un arbitre que si la clause est manifestement nulle ou insuffisante pour permettre la constitution du tribunal arbitral et qu'il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence, le juge d'appui, devant statuer en la forme des référés, a violé les textes et le principe susvisés". Cour de Cassation, civ. 1re, 14 novembre 2007, **Revue de l'arbitrage**, vol. 2008, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2008, p. 453 a 459.

[275] TRAIN, François-Xavier. Impecuniosité et accés à la justice dans l'arbitrage international. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2012, issue 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2012, p. 298.

4.2.1.2.5. A Aplicação do Art. II.3 da Convenção de Nova Iorque

No caso *Lola Fleurs*, a *Cour de Cassation* afastou que a impecuniosidade da parte seja questão passível de constituir hipótese de nulidade ou inaplicabilidade manifesta da convenção de arbitragem[276].

Ocorre que, nas arbitragens internacionais, impõe-se ao juiz francês verificar se a convenção de arbitragem não pode ser afastada por uma das hipóteses contidas no art. II.3 da Convenção de Nova Iorque. Fato este que não altera a posição da Doutrina francesa[277].

Primeiramente, porque a nulidade da convenção de arbitragem sugere que sua causa reflita no fato de que a convenção de arbitragem nunca tenha produzido efeitos, como exemplos tem-se a falta de consentimento, coação, fraude ou ausência de um requisito formal[278]. Sob este prisma, mesmo que o estado impecunioso fosse verificado no ato da celebração da convenção de arbitragem, por um lado, a parte assumiu o risco de situação – afastando o argumento de vício de consentimento – e, portanto, afastando a possibilidade da convenção nunca ter produzido efeitos.

No tocante a inoperância da convenção de arbitragem, estar-se a falar de uma situação superveniente que a invalide, como por exemplo, a ocorrência de uma condição resolutiva, a expiração do prazo de validade da convenção, a resolução por mútuo acordo ou a resilição por causa grave.

GAILLARD defende que, contrariamente ao posicionamento alemão, a impecuniosidade não caracteriza "causa grave" para a revogação da convenção de arbitragem, vez a legislação francesa não autoriza uma parte libertar-se de obrigação contratuais fundada exclusivamente na falta de recursos financeiros para adimpli-la.

---

[276] LOQUIN, Eric. Le contrôle de la nullité ou de l'inaplicabilité manifeste de la clause compromissoire. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2006, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 893 e ss.

[277] Cf. CLAY, Thomas. La Convention de New York vue par la Doctrine Française. **ASA Bulletin**, n. 27, La Haye: Kluwer Law International, p. 50 a 65.

[278] GAILLARD, Emmanuel. op. cit., 2004, p. 78.

As Cortes Francesas[279] entendem que não é legítimo a parte requerer a aplicação de onerosidade excessiva (hardship) ou força maior para desobrigar-se de pagar uma determinada soma em dinheiro quando o único motivo de não o fazer é a sua situação financeira, ressalvado o caso de falência[280].

Com relação a inexequibilidade da convenção de arbitragem, GAILLARD corrobora com o posicionamento manifestado pela Corte de Apelação Inglesa no caso Haendler & Natermann GmbH v. Janos Paczy, no sentido de que inexequibilidade da convenção de arbitragem aplica-se exclusivamente na hipótese em que, as partes estão prontas, capazes e desejam performá-la, todavia sua execução é impossível. Nesse contexto, a impecuniosidade da parte não se enquadraria.

Como se percebe, tradicionalmente, a Doutrina francesa posiciona-se contrariamente a possibilidade da impecuniosidade da parte colocar em cheque a efetividade da arbitragem[281].

4.2.1.2.6. A Flexibilização da Visão Francesa?

Mesmo aonde a arbitragem é considerada como o último baluarte da autonomia da vontade[282], haveria uma tendência de flexibilização pelo afastamento da convenção de arbitragem?

Em 17 de maio de 2011, o *Tribunal de Commerce de Paris* decidiu um caso envolvendo um contrato de franquia celebrado entre a empresa dinamarquesa Mil-tek Danmark e a sociedade francesa Mil-tek Île-de-France SARL. Diante do rompimento contratual promovido pela sociedade dinamarquesa, a empresa francesa ajuizou uma ação

---

[279] No Arrêt Ms. Chabrier v. Assoc. Perspective (20 de fevereiro de 1996), a Cour de Cassation resume o posicionamento jurisprudencial francês.

[280] GAILLARD, Emmanuel. op. cit., 2004, p. 69.

[281] "Le manque de ressources financières por avancer les coûts d'un arbitrage peut il faire totalment échec à la convention d'arbitrage? Tradicionnellement, la réponse à cette question est négative". FONTMICHEL, Maximim. op. cit., 2013, p. 39.

[282] CLAY, Thomas. L'efficacité de l'arbitrage. **Les Petites Affiches**. n. 197. Paris: Lextenso Editions, 2003, p. 4 a 12.

de ressarcimento dos prejuízos incorridos perante a Justiça Estatal Francesa. Por sua vez, a empresa dinamarquesa alegou a incompetência do tribunal estatal ante a existência de convenção de arbitragem que remetia a realização de uma arbitragem perante a *Danish Chamber of Commerce*. A empresa francesa defendeu-se requerendo a declaração de nulidade da convenção arbitral em razão do caráter oneroso da arbitragem e de sua incapacidade financeira de arcar com os custos do procedimento.

O juiz, de maneira inédita na França[283], declarou a convenção de arbitragem nula, pois constituiria uma restrição de acesso à jurisdição. O fundamento utilizado pelo juiz francês foi a comprovada incapacidade da parte francesa em arcar com os custos da arbitragem e a desproporcionalidade existente entre o montante das custas que deveriam ser adiantadas pela parte, entre 20 mil e 80 mil euros, sendo que a empresa comprovou que nos últimos três anos tinha um faturamento anual de 13 mil euros.

Essa decisão encontrou críticas na Doutrina Francesa[284], em especial por atentar contra o princípio da autonomia da vontade, um dos pilares fundamentais da arbitragem. Com o passar do tempo, acabou por se demonstrar como decisão isolada que não representava o posicionamento do Direito Francês[285].

No entanto, não é impossível encontrar quem defende a existência de hipóteses excepcionais que remetem ao afastamento da convenção de arbitragem ante a impecuniosidade da parte.

TRAIN, apesar de defender a tese de que a impecuniosidade não repercute na invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, sugere existirem duas situações excepcionalíssimas em que a preservação do princípio do acesso à justiça repercutiram na privação dos efeitos da convenção de arbitragem[286].

---

[283] Segundo Maximin Fontmichel, trata-se de um posicionamento inédito na justiça francesa. FONTMICHEL, Maximim. op. cit., 2013, p. 40.

[284] Ibidem, p. 41.

[285] No original: "A l'heure actuelle cette décision du tribunal de commmerce de Paris reste isolée et ne peut refléter la position du droit français sur la question". FONTMICHEL, Maximim. op. cit., 2013, p. 41.

[286] TRAIN, François-Xavier. op. cit., 2012, p. 297 e 298.

A primeira ocorreria quando houvesse a constatação de um impedimento absoluto da parte em arcar com as custas arbitrais. Interessante observar que – diferentemente da Doutrina alemã – o autor entende que a impecuniosidade estaria relacionada tão somente com o não pagamento das custas arbitrais, nada dizendo sobre os custos com honorários advocatícios. Todavia, o entendimento do autor parece filiar-se ao alemão - no sentido de que a impecuniosidade seja verificável tão somente quando ausentes todos os meios de viabilização de fundos para o pagamento das custas arbitrais – quando afirma que uma sociedade em processo de falência não necessariamente estaria privada de toda capacidade financeira[287].

A segunda situação ocorreria quando uma parte, diante da ciência de uma condição financeira restrita da outra parte e visando impossibilitar o acesso dessa a um julgamento, impõe a celebração de uma cláusula compromissória que remete a realização de uma arbitragem com valores extraordinários em relação ao potencial objeto litigioso. Nessa hipótese, o afastamento da cláusula compromissória não ocorreria pela mera situação financeira da parte, mas sim em razão de um suposto abuso de direito da outra parte.

Inobstante, tais hipóteses, não se pode afirmar que o direito francês caminhe no sentido do posicionamento alemão sobre a matéria.

[287] Ibidem, p. 298.

5. OS EFEITOS DA IMPECUNIOSIDADE DA PARTE NA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM - A PERSPECTIVA BRASILEIRA

A análise dos efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem no direito brasileiro, depende anteriormente da verificação da competência originária para apreciar a questão e da caracterização do estado de denegação de justiça.

5.1. A Competência para a Apreciação da Impecuniosidade – A Rigidez do Princípio da Competência-Competência no Brasil

Atualmente, o princípio da competência-competência do árbitro é regulado no direito brasileiro pelo art. 8°, parágrafo único e art. 20 da Lei n° 9.307/96[288 e 289].

Intimamente ligado com o princípio da autonomia da cláusula compromissória, o princípio da competência-competência do árbitro no ordenamento jurídico brasileiro aplica-se a toda convenção de arbitragem, quer seja uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral.

Ao firmarem a convenção de arbitragem, os contratantes intentam afastar a intervenção estatal nos presentes ou futuros litígios, outorgando ao árbitro o poder de apreciar toda a controvérsia, incluindo-se sua própria jurisdição. Estar-se-á diante do efeito positivo do princípio da competência-competência do árbitro.

---

[288] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

[289] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem".

Por outro lado, preterem a intervenção estatal a uma situação ulterior, posterior ao proferimento da sentença arbitral. Em verdade, não há uma exclusão absoluta da declaração de nulidade ou ineficácia de uma convenção de arbitragem; todavia, essa intervenção estatal ocorreria apenas de maneira subsequente e mediata, restringindo-se a análise da questão em ação anulatória da sentença arbitral.

Essa é a dimensão do efeito negativo do princípio da competência-competência do árbitro no ordenamento jurídico brasileiro; ou seja, afasta, de plano, qualquer intervenção judicial sobre a existência, validade, eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que esteja inserida, mas autorizando sua intervenção em sede de análise da sentença arbitral.

Nesse sentido, o teor do art. 8°, parágrafo único da Lei n° 9.307/96 é conclusivo, "não deixando margem de dúvida ao afirmar que a argüição de nulidade deve ser enfrentada, de plano, em caráter imediato, pelo árbitro"[290].

O Direito Brasileiro segue, em certa medida, a metodologia utilizada no Direito Francês, concedendo ao árbitro uma primazia temporal para análise de sua jurisdição, mas não afastando totalmente a apreciação do Poder Judiciário, que se limita a uma análise ulterior – se evocada – da sentença arbitral.

LEE afirma inclusive que a intervenção do juiz não pode ocorrer durante o procedimento arbitral, mas sim após o pro ferimento da sentença arbitral: "o novo regime brasileiro da arbitragem proíbe o recurso contra a decisão do árbitro sobre sua competência, sob reserva de uma análise posterior do Judiciário em caso de ação anulatória"[291].

Diferentemente do art. 1.448 do Código de Processo Civil Francês, a Lei Brasileira de Arbitragem não prevê expressamente qualquer exceção à primazia temporal

---

[290] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2008, p.136.

[291] LEE, João Bosco. A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional. CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem - lei brasileira e praxe internacional.** São Paulo: LTr, 1999, p. 180.

dos árbitros para decidir sobre sua própria competência. Fato este que repercute em divergência doutrinária.

Parte da Doutrina Nacional[292, 293, 294] visualiza uma primazia absoluta do árbitro para decidir sobre a sua própria jurisdição, remetendo ao juiz, em todas as hipóteses, reenviar as partes à arbitragem sem qualquer análise da convenção de arbitragem. Inclusive, LEE e VALENÇA FILHO posicionam-se no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro não permite ao Poder Judiciário sequer uma análise preliminar – prima fácil – da convenção de arbitragem[295].

Em grande medida, a rigidez do princípio da competência-competência seria justificada pelo receio da utilização de medidas dilatórias e antiarbitragem, evitando-se, assim, que a cláusula compromissória seja "inócua"[296], reste "prejudicada"[297] ou fique "a mercê da emulação"[298]; o que, inclusive, "não se conformaria com o direito"[299].

WALD é categórico em afirmar que a validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer após o julgamento dos árbitros, não podendo precedê-lo. Bem destaca, ainda,

---

[292] "(...) a questão deverá ser analisada e decidida pelo próprio tribunal arbitral que é o único com poderes para proferir uma decisão final sobre a questão." COSTA, Marina Mendes. Organizações Internacionais e Arbitragem CCI. **Revista Brasileira de Arbitragem.** n° 0, jul./out. São Paulo: Síntese, 2003, p. 163.

[293] "(...) ela permite aos árbitros não somente perseguir sua missão, mesmo quando a existência é contestada diante deles, e ainda estatuir sobre sua competência-competência, sem obrigação de suspendê-la no caso de embargo paralelo de um juiz estatal". STRENGER, Irineu. A Arbitragem como Modelo de Inserção da Lex Mercatoria na Ordem Estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem.** n. 3. São Paulo: Síntese, 2004, p. 14.

[294] RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 138 a 140; NUNES, Thiago Marinho. A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5, São Paulo: Síntese, 2005, p. 18.

[295] LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. MBV Commercial and Export Management Establishement v. Resil Indústria e Comércio Ltda. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107 a 141.

[296] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., p.137.

[297] Idem.

[298] Idem.

[299] Idem.

que o direito brasileiro segue uma tendência verificável nos países que recentemente trataram a matéria[300].

Note-se que, ao impedir a apreciação judicial mediata da convenção de arbitragem, remetendo tal competência aos árbitros, não se caracteriza ofensa ao princípio do acesso à justiça ou violação ao art. 5° da XXXV da Constituição Federal[301]; afinal, resguarda-se as partes, o direito de rediscutir a matéria em sede de anulação de sentença arbitral.

As Cortes Superiores brasileiras confirmam o entendimento doutrinário favorável a primazia da apreciação da convenção de arbitragem pelos árbitros.

Em decisão na Medida Cautelar 14.295/SP, a ministra Nancy Andrighi apresentou posicionamento que norteia as decisões do Superior Tribunal de Justiça até os presente dias. Ao afastar do Poder Judiciário o conhecimento da jurisdição do árbitro, afirmou:

> [...] no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida. Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia [...]"[302].

Outra decisão de relevo ocorreu no caso "MBV Commercial v. Resil". O Ministro Jobim apresentou então um dos primeiros posicionamentos favoráveis a aplicação do princípio da competência-competência, limitando a intervenção estatal para os casos: "*a) ajuizamento de ação de anulação, ou b) levantar a questão em embargos à execução; c) levantar a questão no momento do reconhecimento da sentença, ou ainda; d) no âmbito do*

---

[300] WALD, Arnoldo. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. **Revista de Arbitragem e Mediação** ano 4, n.12. São Paulo: RT, 2007, p. 197.

[301] C.f. BATISTA MARTINS, Pedro. Parecer: Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque –Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento do Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 7. São Paulo: RT, 2005, p. 179.

[302] Superior Tribunal de Justiça, MC 14.295/SP (2008/0122928-4), decisão monocrática, j. 09.06.2008.

procedimento de homologação, no caso de sentença estrangeira"[303]. Outras decisões seguem confirmando a sua aplicação no Brasil[304].

Em decisão mais recente relatada pelo Min. Sidney Beneti, verifica-se que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça mantém o mesmo entendimento, tendo afirmado que: *"(...) a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em acordo judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo*"[305].

5.1.1. A Apreciação da Impecuniosidade em face das Exceções ao Princípio da Competência-Competência do Árbitro no Brasil

A primazia absoluta dos árbitros para a apreciação da convenção de arbitragem não é unânime no Brasil, existindo opiniões que a atenuam.

Num primeiro momento, existiriam determinadas circunstâncias processuais que ensejariam uma apreciação *ex ante* do juiz estatal.

CARMONA apresenta dois casos em que o efeito negativo não é absoluto [306].

O primeiro caso ocorre na ação judicial fundada na cláusula 7ª. da Lei n° 9.307/96. Nessa ação, impõe-se ao juiz a tarefa de preencher as lacunas que tornaram a cláusula compromissória vazia, de forma a permitir o acesso à arbitragem.

---

[303] Voto do Ministro Nelson JOBIM no caso SE 5.206 do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** n. 11, São Paulo: RT, 2001, p. 371. apud LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos sobre Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150.

[304] "o princípio do Kompetenz-Kompetenz , que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência". Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Mandado se Segurança n° 11.308 - DF (2005/0212763-0). Relator: Ministro Luiz Fux; TJSP, Agravo de Instrumento 0037936-45.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19.06.2012.

[305] Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.288.251/MG, 3ª Turma, relator Min. Sidnei Beneti, j. 09.10.2012.

[306] CARMONA afirma que "o ordenamento brasileiro – à semelhança do que ocorre na Itália – não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem". CARMONA, op. cit., p. 176.

No entanto, preliminarmente, poderia o réu apresentar exceções à instauração da arbitragem, em especial, questionando a própria existência e validade da cláusula compromissória. Tal situação ensejaria uma análise de mérito pelo juiz da cláusula compromissória, para afirmar o preenchimento dos requisitos de existência, validade e eficácia da cláusula compromissória defeituosa. Superada essa etapa, o juiz procederá o saneamento dos vícios que impedem o início do procedimento arbitral.

Como se percebe, haveria, nesse caso, uma real necessidade de pronunciamento prévio do Poder Judiciário sobre a cláusula compromissória antes de remeter as partes à arbitragem [307 e 308]. Essa exceção é recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em decisão no Recurso Especial n° 712.566/RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que "para a instauração do procedimento judicial de instituição da arbitragem (art. 7° da Lei n° 9.307/96), são indispensáveis a existência de uma cláusula compromissória e a resistência de uma das partes à sua instituição (...)" [309]; ou seja, incumbe-se ao juiz verificar, minimamente na ação proposta com base no art. 7° da Lei de Arbitragem, a existência e validade da convenção de arbitragem anteriormente a sua correção.

Ainda no Recurso Especial n° 1278852/MG, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça endossou o primazia temporal do árbitro, indicando apenas uma exceção. In verbis:

> De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário

---

[307] Pedro Batista Martins concorda com a possibilidade do juiz analisar a questão da existência, validade, eficácia da cláusula compromissória na hipótese de ação ajuizada com base no art. 7° da Lei de Arbitragem. (BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2008, p. 147).

[308] SMILGIN, André. Ação judicial para a instituição de arbitragem com base no art. 7° da Lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo Poder Judiciário. Competência-Competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008, p. 395.

[309] Brasil, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 712.566/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2005.

> é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem [310].

A segunda hipótese, citada por CARMONA, refere-se a apresentação de exceção de convenção de arbitragem por réu em ação judicial proposta contra o mesmo. Nesse caso, seria imposto ao juiz o dever de apreciar tão somente a mera existência da cláusula compromissória (e não sua validade e eficácia) para decidir ou não pela extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, VII do CPC. A análise do juiz estatal seria superficial, de mera constatação fática da existência da convenção de arbitragem em documento escrito, à qual se impõe, inclusive, para remeter as partes à arbitragem.

Outros estudiosos da arbitragem verificam ainda a legitimidade de juiz estatal para apreciar a validade da convenção de arbitragem quando esta apresentar um vício de nulidade manifesta.

Sob o ponto de vista prático, este entendimento prima pelo "princípio econômico do processo"[311], pelo qual o processo deve se desenvolver com o mínimo de atividade e com o máximo de rendimento. Assim, ante a manifesta inaplicabilidade da convenção arbitral, a remissão à arbitragem representaria um ônus indevido às partes. É por essa razão que MAYER entende que, em certos casos, a intervenção judicial pode representar uma economia processual[312].

BASÍLIO e MUNIZ, em artigo publicado em 2004, defendem o argumento de que em casos manifestadamente nulos e inaplicáveis, não haveria justificativa para que o juiz estatal não tivesse jurisdição para se pronunciar antes da prolação da sentença arbitral. Fundados na premissa de que um negócio jurídico nulo é considerado como se não tivesse

---

[310] Brasil, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp 1278852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.06.2013.

[311] "Importa tanto, inclusive, que o processo não seja objeto de gravosas taxações e em função das despesas e de sua duração tornar-se utilizável somente pelos mais ricos" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472).

[312] MAYER, Pierre. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. **Recueil des Cours de L'académie de Droit International de La Haye,** t. 290, 2001, p. 346.

existido, sustentam que seria, inclusive teratológico, atribuir a um órgão incompetente para julgar a lide a competência privativa de apreciação da convenção de arbitragem[313].

TEPEDINO posicionou-se também sobre a legitimidade do juiz estatal apreciar prioritariamente eventuais vícios manifestos atinentes a capacidade das partes ou à formação da vontade necessária à celebração da convenção de arbitragem[314].

Numa primeira análise, estes posicionamentos poderiam remeter a um compartilhamento exacerbado entre árbitro e juiz para apreciar *ex ante* a convenção de arbitragem.

Em certa medida, pode-se constatar decisões de segunda instância que apresentam mesmo entendimento. A título exemplificativo, uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser competente para apreciar a ineficácia em contrato de adesão referindo-se que a lei de arbitragem não proibiria a intervenção do juiz para apreciar a validade da cláusula compromissória quando a arbitragem ainda não foi instaurada[315]. Outra decisão, agora proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que, como seria possível ajuizar ação anulatória da sentença arbitral contra compromisso arbitral nulo, poder-se-ia fazê-lo diretamente numa ação judicial visando anular uma cláusula compromissória[316].

---

[313] BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de Suspensão de Porcedimento Arbitral – Jurisprudência Comentada – AgIn 237.442-4/5-00. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n.2, São Paulo: RT, 2004, p. 275. Ressalta-se que, pelo menos aparentemente, Joaquim de Paiva Muniz alterou seu entendimento, pois em livro de sua autoria publicado em 2012, o mesmo entendimento não pode ser verificado. (MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso de Direito Arbitral: aspectos práticos do procedimento**. Curitiba: Editora CVR, 2012, p. 109).

[314] TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 157.

[315] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 0183377-82.2011.8.26.0100, 2ª. Câmara Reservada de Direito Privado, rel. Des. Tasso Duarte de Mello, j. 18.12.2012. No mesmo sentido, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AgIn 0026453-13.2012.8.19.0000, 6ª. Câmara Cível, rel. Des. Pedro Raguenet, j. 22.08.2012.

[316] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0521.09.082961-0/001, 14ª. Câmara Cível, rel. Des. Valdez Leite Machado.

Outra hipótese de atenuação do princípio da competência-competência entabulada na Lei de Arbitragem Brasileira adviria da aplicação do disposto no art. II. 3 da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras[317].

Através do Decreto n°. 4.311, de 23 de julho de 2002, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras foi recepcionada pela legislação brasileira.

Além de tratar das circunstâncias inerentes ao procedimento de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, no art. 2° da Convenção de Nova Iorque disciplina também sobre a eficácia da convenção de arbitragem. Em especial, no art. 2.3, restam determinadas as hipóteses pelas quais um juiz estatal pode analisar a eficácia da convenção de arbitragem, sem que antes tal apreciação fosse feita pelos árbitros[318].

De acordo com a Convenção de Nova Iorque, a flexibilização do efeito negativo do princípio da competência-competência opera-se quando houver impugnação referente a nulidade, inoperância ou inexequibilidade da convenção. Hipótese em que é reconhecida uma certa competência do juiz estatal para *ab initio* afastar a jurisdição arbitral anteriormente à apreciação pelo tribunal arbitral.

A aplicação do disposto no art. II. 3 da Convenção de Nova Iorque repercutiu em três reações diferentes na Doutrina Brasileira.

A primeira manifestada por TEPEDINO defende que a Convenção de Nova Iorque, recepcionada com status de Lei Ordinária, prepondera diante da Lei Arbitragem, facultando ao juiz, em todos os casos, apreciar a nulidade, inoperância ou inexequibilidade da convenção arbitral anteriormente aos árbitros. Assim, segundo o professor carioca, "à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-

---

[317] Promulgada pelo Decreto n° 4.311 de 23 de julho de 2002.

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

se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz"[319].

MAGALHÃES corrobora que a Convenção de Nova Iorque modificou a competência disciplinada no art. 8°, parágrafo único da Lei de Arbitragem). Todavia, sugere que os preceitos do art. II.3 sejam aplicados tão somente quando proposta uma ação judicial fundada no art. 7° da Lei de Arbitragem ou quando for ajuizada ação declaratória de nulidade da convenção de arbitragem antes da instauração da arbitragem[320].

A segunda parcela da Doutrina[321] defende uma coexistência entre a Lei de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, vez que o disposto no art. II.3 em nada alteraria a sistemática de apreciação do princípio da competência-competência no Brasil.

Isto ocorreria porque a primeira parte da Convenção de Nova Iorque, ao incumbir o juiz de remeter as partes à arbitragem, reafirmaria o efeito positivo do princípio da competência-competência disciplinado no art. 8°, parágrafo único da Lei de Arbitragem.

Ademais, considerando que o art. II.3 da Convenção de Nova Iorque prevê uma análise judicial tão somente para os ataques direcionados à convenção de arbitragem e não para aqueles atinentes à nulidade do contrato que esteja inserida, ter-se-ia também uma sintonia com o princípio da autonomia da cláusula compromissória positivada no art. 8° da Lei de Arbitragem[322].

---

[319] TEPEDINO, Gustavo. op. cit., 2008, p. 161.

[320] MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso necessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008, p. 37 a 39.

[321] Em artigo publicado em 2003, Arnoldo Wald defendeu que no Brasil haveria uma tendência que o art. 2° da Convenção de Nova Iorque não se fosse limitado às arbitragens internacionais. (WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 6, n. 22, São Paulo: RT, 2003, p. 359); LONGO, Samantha Mendes. Mitigação do princípio da kompetenz-kompetenz: art. 8°, parágrafo único e art. 20 da Lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 9, n. 35. São Paulo: RT, 2012, p. 360 a 380.

[322] Brasil, Lei 9.307/1996: "Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória".

No tocante, as hipóteses de apreciação da cláusula nula e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível, sustentam que tal previsão já estaria intrínseca no sistema jurídico brasileiro, o qual reconheceria, em casos de extremos e de manifesta verificação, uma intervenção do juiz *ex ante*.

Nesse sentido, DA FONSECA entende que os dispositivos contidos na Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque não são estanques e nem incompatíveis entre si, complementando-se uns aos outros[323].

Haveria ainda uma terceira parcela da Doutrina, que segue o entendimento manifestado por VAN DEN BERG, aplicando o disposto no art. II. 3 da Convenção de Nova Iorque somente para litígios internacionais[324].

No entanto, apesar de tratar no art. 1, quais são as sentenças arbitrais submetidas à aplicação da Convenção - sentenças consideradas estrangeiras ou no nacionais-, nada é dito sobre quais seriam as condições a convenção de arbitragem submeter-se a aplicação da Convenção de Nova Iorque.

Outrossim, VAN DEN BERG apresenta três casos em que a Convenção de Nova Iorque seria aplicada pelo juiz estatal na análise da convenção arbitral [325], circunstâncias estas que caracterizariam uma convenção de arbitragem internacional.

A primeira situação seria aquela em que a convenção arbitral que remete a realização de uma arbitragem em Estado diverso daquele do juiz cuja eficácia da convenção arbitral é questionada.

---

[323] DA FONSECA, Rodrigo Garcia. O princípio da competência-competência na arbitragem – uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 3, n. 9. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

[324] Sobre a definição de arbitragem internacional, ver: FOUCHARD, Philippe. Quand un arbitrage est-il international? **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007, p. 252 a 262; PAULSSON, Jan. International Arbitration is no Arbitration. **Stockholm International Arbitration Review**. ano 2008, issue 2. Estolcomo, Suécia: Jurisnet, 2008, p. 1 a 20. Em sentido contrário, ver: COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre Corvos e Ornitorrincos: Arbitragem Estrangeira e Internacional no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 29. São Paulo: IOB, 2011, p. 60 a 73.

[325] VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. Le Haye: Kluwer Law International, 1981, p. 56 e ss.

Fazendo referência ao disposto no art. 1° da Convenção de Nova Iorque e sob o prisma do Direito Francês, POUDRET e BESSON entendem que esta é a única hipótese de aplicação em que a Convenção de Nova Iorque se aplica para a análise da eficácia da convenção de arbitragem[326].

A título exemplificativo, as Cortes Suíças acolheram este entendimento[327], valendo-se do local de realização da arbitragem como elemento indicativo da aplicação da Convenção de Nova Iorque na análise de duas convenções de arbitragem. No caso CNT v. MSC (1995), o Tribunal Fédérale Suisse aplicou o disposto no art. 2.3 Convenção de Nova Iorque em razão de que a sede da arbitragem seria na cidade de Londres[328]. Do mesmo modo, não o fez em outro caso, quando constatado que a sede da arbitragem era na Suíça[329].

A segunda situação indicada por VAN DEN BERG ocorreria quando houvesse a apreciação pelo juiz de um determinado Estado de uma convenção de arbitragem celebrada por uma parte estrangeira; incluindo-se, portanto, a hipótese em que a sentença arbitral seja proferida no mesmo Estado do juiz.

BOISSÉSSON critica essa hipótese, pois em havendo o proferimento de uma sentença arbitral, este mesmo juiz não aplicaria a Convenção de Nova Iorque para verificar a executoriedade da sentença arbitral, vez que esta seria uma sentença nacional[330].

A terceira situação ocorreria quando houvesse uma discordância do regime jurídico imposto na análise da convenção de arbitragem e aquele inerente a sentença arbitral[331].

---

[326] POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Droit comparé de l'arbitrage international**. Bruxele: Bruylant, 2002, p. 441.

[327] Sobre o princípio da competência-competência do árbitro perante o direito suíço, ver: GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence. AKSEN, Geral (ed.) **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**. Paris: ICC Publishing, 2005, p. 311 e ss.

[328] Suíça, ATF, 121 III38, c. 2.

[329] Suíça, ATF, 122 III 139, c. 2a.

[330] BOISSÉSSON, Matthieu. op. cit., 1990, p. 442.

Essas três vertentes de caracterização da convenção de arbitragem internacional foram novamente defendidas por VAN DEN BERG na Conferência do Internacional Council of Commercial Arbitration – ICCA realizada em Dublin no ano de 2008, quando propôs uma nova versão da Convenção de Nova Iorque[332].

Respaldado nas três situações de internacionalidade da convenção de arbitragem, VAN DEN BERG afirma que seria inaceitável aplicar este entendimento para as arbitragens internas, vez que a intenção da própria Convenção de Nova Iorque[333] seria atingir as sentenças arbitrais com efeitos internacionais[334].

MUNIZ, aparenta seguir os ensinamentos de VAN DEN BERG, defendendo a aplicação do art. II.3 da Convenção de Nova Iorque somente para as situações de arbitragem internacional[335 e 336].

---

[331] Considerando que a convenção de arbitragem é autônoma frente a relação jurídica em que esta inserida, parte da Doutrina Internacional reconhece a possibilidade de haver uma lei aplicável à convenção de arbitragem e outra ao litígio de fundo. Nesse sentido, Matthieu de Boissésson afirma que: "La loi applicable à la relation litigieuse est déterminé en fonction d'un système de rattachement et donc de la qualification du fait litigieux. La loi applicable à la convention d'arbitrage est choisie par les parties même si, en réalité, cette loi est souvent la même que celle qui régit le contrat principal". (Ibidem, p. 501).

[332] Referência feita por José Emílio Nunes Pinto e Rodrigo Garcia da Fonseca (_____. "Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008, p. 52 e 53.

[333] David W. Rivkin escreve que o objetivo da Convenção de Nova Iorque foi dar eficiência à arbitragem internacional, como um mecanismo propulsor do afloramento do comércio global. apud WALD, Arnoldo. A convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 18, São Paulo: RT, 2008, p. 17.

[334] VAN DEN BERG, Albert Jan. op. cit., 1981, p. 69 e 70.

[335] MUNIZ, Joaquim de Paiva. op. cit.,, 2012, p. 109.

[336] Sustentar este entendimento perante a Doutrina pátria seria uma tarefa herculia, pois há um entendimento quase que unânime de que a arbitragem no Brasil segue um sistema monísta.

5.1.2. A Exceção Confirma a Regra - As Atenuantes Confirmam a Aplicação da Primazia Temporal do Árbitro para Apreciar as Situações de Impecuniosidade da Parte

Inobstante a hipótese de atenuação do princípio da competência-competência positivado nos art. 8, parágrafo único e 20 da Lei Arbitragem, a apreciação da controvérsia pelo juiz togado deve ocorrer através de cognição sumária em casos raros.

É comum verificar na Doutrina uma referência a excepcionalidade dos casos de apreciação *ab initio* do juiz estatal, quando a nulidade ou inaplicabilidade ocorrerem de forma "manifesta ou inequívoca"[337]. Esse caráter manifesto sugere que a intervenção judiciária *ex ante* deve ocorrer por meio de uma análise *prima facie*, ou seja, de maneira não exaustiva e sem envolver questões complexas.

Ao juiz não será facultada uma apreciação mediante produção de provas, devendo a circunstância apresentar-se de maneira inconteste e facilmente verificável[338].

Ao delimitar ao juiz estatal a uma análise *prima facie* e uma preferência ao reenvio das partes à arbitragem, impôs-se à parte questionadora da convenção de arbitragem o ônus probatório de tornar a questão incontroversa e inquestionável, sem que possa se valer dilação probatória[339].

Situação idêntica ocorre quando da apreciação do art. II. 3 da Convenção de Nova Iorque nos litígios internacionais, em que o caráter de excepcionalidade também se impõe.

No Brasil, a Doutrina interpreta que, à luz do art. II.3 da Convenção de Nova Iorque, o juiz somente estaria autorizado a proceder o exame em casos verdadeiramente

---

[337] TEPEDINO, Gustavo. op. cit., 2008, p. 157.

[338] SMILGIN, André. op. cit., 2008, p. 395.

[339] LAMM, Carolyn B.; SHARPE, Jeremy K. Inoperative agreements under the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.) **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008, p. 305.

"*excepcionais e aberrantes*"[340], "*gritantes e aferíveis ictu oculi*"[341] em que o vício seja manifesto e prescinda de exame aprofundado. Pedro Batista Martins restringe a análise ao manifesto vício de nulidade, apurados *prima facie*, como jogo, usura, prostituição[342].

A maioria das cortes nacionais estrangeiras têm interpretado que a análise do disposto no II. 3 da Convenção de Nova Iorque requer uma apreciação *prima facie* pelo juiz estatal, afastando de uma visão tradicionalista de permissibilidade de uma revisão aprofundada da convenção de arbitragem[343].

Analisando-se a primazia temporal dado ao árbitros, que não é negada – mas tão somente – atenuada por alguns estudiosos, somente o reconhecimento de uma apreciação *prima facie* teria lógica, reservando uma análise mais aprofundada ulteriormente ao proferimento da sentença arbitral.

Por outro lado, reconhecer a legitimidade de uma revisão aprofundada do juiz estatal, representaria dispor de uma competência concorrente abrangente entre o árbitro e o juiz togado; o que, pode se moldar ao sistema alemão, mas não ao brasileiro.

Assim, ao restringir a apreciação judicial a uma cognição sumária, consequentemente, ter-se-á que a apreciação dos efeitos da impecuniosidade da parte na convenção de arbitragem deverá ser realizada, prioritariamente, pelos árbitros.

Posteriormente neste trabalho será abordado com maior profundidade que a situação de impecuniosidade carece de comprovação fática da atual condição financeira da parte, da inexistência de outros meios que permitam a satisfação dos custos da arbitragem e a denegação de justiça verificada a partir da negativa de instauração da arbitragem pela recusa dos árbitros ou da instituição de arbitragem.

---

[340] WALD, Arnoldo. op. cit., 2007, p. 197.

[341] PINTO, José Emílio Nunes; DA FONSECA, Rodrigo Garcia. op. cit., 2008, p. 58.

[342] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2005, p. 179.

[343] BISHOP, R. DOAK; CORIELL, Wade D.; CAMPOS, Marcelo Medina. The 'Null and Void' Provision of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008, p. 283 a 285.

Certamente, a análise de todas essas circunstâncias não podem ser enquadradas no âmbito de uma análise manifesta da inaplicabilidade da convenção de arbitragem, de forma a permitir uma apuração incontroversa e inequívoca da realidade[344].

Sendo assim, ante a natureza da discussão e a necessária revisão detalhada dos aspectos fáticos que envolvem o caso é que os efeitos da impecuniosidade da parte sobre a convenção de arbitragem deve ser submetida, prioritariamente, aos árbitros; ressalvada, por óbvio, a apreciação ulterior do Poder Judiciário através da eventual ação anulatória de sentença arbitral.

Esse entendimento ainda se lastreia na preservação da sistemática criada através do princípio da competência-competência do árbitro no Brasil.

Diferentemente do Direito Alemão, o Brasileiro não suporta a permissão abrangente de "revisão total"[345] da convenção de arbitragem por via judicial[346]; sem que isso repercuta num enorme risco de "inutilidade de todo arcabouço jurídico criado para conferir a execução específica à cláusula compromissória"[347]. Isto ocorre em razão da permissibilidade de instauração da arbitragem ante o requerimento de apreciação da convenção arbitral no Judiciário.

O artigo 1032 (3) do Código de Processo Civil Alemão autoriza o questionamento da validade, inaplicabilidade ou inexequibilidade da convenção de arbitragem perante a Justiça Estatal, desde que anterior a constituição do tribunal arbitral. Nessa hipótese, permite-se a instauração da arbitragem enquanto tramita a impugnação no Judiciário[348].

---

[344] Sobre os problemas para comprovar a dificuldade financeira, ver: DUNS, John. **Insolvency**: Law and Policy. London: Oxford University Press, 2003, p. 89 e 90.

[345] COSSIO, Francisco González de. El principio compétence-competénce revisitado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2007, n. 13, São Paulo: RT, 2007, p. 113.

[346] SCHLOSSER, Peter. op. cit., 1998, p. 219 a 303.

[347] TIBURCIO, Carmen. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Calros Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando de Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 433.

[348] VALDES, Juan Eduardo Figueroa. op. cit., 2007, p, 158.

No Direito Brasileiro, contrariamente, não há previsão expressa para a continuidade da arbitragem, o que repercute em decisões judiciais suspendo o procedimento arbitral[349].

Reconhecer, então, a parte impecuniosa o livre acesso ao judiciário repercutiria, como bem assevera TIBURCIO, "na inutilidade de todo arcabouço jurídico criado para conferir a execução específica à cláusula compromissória [...] bastaria à parte recalcitrante alegar a invalidade da cláusula [...] para subtrair a questão da apreciação do tribunal arbitral e transferir o julgamento do caso para a jurisdição estatal"[350].

Às duras penas, o Direito Brasileiro conseguiu consolidar o princípio da autonomia da cláusula compromissória e a primazia do árbitro para enfrentar o problema da competência como mecanismos refreamento das medidas antiarbitragem motivadas pela alegada nulidade do contrato ou da convenção de arbitragem.

Seria então um contrasenso reconhecer que a mera alegação da ausência de recursos financeiros para suportar a arbitragem pudesse ferir toda essa construção doutrinária e jurisprudencial, autorizando uma medida protelatória contra a arbitragem.

Estar-se-ia, nas palavras de WALD, retroagindo o instituto da arbitragem no Brasil para épocas em que, bastava a alegação de vício de nulidade para que se impedisse a arbitragem[351].

Assim, a ausência de mecanismos eficazes para frear a utilização da alegada situação de impecuniosidade como medida antiarbitragem, sugere o reconhecimento da competência exclusiva dos árbitros como uma providência mais acertada ou, nas palavras de ROZAS, menos perigosa[352].

---

[349] Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, MC 473.999-4/8-00, 9A. Câmara Cível, rel. Des. Grava Brazil, j. 10.10.2006.

[350] TIBURCIO, Carmen. op. cit., 2007, p. 433.

[351] WALD, Arnoldo. op. cit., 2007, p. 197.

[352] ROZAS, J. C. Fernandez. Le rôle des jurisdictions étatiques devant l'arbitrage commercial international. **Recuil Cours La Haye**, t. 290, n. 40, p. 81.

5.2. As Circunstâncias Necessárias para a Caracterização da Denegação de Justiça Ante a Impecuniosidade da Parte

5.2.1. A Dimensão e a Prova da Impecuniosidade

Numa primeira análise, a situação de denegação de justiça motivada pela existência de uma convenção de arbitragem ocorreria quando a parte não pudesse suportar as custas da instauração da arbitragem. Todavia, o Direito Alemão aplica ainda a necessária garantia de representação por advogados na arbitragem. E no Brasil?

5.2.1.1 A Dimensão da Impecuniosidade

O conceito de impecuniosidade utilizado nesta pesquisa acadêmica subentende a inexistência de recursos – em sentido lato – da parte para arcar com as custas arbitrais, ou seja, as custas administrativas e os honorários arbitrais. A questão que se apresenta é identificar a existência de outras despesas que caso não possam ser incorridas pela parte possam representar uma situação de denegação de justiça[353]. O foco está na identificação se os honorários advocatícios compõem ou não na configuração da impecuniosidade.

A Lei n° 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, ao tratar dos mecanismos disponibilizados pelo Estado para garantir um acesso gratuito a apreciação judicial, concede benefícios que englobam a isenção das taxas judiciárias, custas processuais de toda ordem, indenizações devidas às testemunhas, honorários de advogado e peritos e despesas com a realização do exame de código genético – DNA[354].

---

[353] Como o objeto deste trabalho não se estende durante toda a arbitragem, questões como provas periciais ou despesas com testemunhas não serão abordadas.

[354] Brasil, Lei 1.060/50: "Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal".

Na hipótese de se aplicar no Brasil a mesma premissa verificada na Alemanha e Portugal, ter-se-ia que os honorários advocatícios para o patrocínio da arbitragem comporiam o conteúdo da impecuniosidade. Todavia, essa falsa conclusão, não seria o resultado de um exercício comparativista equivocado.

Diferentemente do que ocorre nesses países, não é obrigatório na arbitragem submetida a legislação processual brasileira a presença de advogado. A Lei n° 9.307/96, em seu art. 21, parágrafo 3°, apenas faculta às partes litigantes serem representadas por advogado[355]. Assim, a falta de advogado não representa um obstáculo para a parte no acesso à jurisdição[356].

De outro modo, não há proibição no Brasil para a pactuação de honorários advocatícios fundados exclusivamente no sucesso da demanda[357], podendo, cliente e advogado, livremente acordar por seus termos. Contudo, mesmo que a parte não encontre advogados que assumam sua causa mediante pagamento exclusivo de honorários de sucesso, poderá ainda a parte requerer a assistência pública gratuita.

Ademais, como destaca BARBOSA MOREIRA, a Constituição Federal abandonou a orientação restritiva de garantia a prestação jurídica somente com a defesa em ação judicial, passando a uma "assistência jurídica integral" que compreende a defesa judicial, a consultoria e a assistência em ato jurídicos extrajudiciais[358]. Dessa maneira, pelo menos em teoria, poder-se-ia em falar na possibilidade da parte impecuniosa buscar a assistência jurídica gratuita, por meio da Defensoria Pública, também para representá-la na arbitragem.

---

[355] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 21, § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral".

[356] BERALDO discorda, fazendo referência ao art. 133 da Constituição Federal. BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem – nos termos da Lei n° 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 130 e 131.

[357] Brasil, Lei 8.906/94: "Art. 22, § 3º - Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final".

[358] BARBOSA MOREIRA, José Carlos.O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, ano 4, v. 5, Rio de Janeiro: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, 1991, p. 130.

Por essas razões, entende que a impecuniosidade vista sob o prisma da legislação brasileira envolve tão somente a incapacidade de arcar com as custas arbitrais.

5.2.1.2 A Prova da Impecuniosidade

O art. 4° da Lei n° 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, estabelece que os benefícios da assistência judiciária serão concedidos às pessoas que, mediante simples afirmação feita na própria petição inicial, declarar que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Apesar da Constituição Federal disciplinar que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos[359], o Supremo Tribunal Federal confirmou entendimento pela desnecessidade de comprovação e manutenção do sistema da presunção de pobreza para os indivíduos[360]. Para as pessoas jurídicas, impõe-se a necessária comprovação preliminar de sua "impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção"[361].

Mesmo que a sistemática da auto declaração de pobreza fosse estendida para as pessoas jurídicas – e aqui incluí-se os comerciantes – ela não se aplicaria para fins de verificação da impecuniosidade e dos efeitos adjacentes na convenção de arbitragem.

A sistemática da presunção de pobreza privilegia a celeridade processual, submetendo sua contestação – feita e comprovada pela parte ex adversa – a uma análise em apartado, sem obstacularizar o seguimento normal da ação[362]. Isto somente é possível, pois

---

[359] Brasil, Constituição Federal: "Art. 5°, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

[360] O Supremo Tribunal Federal decidiu que "A garantia do art. 5°, LXXIV- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça". (Supremo Tribunal Federal) REsp 206.354-1, 2a. Turma, Rel. Min. Carlos Velloso , DJU 02.05.1997).

[361] Superior Tribunal de Justiça, EREsp 321997/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 04.02.2004.

[362] Brasil, Lei 1.060/50: "Art. 4º., parágrafo 2º - A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados".

não há prejuízos iniciais à parte *ex adversa*, pois o ônus da concessão do benefício somente repercutirá nesse, na eventualidade de uma sentença desfavorável[363].

No caso da alegação de impecuniosidade em face da convenção de arbitragem, esta produzirá fortes e imediatos efeitos no direito da parte ex adversa, repercutindo em toda a relação processual; fato que impõe a sua devida comprovação.

Reconhecer que a mera alegação de situação de impecuniosidade repercutisse na presunção do estado de pobreza e legitimasse o seguimento da ação judicial, simplesmente representaria o fim do efeito positivo da convenção de arbitragem.

Mesmo que seja legitimado o combate a legação da impecuniosidade à parte *ex adversa*, incumbindo-lhe o ônus da prova, o art. 4°, parágrafo 2° da Lei n°. 1.060/50 expressamente dispõe que não haveria suspensão da ação judicial para fins de análise do estado impecunioso da parte.

Certamente, reconhecendo a competência para apreciar a questão levantada pela parte impecuniosa, o juiz estatal obstacularia qualquer iniciativa da parte *ex adversa* em instituir da arbitragem. Fato este que repercutiria, muito provavelmente, na concessão de medidas suspensivas do procedimento arbitral.

É nesse sentido que, como já defendido por KURKELA e TURUNEN[364], que é concebível a parte abster-se da obrigação de resolver seus litígios através da arbitragem pela mera alegação de impecuniosidade.

A exigibilidade da comprovação da impecuniosidade parte que a invoca é também exigido na Alemanha, Portugal[365] e França.

---

[363] Brasil, Lei 1.060/50: "Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa".

[364] "However, a party cannot be released form an arbitration agreement just by saying arbitration is tooe expensive". KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. op. cit., 2010, p.64.

[365] BARROCAS, Manoel Pereira. op. cit., 2010, p. 233.

Em havendo a necessária comprovação da impecuniosidade, não basta ao requerente comprovar a impontualidade no cumprimento de suas obrigações. A insolvência presumida, necessária a decretação judicial da falência, não serve para descaracterizar a obrigatoriedade da convenção de arbitragem[366].

MELLO FRANCO e SZTAJN ensinam que, dentre os diferentes sistemas de decretação de insolvência do empresário, a presente legislação brasileira optou por modelo híbrido. Sendo decretada a falência quando o empresário deixar de cumprir, de maneira pontual e sem relevante razão de direito, obrigação líquida materializada em títulos ou quando pratica algum dos atos indicados no art. 94, III da Lei n° 11.101/2005[367].

O nível de crise econômica-financeira[368] exigida para a decretação da falência não atinge a eficácia da convenção de arbitragem[369]. CIPRA, sintetizando posicionamento majoritário no Brasil, pondera que "a superveniência da falência de uma das partes não

---

[366] ARMELIN, DONALDO. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 13, São Paulo: RT, 2012, p. 16 a 29; BALBINO, Inês. A arbitrabilidade do Direito Falimentar. LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inês. **A Arbitragem** – Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 201 a 219. Decisões Judiciais no Brasil: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n° 531.020.4/3-00, Câmara Especial de falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, j. 26.06.2008; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AgIn n. 644.204-4/2, 4ª Câmara de Direito Privivado, rel. Des. Maia da Cunha, j. 30.08.2009.

[367] Brasil, Lei 11.101/05: "Art. 94, inciso III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial".

[368] O conceito de crise econômico-financeira é bem definido por Fábio Ulhôa Coelho, para o qual a atividade empresarial sujeita-se a três modalidades de crises: a crise econômica, entendida pela retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária ou empresário; a crise financeira, que se revela na ausência de liquidez para honrar compromissos assumidos; e, a crise patrimonial, que se opera pela insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo da atividade empresarial. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231 e 232.

[369] O mesmo entendimento é verificado numa decisão proferida em arbitragem CCI publicada no ASA Bulletin. X. S.A.R.L., Lebanon v Y. AG, Germany, Procedural Order No. 3, 2008**, ASA Bulletin,** vol. 28:1, Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 37 a 45.

teria o condão de retirar a validade e eficácia da convenção de arbitragem, ainda que a arbitragem ainda não tivesse sido instituída à época da decretação da quebra"[370 e 371].

Mesmo aqueles que defendem a ineficácia da convenção de arbitragem ante a superveniente falência da parte, o fazem com base na atração universal do juízo falimentar e não pela suposta incapacidade financeira de arcar com os custos arbitrais[372].

O Direito Brasileiro, então, aparenta aproximar-se do alemão[373]. No sentido de que a impecuniosidade da parte deva representar uma situação de dificuldade financeira sob o aspecto dos saldos e dos fluxos[374]. A dificuldade financeira associada aos saldos decorre do patrimônio líquido negativo, de modo que o valor dos ativos seja inferior aquele das dívidas. A dificuldade financeira associada aos fluxos decorre da diferença entre os recursos gerados e as obrigações da pessoa.

Transportado esse conceito para a análise da impecuniosidade, têm-se que esse estado somente será configurado quando a parte não detenha recursos financeiros disponíveis - dinheiro – e bens que possam ser disponibilizados para arcar com as despesas inerentes à realização da arbitragem.

Entende-se que a exigência imposta pelas Cortes Alemãs[375] é proporcional ao impacto que pode repercutir tal situação na relação jurídica, destarte, a indisponibilidade de recursos deve ser comprovada em caráter amplo, o que engloba a impossibilidade de

---

[370] CIPRA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol.29, São Paulo: RT, 2011, p. 643.

[371] BERALDO, Leonardo de Faria. op. cit., p. 130 e 131.

[372] CIPRA, Carla de Vasconcellos. op. cit., 2011, p. 643.

[373] "As long as payment of the costs is ensured by other means the enforceability of the arbitration agreement will not be affected". (KROLL, Stephan. op. cit., 2004, p. 152).

[374] ROSS, Stephen A.; Westerfield, Randolph W.; JAFFE, Jeffrey F; tradução Antonio Zoratto Sanvicente. op. cit., 2010, p. 683.

[375] Alemanha, BGH ZZP 2001, 97, 98 (...Im Streitfall ist die Schiedsvereinbarung undurchfuhrbargewesen, weil de Klager die Kosten des Schiedsverfahrens nicht hat aufbringen kohnnen und auch nicht anderweit fur Kostendeckung gesorgt gewesen ist"). OLG München, 29 February 2012, Az. 34 SchH 6/11.

aporte de recursos pelos sócios da pessoa jurídica e também a impossibilidade de obtenção de financiamento dos custos do litígio.

Comprovada a carência de recursos e meios para suportar as custas arbitrais, a impecuniosidade não produzirá efeitos na convenção de arbitragem quando verificada a má-fé, o dolo ou culpa do requerente.

Dada a natureza contratual da convenção de arbitragem, aplica-se a ela o princípio da boa-fé, disciplinada no art. 422 do Código Civil[376]. Assim, a impecuniosidade advinda da prática de atos de má-fé, não produzirá efeitos na convenção de arbitragem. Situação idêntica é verificável no Direito Alemão [377].

A exigência que as partes num contrato hajam de boa-fé afasta ainda os efeitos da impecuniosidade originária, aquela verificável quando da celebração da convenção de arbitragem. Afinal, o princípio da boa-fé inclui o dever de informação à outra parte contratante; consequentemente, a celebração da convenção de arbitragem ciente da impossibilidade de arcar com os custos da arbitragem representa um ato de má-fé.

NANNI afirma que a interpretação sistemática da Lei de Arbitragem impõe a aplicação do princípio da boa-fé na convenção arbitral, proibindo o comportamento contraditório das partes na sua interpretação e execução[378].

Enfim, a excepcionalidade da flexibilização do *pacta sund servanda* inerente a convenção de arbitragem somente deverá ser verificada em situações excepcionais de crise econômica-financeira da parte. A exigibilidade de escrutínio amplo e do afastamento de todas as hipóteses de financiamento do litígio terão ainda um efeito prático, desincentivar a utilização, de má fé, do estado de impecuniosidade como um mecanismo de eximir-se da arbitragem.

---

[376] Brasil, Código Civil: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

[377] Ver supra.

[378] NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.) **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 506 a 516.

5.2.1.3. Inadmissibilidade do Estado de Denegação de Justiça

Quando as partes celebram a convenção de arbitragem, elas o fazem com a ciência de que se trata de um mecanismo privado de solução de controvérsias, no qual se incorrem custos de administração e de honorários do árbitro. Ao mesmo tempo, as partes afastam a interferência do Poder Judiciário, declinando a jurisdição estatal para dirimir a controvérsia e limitando sua intervenção na apreciação da validade formal da arbitragem ou da sentença arbitral.

Para alguns autores, a partir da celebração da convenção de arbitragem, as partes não somente afastariam a jurisdição estatal para decidir o mérito da controvérsia, mas também a todas as vantagens advinda da tutela estatal; o que incluiria a garantia de acesso gratuito à jurisdição. É o que defende, por exemplo, TERCIER[379].

No Brasil, essa teoria não se sustenta, vez que o Direito Brasileiro reconhece a todos o princípio da inafastabilidade de jurisdição, encartado na Constituição Federal o art. 5°, XXXV a previsão de "*a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão*".

Ao reconhecer o princípio da inafastabilidade de jurisdição como uma das conquistas fundamentais da democracia[380], um princípio intrínseco à democracia de opção liberal[381], a Constituição Federal repudia a situação de denegação de justiça. De forma que prescreve, inclusive, mecanismos de rompimento de estado e de garantia do acesso à justiça.

Como exemplo, pode-se citar a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (Art. 5, LXXIV), a legitimidade de

---

[379] "Ce consentement implique deux choses: négativement la renonciation à tous les avantages – et il en est – qu'offre le système juridictionnel étatique, et positivement l'acceptation définitive de décisions qui seraient ensuite rendues par les arbitres". (TERCIER, Pierre. La légitime de l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2011, issue 3, Paris: LITEC, 2011, p. 656).

[380] REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 12.

[381] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 279.

qualquer cidadão para propor ação popular (art. 5°, LXXIII) e a possibilidade de impretação de mandado de segurança coletivo (art. 5°, LXX) – resguardando os direitos coletivos.

No entanto, com explica DE MORAES, a tutela da situação de denegação de justiça não é absoluta, exigindo o exercício dos direitos e interesses legítimos às condições de ação e pressupostos processuais legalmente constituídos. Cita por exemplo as limitações impostas pelos prazos prescricionais e decadenciais ou o fato de que a cobrança de taxa judiciária *per se* não viola a Carta Magna[382].

A mera existência da convenção de arbitragem, instrumento também de natureza processual, não repercute violação ao princípio entabulado no art. 5°, XXXV da Constituição Federal[383], como assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Sentença Estrangeira n° 5.206[384].

Ao tratar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o MENDES e GONET BRANCO esclarecem que tal precedente firmou a legitimidade da cláusula compromissória como instrumento apto para, em casos de lesão ou ameaça a direitos patrimoniais disponíveis, acionar as garantias judiciais do processo que poderiam ser prestadas pelo Poder Judiciário[385].

Haverá sim uma situação de denegação de justiça quando, respeitadas as limitações processuais de proporcionalidade e razoabilidade, esteja impedida de acessar tanto o árbitro quanto o juiz.

O legislador, quando da redação da Lei de Arbitragem previu uma hipótese de denegação de justiça e a ele apresentou uma resposta. Trata-se da situação em que a

---

[382] DE MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 235 e 236.

[383] Sobre os efeitos da convenção de arbitragem ante o art. 5° da Constituição Federal, ver: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da constituição federal. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107 a 141.

[384] Supremo Tribunal Federal, SE-AgRg 5.206, rel. Min. Nelson Jobim, j. 12.12.2001.

[385] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449.

cláusula compromissória não prevê a forma de constituição do tribunal arbitral ou o faz de maneira incompleta. Hipótese essa em que, mesmo havendo o respeito aos limites processuais disciplinados no art. 5°, XXXV da Constituição Federal, existe uma circunstância fática que inviabiliza o início do procedimento arbitral e outra jurídica que impede o Poder Judiciário de julgar o mérito do litígio. Como resposta, o legislador previu a possibilidade de uma ação para a execução da convenção arbitral, todavia a condicionou a prova da inviabilidade de acordo prévio entre as partes litigantes.

Outrossim, têm-se a denegação de justiça quando verificada a impossibilidade de superação da relação entre a inexistência de fundos da parte e a exigibilidade de pagamento das custas arbitrais suficientes para a instauração da arbitragem. Ressalta-se que, como bem explicado por PAULSSON em seu livro dedicado a denegação de justiça no direito internacional, a situação de denegação de justiça somente se configura quando a pessoa exauri todas as possibilidades de sanar o obstáculo que o impede de acessar a justiça, ou pelo prova que tal tentativa seria fútil[386].

5.2.1.4 O Direito da Parte Solvente "salvar" a Convenção de Arbitragem Original

O respeito a garantia de acesso ao árbitro repercute, obrigatoriamente, no asseguramento do direito da parte ex adversa em arcar com a totalidade dos custos arbitrais, antes que qualquer repercussão ocorre sobre a convenção arbitral originalmente pactuada.

Observado sob o aspecto prático, o pagamento voluntário da totalidade das custas arbitrais é a ferramenta mais adequada e disponível para a parte solvente se defender de manobras praticadas pela parte *ex adversa* que se valha de uma suposta situação de impecuniosidade para obstaculizar o procedimento arbitral.

Assim, ao fazê-lo supre-se a causa de pedir daqueles que alegou a impecuniosidade não havendo mais qualquer circunstância que impeça a total eficácia do princípio do *pacta sund servanda* sobre a convenção de arbitragem.

---

[386] PAULSSON, Jan. op. cit., 2010, p. 49.

Dada essa situação, a Doutrina estrangeira reconhece, à parte que custou todo o adiantamento de custas arbitrais, o direito imediato de exigir o seu ressarcimento.

Ao pactuarem por um regulamento de arbitragem que preveja a divisão das custas arbitrais pela parte, ter-se-a uma obrigação e não mera faculdade de fazê-lo[387]. W. LAURENCE CRAIG, PARK e PAULSSON defendem que a parte teria o direito de requerer, inclusive, uma sentença parcial do tribunal arbitral, vez que todas as circunstâncias necessárias para tal estariam preenchidas: o inadimplemento contratual, a lesão a direito subjetivo e a dimensão do prejuízo[388]. DERAINS e SCHWARTZ entendem que a decisão do Tribunal Arbitral poderá ser em sede de sentença arbitral final ou parcial[389]. Outros autores defendem ainda a possibilidade do reembolso ser determinada através de ordem processual, todavia o fazem considerando que tal instrumento teria força executiva[390]. Em pesquisa realizada em sentenças arbitrais proferidas sob o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, DARWAZEH e GREENBERG encontraram decisões de tribunais arbitrais em ordem processuais, sentenças parciais e finais[391].

Somente após a sua negativa, é que a denegação de justiça pode ser operada.

---

[387] FAVRE-BULLE, Xavier. Les consequences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie – Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, **ASA Bulletin**, n.19, issue 2, La Haye: Kluwer International, 2001, p. 228 e 229; REYMOND, Claude. Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et sa repartition. HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009, 495 a 503.

[388] CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. Park: PAULSSON, Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 268.

[389] DERAINS,Yves; Derains ; Eric A. Schwartz. **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**. La Haye: Kluwer Law International, 1998, p. 321.

[390] SCHLOSSER, Peter. **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit,** Tübingen, Alemanha:Mohr Siebeck, 1989, n. 778.

[391] DARWAZEH, Nadia; GREENBERG, Simon. No One's Credit Is As Good As Cash: Awards and Orders for the Payment of the ICC Advance on Costs. **Journal of International Arbitration**. vol. 31, issue 5. Genève: Kluwer Law International, 2014, p. 557 a 574.

5.3. Os Efeitos da Impecuniosidade sobre a Convenção de Arbitragem

5.3.1 A Impecuniosidade como Circunstância de Afastamento da Convenção de Arbitragem

5.3.1.1. A Impecuniosidade como Circunstância de Nulidade da Convenção de Arbitragem

Sendo a convenção de arbitragem um negócio jurídico[392], impõe-se o exame da impecuniosidade sobre os planos existência, validade e eficácia[393].

A existência da convenção de arbitragem é submetida a presença (existência) dos elementos gerais intrínsecos, que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e dos elementos extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo.

Ausente um desses requisitos, por exemplo, a manifestação de vontade das partes na celebração da convenção de arbitragem ou a clara indicação da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, o negócio jurídico é nulo. Tais circunstâncias não envolvem a impecuniosidade da parte.

O plano da validade verifica a qualidade do negócio jurídico, ou seja, analisa se os elementos gerais intrínsecos e elementos extrínsecos foram formados em conformidade com os requisitos legais de cada espécie. Por exemplo no tocante a forma, deverá ser examinado o preenchimento dos requisitos disciplinados nos art. 4° e 10° da Lei de Arbitragem.

A impecuniosidade, como uma circunstância inerente à pessoa, não caracteriza hipótese de invalidade da convenção de arbitragem, pois não a qualifica como incapaz. Por outro, contudo, poder-se-ia alegar que o desconhecimento da parte quanto a exigibilidade do pagamento de custas na arbitragem ou de seu montante configurariam hipótese de erro que macula-se a validade da convenção de arbitragem.

---

[392] NANNI, Giovanni Ettore. op.cit., 2012, p. 547.

[393] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23 a 24.

No entanto, o art. 138 do Código Civil é claro em disciplinar que "são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio".

Como no presente caso a hipótese sob análise envolve relação entre comerciantes, profissionais aos quais a ignorância não pode ser presumida, o eventual desconhecimento da existência de custas e seu montante não pode ser considerado como erro, mas sim negligência ou imperícia na celebração da convenção de arbitragem.

Sob o prisma da Convenção de Nova Iorque, a dicção "nula e sem efeitos"[394] do art. II.3 equipara-se ao sentido de nulidade e ineficácia no direito brasileiro, tendo na convenção uma interpretação mais restrita. Refere-se tão somente aos vícios atinentes à declaração de vontade manifestada pela parte em prol da arbitragem. Seriam os casos de falta de consentimento por incapacidade do agente, fraude, coação, declaração falsa e uso impróprio do titular de um poder em prejuízo alheio[395 e 396]. Hipóteses essas que não se aplicam à impecuniosidade.

5.3.1.2 A Impecuniosidade como Circunstância de Inoperância da Convenção de Arbitragem

A inoperância é uma espécie de ineficácia da convenção de arbitragem advinda de ato, prática ou omissão da parte ou partes. Apesar de existente e válida, ela não produz efeitos ou deixou de produzir efeitos por ato imputado às partes. Trata-se, resumidamente, caducidade e da renúncia expressa ou tácita das partes vinculadas à convenção de arbitragem.

---

[394] As palavras "nula e sem efeito" foram consolidadas como "nulo" ou "caduque" tão somente nas versões em língua espanhola e francesa da Convenção de Nova Iorque. O mesmo se verifica no Decreto n°. 4.311, de 23 de julho de 2002.

[395] BATISTA MARTINS, Pedro. Artigo II(3) –Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.
[396] VAN DEN BERG, Albert Jan. op. cit., 1981, p. 156.

A caducidade da convenção de arbitragem opera-se quando, estipulado um prazo para execução, este não foi respeitado.[397]

No tocante a renúncia, por conta do efeito positivo da convenção de arbitragem, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a eficácia da resilição do vínculo celebrado para a submissão à arbitragem. Para tanto, a renúncia procede somente com a concordância das partes, que pode advir de manifestação expressa ou tácita.

No âmbito judicial, tem-se a renúncia da convenção de arbitragem quando a parte ré não objeta o seguimento da ação judicial com a evocação da existência de convenção de arbitragem. E, no âmbito extrajudicial, quando celebrado um aditivo contratual, as partes de maneira expressa ou tácita – por exemplo indicando uma cláusula de eleição foro no local aonde era prevista a cláusula compromissória – revogam uma cláusula compromissória previamente acordada.

5.3.1.3 A Impecuniosidade como Circunstância de Inexequibilidade da Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem inexequível (incapable of being performed) é aquela em que existe uma impossibilidade fática de dar curso ao procedimento arbitral, por exemplo na hipótese das partes terem escolhido uma instituição arbitral que não mais existe no momento do litígio ou na hipótese de ocorrência de circunstâncias políticas (guerra) no local escolhido como sede da arbitragem[398].

Todavia, a inexequibilidade da convenção somente deve ser apurada quando for possível torná-la exequível por meio de interpretação de seu conteúdo e alcance,

---

[397] "An arbitration clause is inoperative where it has ceased to have effect as a result, for example, of a failure by the parties to comply with a time limit, or where the parties have by their conduct impliedly revoked the arbitration agreement" (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin; REDFERN, Alan et al. **Law and pratice of international commercial arbitration**. 4 ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 199. Londres: Cameron May, 2001, p. 199).

[398] POUDRET e BESSON fazem referência a um julgamento das cortes alemãs em que uma parte eslonena obteve a declaração da extinção da convenção de arbitragem que previa uma arbitragem na Câmara Econômica da Republica Federal Socialista da Iugoslásvia, com sede em Belgrado, visto o estado de guerra existente à época entre a Sérvia e a Eslovênia.(BGH, NJW 1992, p. 3107) POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., 2002, p. 344.

considerando que o objetivo principal da convenção arbitral é a escolha da via privada de solução de controvérsias em detrimento da intervenção estatal.

No caso *Star Shipping S.A v. China National Foreign Trade Transportation Co.*, a Corte de Apelação Inglesa decidiu que a Corte deve extrair da convenção de arbitragem todas as interpretações existentes. E, no caso de existir uma interpretação alternativa realística para a cláusula compromissória, a Corte deve sempre tender em favor de uma interpretação razoável e efetiva da convenção de arbitragem[399].

O próprio Direito Alemão que reconhece a impecuniosidade da parte como uma hipótese de inexequibilidade da convenção de arbitragem impõe condições à sua aplicação. A um, a parte impecuniosa deve comprovar que não possui outros meios para financiar a arbitragem e, a dois, a parte solvente omita-se em arcar com a integralidade dos custos e, se necessário, dos advogados da parte ex adversa.

5.3.2. A Prevalência da Convenção de Arbitragem

A prevalência da convenção de arbitragem justifica-se por conta do direito que as partes têm de acesso ao árbitro e como garantia da preservação do equilíbrio econômico da relação contratual. Efeito que se verifica em circunstâncias de patologia da convenção de arbitragem.

5.3.2.1. O Direito de Acesso ao Árbitro

O direito de acesso ao árbitro advém da preservação dos motivos que subsidiaram a escolha da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, mas também da manutenção da equação econômica contratual.

---

[399] DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin; REDFERN, Alan et al. op. cit., p. 199.

5.3.2.1.1. A Preservação do Objetivo Principal da Convenção de Arbitragem: Remeter as Partes à Arbitragem

BATISTA MARTINS, ao tratar da relação da arbitragem com o princípio do acesso à justiça, assim escreveu: "Platão, com sabedoria, já afirmava que o tribunal escolhido e criado de comum acordo pelas próprias partes é o mais sagrado de todos os tribunais"[400]. Esse ensinamento guarda importante relevância para o presente estudo, pois o tratamento da impecuniosidade da parte frente a um acesso à justiça amplo deve ser realizado de maneira a considerar o direito de acesso ao árbitro.

Ao escolher a arbitragem, as partes o fazem por diversos motivos inerentes ao próprio instituto[401]. Pode-se citar, a informalidade do procedimento que permite uma melhor adequação das regras procedimentais frente a complexidade do litígio, em atendimento a expectativa das partes de um procedimento célere, mas que propicie uma análise adequada do problema. A confidencialidade do procedimento, facilmente imposta à arbitragem pela mera convenção das partes. A celeridade da solução da controvérsia, dada o caráter de irrecorribilidade da sentença arbitral. E, principalmente, a oportunidade de escolha do julgador, que propicia um julgamento mais técnico – quando da escolha de especialistas pelas partes[402].

Da mesma maneira, a arbitragem escolhida pelas parte num negócio jurídico que buscam evitar que os litígios sejam julgados pelo Poder Judiciário e consequentemente estejam sujeitos aos problemas atualmente verificados no Brasil[403].

REALE bem expõe as causas do que chama de "Crise da Justiça", indicando a "alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução",

---

[400] BATISTA MARTINS, Pedro Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.

[401] "There are a number of reasons why arbitration is the preferred means of resolving international commercial disputes. Put simply, and as explained in greater detail below, business perceive international arbitration as providing a neutral, speedy and expert dispute resolution process, largely subject to the parties' control, in a single, centralized forum, with internationally-enforceable dispute resolution agreements and decisions". BORN, Gary. op. cit., p. 71.

[403] Sobre a crise do Judiciário, ver: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: RT, 1997, p. 51 a 87.

"o reconhecimento de que nem mesmo o Judiciário ficou isento dos malefícios da corrupção", os empecilhos de uma legislação processual obsoleta" e a "prevalência de antigas práticas cartoriais"[404].

No âmbito do comércio internacional existem ainda outras vantagens a serem consideradas[405]. Tem-se a possibilidade da utilização da *lex mercatoria* como norma jurídica de fundo, evitando-se a complexidade e rigidez das legislações internas que aliada com a morosidade na sua adaptação às necessidades atuais, repercutem numa dissonância com as necessidades do comércio internacional. Além da apreensão de que influências políticas nacionais refletidas nas decisões judiciais estatais possam representar protecionismo excessivo à parte nacional, assim a arbitragem, por ser um mecanismo privado, possibilita a neutralidade e independência necessária a frear tais influências.

Consequentemente, efetivada a convenção arbitral, cria-se uma expectativa legítima das partes contratantes de que eventuais litígios sejam submetidos ao mecanismo racionalmente escolhido; surgindo, assim, um legítimo direito de acesso ao árbitro.

A garantia de acesso às partes do mecanismo de solução de controvérsias por eles escolhido é consonante ao sentido moderno de acesso à ordem jurídica justa, defendida por WATANABE. Relembre-se que o autor ensina que, "o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do Art. 5° da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa"[406], nela incluída o direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por julgadores inseridos na realidade social e comprometidos, o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos e, o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características. Assim, nada mais correto do que remeter então as

---

[404] REALE, Miguel. op. cit., 2005, p. 11.

[405] Cf. MOTULSKI, Henri. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 19. São Paulo: RT, 2008. p. 139 a 147.

[406] WATANABE, Kazuo. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: www.tjsp.jus.br/ download/conciliacao /.../parecerdekazuowatanabe .pdf. Acesso em 11 de junho de 2012.

partes ao mecanismo de solução de controvérsias livremente pactuado pelas partes como o mais justo, a arbitragem[407].

Conforme acima exposto, a *Cour de Cassation* francesa já reconheceu esse direito, fazendo de maneira expressa no caso NIOC[408]. A situação envolvia a sociedade Sté National Iranian Oil Company (NIOC), de origem iraniana, e o Estado de Israel. Após se recusar a indicar um árbitro, como previa a cláusula compromissória, o Estado de Israel (através de seu poder Judiciário) negou-se a intervir na constituição de um tribunal arbitral, alegando que NIOC era uma empresa controlada por um estado inimigo. Diante da impossibilidade de NIOC buscar a interferência das Cortes Iranianas, a *Cour de Cassation* interferiu no caso. Reconhecendo o direito de NIOC em resolver seu litígio na arbitragem, a *Cour de Cassation* não afastou a validade ou eficácia da convenção de arbitragem, pelo contrário, o fez de maneira a garantir a instauração da arbitragem.

No Brasil, o direito de acesso ao árbitro é reconhecido quando se reconhece um caráter vinculante e obrigatório (pacta sund servanda) à convenção de arbitragem, como resume FIGUEIRA JUNIOR: "*A convenção de arbitragem [...] tem por finalidade gerar entre os contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos [...], e excluir terminantemente a busca da tutela pretendida a ser conferida pelo Estado-juiz*"[409].

Por outro, têm-se também o seu reconhecimento pela legitimidade da propositura da ação de instauração obrigatória da convenção de arbitragem, disciplinada no art. 7° da Lei de Arbitragem. É o que sustenta CÂMARA quando afirma que o procedimento disciplinado no art. 7° da Lei de Arbitragem é um meio de se fazer valer em juízo o direito à arbitragem.[410]

---

[407] "The right of access to justice must be understood not only as right of acces to municipal courts, but also to arbitration proceedings"(tradução nossa). MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. op. cit., 2010, p. 843.

[408] França, Cour de Cassation, primeira câmara cível, 1° de fevereiro de 2005, Revue de l'arbitrage, 2005:3, LITEC: Paris, França, 2005, p. 693 a 707, com comentário de Horatia Muir Watt.

[409] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 191.

[410] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem** – Lei n°. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

Essa garantia é ainda verificada quando a convenção de arbitragem é incompleta (vazia) ou patológica. CARMONA, com a propriedade de um dos redatores da Lei de Arbitragem, explica que o legislador brasileiro quis valorizar o pacta sund servanda, dando à cláusula arbitral – ainda que vaga ou incompleta - uma total eficácia e outorgando ao juiz poderes extremados para instituir – "a todo custo" - a arbitragem[411].

Ao considerar a eficácia da convenção de arbitragem, mesmo na hipótese da cláusula compromissória patológica, a legislação brasileira teria por objetivo a preservação do objeto principal da convenção arbitral, ou seja, o acesso aos árbitros. Pelo menos, seria este o entendimento de BATISTA MARTINS, quando afirma que "na análise das cláusulas patológicas deve-se aplicar, ao máximo, as técnicas de interpretação com vistas a sanar as inconsistências e lacunas visando assegurar, no limite, a opção pela arbitragem"[412].

DA FONSECA vê ainda a existência de um direito de acesso ao juízo arbitral no direito brasileiro, dada a dimensão do princípio da competência-competência. Assim, entende que em "havendo a convenção de arbitragem (...) é perfeitamente razoável se falar num direito de acesso ao juízo arbitral eleito contratualmente"[413].

Advinda da celebração da convenção arbitral, o direito de acesso ao árbitro aplica-se a todas as partes contratantes, mesmo àquela atingida pela impecuniosidade. Afinal, se o princípio do acesso à justiça é atualmente entendido como um princípio de acesso à ordem jurídica justa e as partes escolheram que isso seria alcançado através da arbitragem, consequentemente, ter-se-ia uma violação do direito de acesso à justiça quando não fosse reconhecido à parte impecuniosa o direito de acesso ao árbitro.

Impor os contratantes da convenção de arbitragem o mero acesso ao Poder Judiciário como resposta à situação de denegação de justiça advinda da impecuniosidade, significaria reconhecer apenas um direito de ter sua demanda julgada – por qualquer juiz -, um retorno ao conceito de acesso à justiça burguês que vigorava nos séculos 18 e 19[414].

---

[411] CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 158.

[412] MARTINS, Pedro Batista. op. cit., 2011, p. 138.

[413] DA FONSECA, Rodrigo Garcia. op. cit., 2006, p. 279.

[414] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 6 e 7.

5.3.2.1.2. O Direito a Manutenção do Equilíbrio Econômico da Relação Contratual

O negócio jurídico, na maioria das vezes, envolve questões de trocas econômicas. A sua celebração, segundo os estudiosos da Nova Economia Institucional, envolve a verificação da viabilidade dos custos de transação; sendo, o lucro maior que o custo de transação, o negócio jurídico é viável[415].

Dentre esses custos de transação, um componente importante é a repercussão causada pela quebra do que foi pactuado. Assim, integram a formação dos custos de transação, as variáveis intangíveis como a perda de reputação e abalo na estratégia de negócios das partes e as variáveis tangíveis, como custo empregado para o patrocínio da demanda e o tempo de solução.

Para NUNES PINTO, seria inegável que a convenção de arbitragem desempenhasse uma função econômica interna nos contratos, sendo "a opção pela arbitragem um dos elementos que integram a equação de equilíbrio econômico da relação contratual"[416].

A arbitragem é, portanto, um componente de relevância da formação do custo de transação e consequentemente na viabilidade econômica do negócio jurídico. As vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem integram o elemento de risco do negócio, produzindo impacto direto na formação dos preços.

Para DA FONSECA, seria lícito concluir que quando as partes firmam uma convenção de arbitragem, a não submissão dos litígios ao Poder Judiciário passaria a constar da equação econômica contratual, afastando-lhe os custos diretos, mas sobretudo os custos indiretos da ação judicial, em termos de falta de especialização dos julgadores e de tempo[417].

---

[415] CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Aspectos da Economia Institucional e a Arbitragem Comercial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 29 a 34.

[416] NUNES PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, n. 4, São Paulo: RT, 2005, p. 40.

[417] DA FONSECA, Rodrigo Garcia. op. cit., 2006, p. 299.

PARK exemplifica essa situação dentro de um contexto internacional, aonde a inexistência da opção de escolha da arbitragem – que remete ao litígio uma abstinência de influências políticas – repercutiria na inviabilidade do negócio ou a sua celebração com valores majorados[418].

A preservação da cláusula compromissória como um elemento integrante da equação econômica que suporta o negócio jurídico foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim constando: "*Além disso, nunca é demais lembrar que a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação*"[419].

A garantia do acesso das partes ao juízo arbitral é, portanto, um aspecto econômico relevante na formação do negócio jurídico, impondo-se a sua preservação. Do contrário, estar-se-ia afetando não apenas os custos diretos e indiretos do litígio, mas também "a percepção de riscos quanto ao resultado final do conflito, de parte a parte, ferindo violentamente a racionalidade econômica do contrato, ainda que, ao fim e ao cabo, possa eventualmente dar uma solução juridicamente correta ao mérito da causa"[420].

5.3.2.2. A Adaptação da Convenção de Arbitragem

As justificativas processuais e materiais para a adaptabilidade da convenção de arbitragem.

---

[418] PARK, Willian W. Why Courts Review Arbitral Awards. Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel, 595, (2001). Disponível em:http://www.williamwpark.com/documents/Why%20Courts%20 Review %20Awards.pdf

[419] Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 12ª. Câmara Cível, AgIn 295.901-3, rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci, j. 21.06.2005.

[420] DA FONSECA, Rodrigo Garcia. op. cit., 2006, p. 301.

5.3.2.2.1. As Garantia Constitucionais do Processo na Arbitragem

É corrente na Doutrina pátria a afirmação de que os poderes do árbitro advém da convenção de convenção de arbitragem e que o procedimento arbitral é regido pelas partes. De fato, não há equívoco nessas afirmações; contudo, uma análise desleixada permitiria concluir que os poderes do árbitro de interferir no procedimento arbitral estariam totalmente restritos ao acordo de vontade das partes. E isso não é uma verdade.

O aspecto jurisdicional da arbitragem e sua natural inserção dentro da teoria geral do processo repercutem diretamente nos poderes do árbitro. O caráter privado da arbitragem e a flexibilidade do seu procedimento não são suficientes para afastar-lhe do abrigo das garantias constitucionais do processo.

A própria Lei de Arbitragem, através do art. 21, parágrafo segundo[421], reconhece a aplicação dessas garantias constitucionais quando exige o respeito ao contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento no procedimento arbitral. Todavia, não são essas as únicas garantias constitucionais do processo aplicáveis à arbitragem[422].

DINAMARCO defende que o disposto no art. 21, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem é incompleto, além de ser dispensável, pois "com ou sem essa disposição, todos os princípios e garantias do processo, contidos na Constituição Federal, aplicam-se ineroxalmente ao juízo arbitral por força própria"[423]. KAUFMANN-KOHLER, ao analisar a arbitragem sob uma perspectiva transnacional, afirma também que as garantias fundamentais do processo aplicam-se automaticamente na arbitragem[424].

---

[421] Brasil, Lei n° 9.307/96: "Art. 21, § 2°. - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

[422] LEMES, Selma Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 90.

[423] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 250 e 251.

[424] KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'afficacité. **Liber Amicorum de Claude Reymond – "Autour de l'arbitrage"**, Paris: LITEC, 2004, p. 161).

Dentre as garantias constitucionais do processo presentes na arbitragem, DINAMARCO inclui o direito de acesso à justiça, sendo esse também "um bem a ser obtido mediante a atuação do árbitro"[425]. BERALDO corrobora com este entendimento, ao afirmar que o princípio da inafastabilidade (de jurisdição) é também presente na arbitragem[426].

LEMES fala em "direito à tutela jurisdicional", aquela que garante o acesso à jurisdição, processo devido e eficácia da sentença[427].

Diante disso, impõe-se ao árbitro um poder-dever[428] de intervir no procedimento arbitral para assegurar todos os princípios e garantias constitucionais do processo, dentre os quais o acesso à justiça. DINAMARCO ensina que as promessas e limitações residentes nas garantias constitucionais ligadas pelo devido processo têm um só objetivo, que é o acesso à justiça[429].

Não há aqui uma violação da autonomia da vontade das partes, mas sim uma correção de prumo. CAHALI, muito bem lembra, que as garantias constitucionais do processo têm sua incidência cogente, desde a fase preliminar a instituição da arbitragem até o seu encerramento, e não estão à disposição das partes litigantes. Assim, todas as regras procedimentais pactuadas pelas partes que violem tais premissas, devem ser adequadas pelo árbitro, sob pena de anulação da sentença arbitral[430].

THEODORO JÚNIOR segue na mesma linha de raciocínio afirmando que os direitos assegurados no plano constitucional são de ordem pública e não estão sujeitos à

---

[425] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

[426] BERALDO, Leonardo de Faria. op. cit., 2014, p. 290.

[427] LEMES, Selma Ferreira. op. cit. , 1999, p. 90.

[428] Não se trata de um mera obrigação moral, mas sim o dever legal. Cf. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op. cit., 2009. item 5.67.

[429] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., 2013, p. 253.

[430] CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo, RT, 2011, p. 175.

disponibilidade negocial das partes. Portanto, independentemente das regras pactuadas pelas partes, os preceitos constitucionais nunca poderão ser descurados pelo árbitro, sob pena de anulação da sentença arbitral[431]. LEE corrobora nesse entendimento[432].

É nessa premissa que se funda o poder-dever do árbitro para alterar a convenção de arbitragem quando verificável uma situação de denegação de justiça por impecuniosidade da parte, fazendo-o de forma a adaptá-la para as condições econômicas das partes e, assim, preservando a eficácia da convenção arbitral para submeter a resolução dos litígios à arbitragem.

Poder-se-ia cogitar a interferência dos árbitros no pagamento dos honorários arbitrais de maneira mais fracionada, a fixação de honorários mínimos em menor montante, a redução do valor dos honorários arbitrais, a alteração do local da sede da arbitragem, a realização de audiência em videoconferência, a realização da arbitragem unicamente por via digital, entre outros. As possibilidades são inúmeras, todavia deverão sempre respeitar o princípio da igualdade das partes, ampla defesa e contraditório e devido processo legal.

5.4. A Necessária Intervenção do Poder Judiciário

Conforme verificado acima, a dimensão do princípio da competência-competência no Brasil remete ao próprio árbitro a solução da situação de impecuniosidade da parte litigante. Todavia, por certas vezes, a situação econômica da parte pode até mesmo impedir a própria instauração da arbitragem.

O primeiro problema surge da eventual não aceitação dos árbitros indicados pelas partes ou a sua renúncia, quando estes tiverem a ciência da situação de impecuniosidade da parte. Sem os árbitros não há arbitragem[433].

---

[431] THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros. BATISTA MARTINS, Pedro; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a Arbitragem in Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo, LTr, 2002, p. 428.

[432] LEE, João Bosco. op. cit., p. 183.

[433] Brasil, Lei 9.307/96. "Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários".

Como a relação jurídica do árbitro com as partes é constituída por um contrato de prestação de serviços[434], que, em sua grande maioria, é de caráter oneroso[435], entende-se por legítima a recusa da nomeação dos árbitros ante a falta de pagamento dos honorários arbitrais.

Mesmo diante da natureza jurisdicional do árbitro, não seria admissível restringir ao árbitro um direito de invocar a exceção do contrato inadimplido, impedindo sua renúncia frente a impecuniosidade da parte. O mesmo ocorre no direito francês[436].

Situação idêntica pode ser verificada na hipótese da convenção de arbitragem prever que uma instituição de arbitragem seja responsável pela administração do procedimento[437].

A despeito da cláusula de oferta geral existente nesse tipo de relação, a administração da arbitragem é geralmente condicionada a um preço[438]. Conforme ensina CLAY[439], o contrato de organização de arbitragem contém uma oferta de ordem geral à pessoas indeterminadas que é composta por um conjunto de regras inerentes à administração da arbitragem pela instituição proponente e um preço pela prestação do

---

[434] HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. **Revista Brasileira de Arbitragem**. ano 2, n. 6. São Paulo: IOB, 2004, p. 66 e 67.

[435] DUPEYRON e POLONI veem uma obrigação do árbitro em julgar o litígio gratuitamente. Todavia, este entendimento é totalmente contrário a natureza contratual da relação entre árbitro e partes. (DUPEYRON, Carine ; POLONI, Flore. op. cit., 2013, p. 911).

[436] TRAIN, François-Xavier. op. cit., 2013, p. 755.

[437] Sobre instituição de arbitragem, ver: FOUCHARD, Philippe. op. cit., 2007, p. 67 a 83.

[438] Vide a exceção aplicada pela AAA e indicada acima.

[439] CLAY, Thomas. op. cit., 2001, p. 549 a 551.

serviço[440]. Assim, ao referirem-se na convenção determinada instituição, as partes concordaram com tal oferta[441].

Caso as partes não realizem o pagamento das custas arbitrais nas condições fixadas na oferta do contrato de organização de arbitragem permite-se a instituição arbitral recusar a realização do serviço; circunstância essa que pode impedir a própria constituição do tribunal arbitral[442].

Em qualquer uma dessas hipóteses, a tentativa infrutífera da parte impecuniosa em constituir o tribunal arbitral repercutiria numa situação de denegação de justiça, dada a impossibilidade concomitante de poderes do juiz estatal para apreciar o mérito da controvérsia. Situação essa que carece de intervenção judicial.

5.4.1. O Juiz como Garantidor do Acesso à Arbitragem

Diante da configuração de denegação de justiça pela impossibilidade de acesso aos árbitros, impõe-se a intervenção do Poder Estatal. Todavia, estando a cláusula compromissória em perfeitas condições jurídicas, em respeito aos requisitos de existência, validade e eficácia impostos pela legislação, a intervenção do Poder Judiciário limita-se a remeter as partes à arbitragem.

5.4.1.1. O Necessário Entendimento dos Poderes do Juiz na Ação do Art. 7° da Lei de Arbitragem

A semelhança do Direito Francês, o brasileiro autoriza a intervenção do juiz estatal diante de um dificuldade para a instauração da arbitragem. É, portanto, com os ensinamentos vindos de Paris que a denegação de justiça pode ser resolvida no Brasil.

---

[440] França, *Cour d'appel de Paris*, SNF c/ CCI note de Charles Jarronsson, j. 22.01.2009. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2010, issue 2, Paris: Litec, 2010, p. 314 a 320.

[441] O contrato de organização de arbitragem é um contrato de adesão. JARRONSSON, Charles. Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale. **Revue de l'arbitrage**, vol 1990, issue 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1990, p. 383.

[442] RACINE concorda com este entendimento. Cf. RACINE, Jean Baptiste. op. cit., 2010, p. 571 a 583.

O art. 7° da Lei de Arbitragem prevê a forma de instauração compulsória da arbitragem, ao tratar que "*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(...)*". Na falta de acordo das partes, decidirá o juiz.

Tradicionalmente no Brasil, a interferência do juiz estatal é identificada quando da existência da chamada cláusula compromissória vazia, aquela que não prevê a forma de constituição do tribunal arbitral ou o fez de maneira incompleta[443]. O obstáculo oposto à instauração da arbitragem advém da impossibilidade das partes comporem um acordo para definir a forma de escolha dos árbitros ou da negativa de uma das partes em agir conforme o disciplinado na convenção arbitral. É somente nessas hipóteses que a Doutrina brasileira vê a aplicação do art. 7° da Lei de Arbitragem[444].

No entanto, não há qualquer restrição no art. 7° da Lei de Arbitragem que impeça a utilização da ação judicial nela prevista quando a resistência na instituição da arbitragem advir da impossibilidade da parte arcar com as custas arbitrais. Ademais, conforme visto acima, a impecuniosidade da parte não caracteriza hipótese de inexistência, invalidade, ineficácia da convenção de arbitragem, requisito esse imposto pelo dispositivo legal para o ajuizamento da ação de instauração compulsória da arbitragem.

BERALDO comunga dessa visão expansiva das hipóteses de aplicação do art. 7° da Lei de Arbitragem, reconhecendo sua aplicação para sanear a situação em que convenção de arbitragem estipule duas câmaras de arbitragem distintas; circunstância em que defende não existir um conflito de competências, mas sim competência alguma[445].

---

[443] "(...) o concurso do Poder Judiciário para a instauração da arbitragem somente será necessário quando se tratar de cláusula compromissória vazia (ou incompleta)". FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. **Temas de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 90.

[444] LEMES; Selma Ferreira. Convenção de Arbitragem e termo de arbitragem. **Revista do advogado,** n. 86. São Paulo: AASP, 2006, p. 95 e 96; BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – autossuficiência da cláusula cheia. **Revista dos Tribunais**. v. 91, n. 800. São Paulo: RT, 2002, p. 141. Entre outros.

[445] BERALDO, Leonardo de Fariaop. cit., 2014, p. 633.

Analisando o objetivo da ação disciplinada no art. 7° da Lei de Arbitragem percebe-se também sua aplicabilidade para superar a impecuniosidade da parte. Afinal, essa ação visa exclusivamente garantir o acesso das partes ao árbitro, direito que também deve ser assegurado à parte impecuniosa.

No procedimento, não há também qualquer adaptação extravagante que impeça sua utilização no caso da situação de impecuniosidade.

5.4.1.2. O Papel do Juiz na Ação do Art. 7° da Lei de Arbitragem

Instado a intervir, caberá ao juiz verificar o preenchimento das condições de ação disciplinadas no art. 7°, caput da Lei de Arbitragem, ou seja, a existência da convenção de arbitragem válida e a comprovada resistência na instituição da arbitragem.

A interferência do Poder Judiciário acontece nessa hipótese como mecanismo para dissuadir o estado de denegação de justiça da parte impecuniosa, portanto deve ser comprovado que a tutela pretendida é necessária e adequada, fazendo-o através da comprovação do efetivo estado de denegação de justiça. A Lei de Arbitragem exige tal comprovação[446].

No caso da impecuniosidade, a comprovação da resistência na instituição da arbitragem importa num triplo teste. Primeiro, a parte deverá comprovar a carência de recursos para suportar a instauração da arbitragem. Conforme defendido acima, isso significa que a parte deve apresentar evidências da ausência recursos financeiros – dinheiro e bens - disponíveis e suficientes no montante exigido para a instauração da arbitragem, bem como comprovar que exauriu todas as razoáveis possibilidades de obtenção de recursos, quer seja por meio de seus sócios ou por financiamento com terceiros.

Entende-se que a comprovação da impecuniosidade exigida na ação fundada no art. 7° da Lei de Arbitragem ocorre na exata medida do montante das custas arbitrais exigíveis para a instauração da arbitragem e viabilização do acesso aos árbitros. Sendo que a

---

[446] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2008, p. 120.

incapacidade financeira da parte para suportar o transcurso do procedimento arbitral deve ser apreciado pelos próprios árbitros ou árbitro, se for único.

A justificativa se apóia, primeiro, na limitação do poder do juiz de intervir somente para garantir a instauração da arbitragem e, segundo, nas circunstâncias que podem advir durante a arbitragem; por exemplo, a própria superação da impecuniosidade.

A parte deve ainda comprovar a negativa dos árbitros ou da instituição da arbitragem em instaurar o procedimento arbitral, pois, apesar de improvável, podem eles concordar em agir gratuitamente. Ou mesmo, a parte contrária pode concordar em financiar a arbitragem. Considerando que o propósito último da ação judicial referendada no art. 7° da Lei de Arbitragem é remeter as partes à arbitragem, essa ação restará prejudicada caso a parte contrária viabilize os meios econômicos para a instauração da arbitragem na sua forma original.

Em 2007, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu decisão reconhecendo que a resistência na instauração da arbitragem pode advir de terceiros diversos da parte contrária, legitimando a proposição da ação fundada no art. 7° da Lei de Arbitragem[447]. No caso, as partes haviam pactuado que o CREA/MG faria a indicação do árbitro, todavia a entidade se negou. Assim, por analogia, poder-se-ia concluir que caso a resistência da instauração da arbitragem ocorra pela negativa da câmara de arbitragem, à parte impecuniosa seria facultado a proposição de ação para a execução da convenção de arbitragem.

A efetiva carência de recursos econômicos para suportar as custas arbitrais e a impossibilidade de acesso à arbitragem, dada a negativa dos árbitros ou da instituição arbitral em instaurar a arbitragem, são elementos fundamentais para a caracterização do estado de denegação de justiça e motivar a interferência judicial.

---

[447] Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ap. Civ. 1.0024.06.930972-2/001, rel. Des. Heloisa Combat, j. 23.10.2007.

Em 2010, o Tribunal de Justiça do Rio Janeiro proferiu uma decisão em Agravo de Instrumento n°. 2009.002.30219[448], no qual reconheceu com válida a extinção do pedido reconvencional sem sua apreciação por falta de pagamento de custas arbitrais.

Tratava-se de uma ação de anulação de sentença arbitral proferida segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, no qual um dos motivos alegados fora a suposta ilegalidade do art. 30 do referido regulamento, ante o condicionamento da apreciação de pedido reconvencional ao pagamento de custas arbitrais exorbitantes.

Sob a relatoria da Desembargadora Denise Levy Tredler, a 19a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Janeiro entendeu que a exigibilidade do pagamento de custas arbitrais como condição para a apreciação da reconvenção não opera qualquer irregularidade e nem caracteriza renúncia a direito do pleiteante, pois não haveria impedimento de que tais pleitos fossem reapresentados em outro procedimento arbitral.

A ressalva feita pelo Tribunal de Justiça do Rio Janeiro é de suma importância para o tema aqui tratado. Isto porque, a interferência do juiz estatal mediante a ação do art. 7° da Lei de Arbitragem somente poderá acontecer quando houver resistência a instituição da arbitragem. Não sendo comprovada a obstacularização do acesso ao árbitro, não há que se falar em intervenção judicial.

O terceiro ponto a ser comprovado é negativa da parte *ex adversa* em celebrar um compromisso arbitral. Como acontece na hipótese de resistência da parte *ex adversa* na nomeação dos árbitros[449], deve ser comprovada a impossibilidade de superação da resistência por via amigável, para então legitimar a intervenção judicial.

---

[448] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, AgIn 2009.002.30219, 19ª. Câmara Cível, rel. Des. Denise Levy Tredler, j. 17.08.2010.

[449] Nesse sentido entendem: PITOMBO, Eleonora. Arbitragem e o poder judiciário: aspectos relevantes. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Aspectos Práticos da Arbitragem.** São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 14 e 15. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.), **Arbitragem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 403 e 404.

Não se exige a necessária comprovação da tentativa de realização da reunião preliminar proposta pelo art. 6° da Lei de Arbitragem, como ocorre nas outras hipóteses de aplicação do art. 7° da Lei de Arbitragem. Contudo, deve haver a comprovação, por qualquer outro meio de prova, que houve a tentativa de composição, como assevera BATISTA MARTINS[450].

Note-se que, apesar do procedimento previsto no art. 7° privilegiar a celeridade e a oralidade, não há qualquer impeditivo para que haja uma dilação probatória, circunstância essa que pode ser necessária para o efetivo escrutínio da impecuniosidade da parte. CARMONA entende que, havendo tal necessidade, aplicar-se o procedimento disciplinado na Lei n° 9.099/95[451].

Comprovada a impecuniosidade e o estado de denegação de justiça, impõe-se ao juiz resolvê-la na forma disciplinada no art. 7°, parágrafos 1°, 2° e 3° da Lei de Arbitragem[452]. Facultar-se, então, a tentativa de composição das partes para um compromisso arbitral. Não restando verificado o acordo, deverá o juiz resolvê-la.

O art. 7° supra, estabelece que o juiz decidirá, respeitando o disposto no art. 10° e 21, 2° da Lei de Arbitragem[453], este último com grande relevância. Pois, estar-se a falar do dispositivo que aplica na arbitragem as garantias constitucionais do processo, dentre elas o acesso à justiça[454].

---

[450] BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., 2008, p. 120.

[451] CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., 2009, p. 160.

[452] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 7º 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. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei".

[453] Brasil, Lei 9.307/96: "Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

[454] Ver supra.

É certo que o art. 7°, parágrafo 4° da Lei Arbitragem determina que o juiz deverá respeitar as disposições da cláusula compromissória – o que representaria uma certa imutabilidade da convenção arbitral[455] -; contudo, ao se referir a preservação das garantias constitucionais do processo, o legislador concedeu ao juiz o poder-dever de alterar a convenção de arbitragem, caso seja necessário para a preservação das garantias constitucionais do processo, incluindo-se o acesso ao árbitro.

Não se verifica uma violação a autonomia negocial das partes concretizada na convenção de arbitragem, mas sim uma adaptação dessa manifestação quando atentar contra as garantias constitucionais do processo. É o ensinamento de CARMONA sobre a limitação da autonomia negocial das partes, que "não poderão exceder as raias dos interesses que o Estado quer preservar, já que a garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição são inerentes à democracia moderna"[456].

Assim, ao entender o direito de acesso à ordem jurídica justa como uma garantia constitucional, qualquer previsão contratual feita pelas partes na convenção arbitral que atinjam tal direito devem ser consideradas alheias aos limites da autonomia negocial das partes e, portanto, factíveis a uma interferência judicial ou arbitral.

WALD ensina que ao decidir sobre a celebração do compromisso arbitral judicial, o juiz deverá atender aos requisitos contidos nos arts. 9 a 11 da Lei de Arbitragem, mas também "deverá observar os princípios aplicáveis à arbitragem"[457].

Sem se referir especificamente a situação de denegação de justiça por impecuniosidade da parte, CARMONA, ensina que o legislador brasileiro, ao prever a intervenção do juiz no auxílio a instauração da arbitragem, o fez como forma de privilegiar

---

[455] CARREIRA ALVIM afirma que "a segurança das partes depende do que houverem convencionado na cláusula compromissória, pois não pode o juiz, em sede judicial, dispor em contrário ao disposto na cláusula". CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários a Lei de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 73.

[456] CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., 2009, p. 412.

[457] WALD, Arnoldo. Novos Rumos para a Arbitragem no Brasil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. n. 14, São Paulo: RT, 2001, p. 347.

o *pacta sund servanda*, "dotando o juiz de poderes verdadeiramente extremados para instituir – a todo custo, entenda-se a arbitragem"[458].

Ao tratar da cláusula compromissória patológica, CAHALI defende que "os esforços devem ser concentrados para salvar a arbitragem, quando assim seja possível, e desde que a dúvida não recaia sobre a vontade das partes em afastar a jurisdição estatal. Fala-se princípio da salvação da convenção arbitral, da preservação da arbitragem, do favor arbitral"[459]. Nesse mesmo sentido, entende ALMEIDA GUILHERME[460].

Inobstante a possibilidade da interferência do juiz atingir em parte a convenção arbitral, preserva-se a essência do negócio jurídico e sua força vinculante, remetendo o litígio à arbitragem. É o que esclarece VALENÇA FILHO, ao afirmar que a maior amplitude conferida à intervenção do juiz estatal não significa que o ato jurisdicional substituirá o verdadeiro objetivo das partes em extrair o litígio da apreciação do Judiciário e submetê-lo à arbitragem[461].

A atuação do juiz será, contudo, mitigada no estrito saneamento do problema advindo da impecuniosidade da parte, agindo em conformidade com o princípio da proporcionalidade e evitando, ao máximo, intervir nas regras pactuadas pelas partes. Ultrapassado esse limite, o juiz "decidirá sobre assunto onde não há e não pode haver jurisdição"[462].

Como exemplo dos limites impostos ao juiz, BARBI FILHO a impossibilidade de atribuição de responsabilidade pelo pagamento das despesas de arbitragem a somente uma

---

[458] CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., 2009, p. 158.

[459] CAHALI, Francisco José. op. cit., 2011, p. 121.

[460] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

[461] VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. op. cit., 2008, p. 107 a 141.

[462] Por analogia ao que ocorre com a hipótese de cláusula vazia. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Cláusula Compromissória arbitral – efeitos. **Revista de Processo**, ano 26, n. 101, São Paulo: RT, 2001, p. 215.

das partes[463]. Em verdade, ao art. 7°, parágrafo terceiro da Lei de Arbitragem impõe ao juiz o respeito às garantias constitucionais do processo, como a igualdade das partes, ampla defesa e livre convencimento do árbitro.

Em respeito à essas garantias, vislumbra-se diferentes hipóteses de compatibilização da arbitragem com a capacidade financeira das partes. Poderá o juiz transformar uma arbitragem institucional em arbitragem *ad hoc* com honorários arbitrais proporcionais a capacidade contributiva das partes, ou mesmo estabelecer árbitro único em um procedimento arbitral que previa três árbitros. Em última instância, poder-se-ia ainda cogitar na solicitação feita pelo juiz que órgãos de classe que tivessem relação com o litígio, como a Ordem dos Advogados do Brasil, fizessem a indicação de profissionais que aceitassem agir como árbitros de maneira gratuita.

A adaptabilidade da convenção de arbitragem como mecanismo de superação do estado de denegação de justiça é ignorada pela Doutrina Brasileira[464]. No entanto, encontra adeptos naqueles estudiosos que se debruçaram sobre a matéria.

Na França, FONTMICHEL, Maître de conférences da Université de Versailles St. Quentin (França), entende que um equilíbrio entre a eficácia da justiça arbitral e o direito de acesso à justiça da parte impecuniosa poderia ser alcançado com a intervenção do *juge d'appui* nas disposições da convenção de arbitragem ou no regulamento aplicável ao litígio. Tal intervenção estaria limitada a prover os meios necessários para a garantia da eficácia da arbitragem e a continuidade do procedimento arbitral.

CREMADES também defende a compatibilização da convenção de arbitragem como resposta a impecuniosidade[465].

---

[463] BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial da Cláusula Compromissória na Lei n° 9.307/96 e Outra Intervenções do Judiciário na Arbitragem Privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, out./dez., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 80.

[464] A pesquisa realizada envolveu a grande maioria das obras nacionais referentes à arbitragem e as principais revistas especilializadas na matéria. Todavia, mesmo abrangente, é sempre temerária afirma que inexiste um posicionamento específico de autores brasileiros sobre a questão.

[465] CREMADES, Anne-Carole Cremades. La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds)**, Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje**. vol. 2010, issue 8, Espanha: Wolters Kluwer, 2010, p. 151 a 164.

SACHS concorda com a possibilidade de alteração da convenção de arbitragem como uma forma de limitar o problema da impecuniosidade da parte. Sugere, por exemplo, na transformação do tribunal arbitral composto por três árbitros e um árbitro único[466].

KURKELA e TURUNEN concordam que a extinção da convenção de arbitragem pode não ser necessária para garantir o acesso à jurisdição[467]. Para os professores finlandeses, o procedimento arbitral pode ser simplificado para amenizar os custos, a forma de composição dos árbitros e até o próprio procedimento escolhido pelas partes pode ser alterado para fins de compatibilizar a arbitragem a capacidade financeira das partes. Tudo, de forma a respeitar a intenção original das partes em arbitrar seus litígios.

As Cortes americanas, em dois casos, decidiram pela preservação da convenção de arbitragem, com a adaptação do procedimento arbitral às condições econômicas das partes. No caso Brower v. Gateway 2000 Inc.[468], a Corte Suprema de Nova Iorque afastou a aplicação do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e remeteu as partes a realização de uma arbitragem *ad hoc*. Por sua vez, no Caso Martin Bank v. Worldcom Inc.[469], a Corte Suprema de Nova Iorque determinou a realização de arbitragem em uma cidade que não repercutisse em gastos extraordinários para as partes.

Importante destacar que tais decisões envolviam partes frágeis na relação jurídica – consumidor e fornecedor, o que não permite concluir que as Cortes Americanas teriam a mesma posição em caso de relação jurídica equânime. Inobstante esse fato, tem-se que a solução da compatibilização do procedimento como uma ferramenta de garantia do acesso à justiça e da preservação do interesse maior das partes em submeter seus litígios à arbitragem.

---

[466] SACHS, Klaus. op. cit., 2007, p. 78.

[467] KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. op. cit., 2010, p.66.

[468] E.U.A, Brower v. Gateway 2000 Inc., N.Y. Sup. Ct. App. Div. 1998, 676, N.Y.S.2d 569.

[469] E.U.A, Martin Bank v. Worldcom Inc., N.Y. Sup. Ct. 2002, WL 171629.

5.5. A Posição do Poder Judiciário Brasileiro

O questionamento judicial da validade e eficácia da convenção de arbitragem por impecuniosidade da parte requerente são raros perante os Tribunais de Segunda Instância e Cortes Superiores no Brasil[470]. Após uma pesquisa realizada nos Tribunais dos Estados do Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia, apenas três decisões puderam ser identificadas[471].

No Estado de São Paulo, foi proposta uma ação ordinária para desconstituição de negócio jurídico, cumulada com pedidos de indenização. Dentre os pedidos encontrava-se a declaração de nulidade de cláusula compromissória inserida num Instrumento Particular de Compra e Venda de Estabelecimento Empresarial e Outras Avenças motivada pela insuficiência financeira da parte requerente. À autora fora inicialmente concedida assistência judiciária gratuita.

Em primeira instância, o pedido foi considerado improcedente, sendo submetido à apreciação da 1a. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Com a relatoria do Desembargador Luiz Antonio de Godoy, o recurso foi considerado improcedente. No ponto de interesse desta pesquisa, o Voto assim tratou:

> Cuidando-se de litígio decorrente de 'Instrumento Particular de Compra e Venda de Estabelecimento Empresarial e Outras Avenças' (fls. 31/33) livremente pactuado pelas partes, a hipótese não comporta exceção alguma, não socorrendo a apelante a alegada insuficiência financeira[472].

O segundo caso, ocorrido no Estado do Paraná, versou sobre uma Ação Ordinária proposta por SECON Construções Técnicas Ltda. contra Toshiba Sistemas de Transmissão e Distribuição do Brasil Ltda.

As partes celebraram um Contrato de Subempreitada de Serviços e Obras Preço Global contendo uma cláusula compromissória que previa a realização de uma arbitragem

---

[470] Uma pesquisa em 1a. Instância não foi possível de ser realizada, vez que não existem ferramentas de busca nos Tribunais Estatais que englobem tais decisões.

[471] A última revisão da pesquisa foi realizada em 4 de novembro de 2014.

[472] Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Civ. 0036760-07.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.01.2012.

em conformidade com o Regulamento de Arbitragem Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Em sua petição inicial, SECON alegou que não tinha conhecimento dos elevados valores cobrados pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e que não tinha condições financeiras para arcá-los em valor total de R$ 163.000,00, pois seu faturamento foi de lucro acumulado em torno de R$ 11.000,00.

Afirmou ainda que tentou acionar a Câmara de Mediação e Arbitragem do Paraná, a qual teria um custo muito menor, porém Toshiba não aceitou, insistindo pela manutenção do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, conforme pactuado. Portanto, nessas condições, a Autora estaria impedida de ter acesso à Justiça.

O pedido de SECON foi considerado improcedente em Primeira Instância[473]. Como fundamento, o Juiz Irineu Stein Júnior considerou que a cláusula compromissória seria uma espécie de negócio jurídico celebrado por partes livre e capazes. Destarte, o argumento de que SECON não tinha ciência do valor das custas arbitrais seria configurado como uma hipótese de erro que imputaria no defeito no negócio jurídico. Todavia, não se enquadraria como hipótese de erro substancial, pois o negócio jurídico foi celebrado entre comerciantes, a quem não se poderia computar o erro por desconhecimento ou ignorância.

Ao considerar válida a cláusula compromissória, o juiz então reconheceu o efeito positivo da mesma, determinando a supressão da via judicial, por força do art. 267, VII do Código de Processo Civil e remetendo as partes à arbitragem.

Interposto o recurso, a posição do Tribunal de Justiça foi semelhante, in verbis:

> Ainda que a Apelante alegue que desconhecesse o valor cobrado pelo Juízo Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, tal alegação não é suficiente para inquinar a referida cláusula de abusiva, tampouco nula.
> Ou seja, o fato da Apelante não ter diligenciado quando da assinatura do contrato buscando conhecer os valores cobrados pelo Juízo de Arbitragem escolhido não configura vício de consentimento capaz de ensejar a anulação da cláusula compromissária assinada pela Apelante.

[473] Ação Ordinária n° 8.756/2011, Juiz Irinei Stein Júnior, j. 31 de julho de 2012.

> Assim, não merece provimento o presente recurso, devendo ser mantida incólume a sentença vergastada, por seus próprios fundamentos.

O terceiro caso foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[474].

As partes celebraram um contrato de prestação de serviços prevendo a realização de arbitragem em Miami e de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Amebrasil Construções Ltda. apelou da decisão de primeira instância, requerendo a declaração da ineficácia da cláusula compromissória em virtude dos elevados custos para a realização da arbitragem.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acolhendo o voto do Des. Alexandre Freitas Câmara, decidiu que não incumbe ao Judiciário pronunciar-se sobre a validade e eficácia das convenções de arbitragem, por força do art. 8º, parágrafo único, c/c art. 20, ambos da Lei nº 9.307/1996. Inobstante a acertada decisão, os Desembargadores ainda fizeram constar da decisão que os custos arbitrais – no valor de cento e quarenta e oito mil dólares - não poderiam ser considerados exagerados diante do fato que a Apelante tinha um capital social de três milhões de reais e havia declarado possuir ativos superiores a oito milhões de dólares.

Apesar desses dois casos, por óbvio, não representarem sequer uma tendência de posicionamento jurisprudencial, ambos trazem pontos que merecem destaque.

Primeiramente, verifica-se ainda o desrespeito ao princípio da competência-competência do árbitro no caso paranaense. A repudia da jurisprudência firmada nas Cortes Superiores e na Doutrina[475], o juiz de primeira instância debruçou-se na investigação fática dos componentes que integraram a manifestação de vontade das partes, fazendo uma revisão aprofundada do caso, para apreciar a validade da cláusula compromissória.

Outro ponto de destaque refere-se ao fato de que o Judiciário paulista, apesar de reconhecer a parte o benefício da assistência jurídica gratuita – o que a reconheceria como

---

[474] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0031966-20.2010.8.19.0209, 2ª. Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. 11.06.2014.

[475] Ver supra.

pobre – não reconheceu que tal situação repercutiria no afastamento da cláusula compromissória.

Ultimamente, em ambos os casos, percebe-se que as decisões remeteram as partes à arbitragem, não resolvendo – se fosse realmente o caso – a hipótese de denegação de justiça.

Caso, no futuro, a posição do Poder Judiciário Brasileiro reverbere essas citadas, poder-se-ia reconhecer que o entendimento da jurisprudência brasileira se assemelharia àquele praticado na França. Pelo menos, no sentido de desconhecer a impecuniosidade da parte como uma situação de manifesta nulidade ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem, remetendo ao árbitro a primazia da solução da denegação de justiça.

No entanto, naquilo que se refere aos mecanismos de viabilização do acesso à justiça pelo árbitro, é necessário ainda desenvolver o plano teórico.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento desta pesquisa acadêmica permitiu verificar que ambas as hipóteses de solução do problema da impecuniosidade da parte vinculada à convenção da arbitragem são factíveis de serem implementadas na prática, dependendo das circunstâncias processuais inerentes ao ordenamento jurídico em que a questão é observada.

Através da pesquisa realizada, pode-se concluir que no Direito Alemão e Português a carência de recursos necessários para a instauração da arbitragem repercute na inexequibilidade da convenção de arbitragem e a solução da controvérsia realizada pelos juízes estatais. Em ambos os ordenamentos jurídicos, o conceito do direito de acesso à justiça foi observado de maneira restritiva, considerando-o como uma mera garantia de acesso à jurisdição, pouco importando quem seria o julgador.

Ademais, em ambos os casos, verificou-se que a apreciação da impecuniosidade é submetida à apreciação do juiz estatal, consequência essa direta da aplicação da visão do princípio da competência-competência que autoriza a apreciação judicial antes da instauração da arbitragem. Destaca-se que em ambos os sistemas jurídicos – no Direito Alemão como previsão legal e no Direito Português como prática judicial – é permitido ao juiz estatal realizar uma revisão profunda das circunstâncias que envolvem a validade e eficácia da convenção; situação essa fundamental para a apreciação do estado de impecuniosidade e de denegação de justiça.

Por outro lado, verificou-se que o Direito Francês trata da impecuniosidade de maneira diversa. Primeiramente, a alegação da impecuniosidade não abala - pelo menos num primeiro momento – a aplicação do efeito negativo da competência-competência do árbitro, remetendo a esse a apreciação dos efeitos da impecuniosidade sobre a convenção de arbitragem. Segundo, a pesquisa jurisprudencial e doutrinária realizada permite concluir uma tendência no Direito Francês em recepcionar a adaptação da convenção de arbitragem como forma de sanar o estado de denegação de justiça econômica dada pela impecuniosidade da parte. Na França, o acesso à justiça tem uma conotação de acesso ao árbitro, sendo que a impecuniosidade da parte não pode a afastar do exercício desse direito.

Um ponto de grande relevância encontrado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pesquisados refere-se ao rigor na apreciação do estado de impecuniosidade da parte. Em maior grau da Alemanha, a impecuniosidade deve representar um obstáculo intransponível na aplicação da convenção de arbitragem original e não pode advir de práticas passíveis de serem qualificadas como atos de má-fé do requerente.

No Brasil, a possibilidade da impecuniosidade repercutir em efeitos na convenção de arbitragem é ignorada pela Doutrina e apenas tangencialmente analisada nas Cortes Estatais. Aqui, a arbitragem comercial é ainda um mecanismo de solução de controvérsias destinado aos ricos, um plataforma luxuosa de acesso à justiça.

Inobstante esse fato, a dimensão do princípio da competência-competência aqui aplicada, o reconhecimento do alcance das garantias constitucionais do processo na arbitragem e a amplitude do sentido de justiça, sugerem uma tendência na recepção da possibilidade de adaptação da convenção de arbitragem como forma de solução do problema da impecuniosidade na instauração da arbitragem.

O problema deverá inicialmente ser resolvido pelos árbitros e instituição de arbitragem, vez que a dimensão do princípio da competência-competência no Brasil não permite a apreciação um escrutínio aprofundado pelo juiz estatal, procedimento esse fundamental para a correta verificação da impecuniosidade e denegação de justiça.

Não sendo possível o acesso aos árbitros, não estará a parte liberada para resolver o mérito da disputa no Judiciário.

O estado de denegação de justiça poderá ser sanado através da ação judicial prevista no art. 7° da Lei de Arbitragem, facultando-se ao juiz tão somente tomar as medidas necessárias para a instituição da arbitragem em compatibilidade com as condições econômicas das partes litigantes. Momento esse em que o juiz estatal deverá realizar uma investigação aprofundada para se certificar do estado de impecuniosidade e efetiva denegação de justiça.

Certamente, esse entendimento terá resistência na Doutrina Pátria. Os defensores da imutabilidade da convenção de arbitragem não pouparão críticas à possibilidade da parte

solvente ser submetida a um procedimento arbitral diverso daquele pactuado originalmente.

Em defesa, pode-se arguir que a adaptação da convenção de arbitragem é uma solução última e que não restringe uma intervenção da parte solvente que, a qualquer momento, pode garantir os meios econômicos necessários para a instituição da arbitragem na forma originalmente pactuada.

Ademais, considerando que o acesso à justiça não se restringe meramente a ser ouvido por um juiz, abrangendo – verdadeiramente - um direito de acesso a uma ordem jurídica justa, e que não há processo mais justo do que aquele livremente pactuado pelas próprias partes litigantes, a única resposta possível para a situação de impecuniosidade da parte remete ao asseguramento de seu direito de acesso ao árbitro.

Se é verdade que o sucesso da arbitragem depende dos árbitros, a adaptabilidade da convenção de arbitragem assegura o objeto fundamental da celebração da convenção de arbitragem: acesso ao árbitro e evitar que a solução ocorra diante do Poder Judiciário.

O problema não é simples e as nuâncias são muitas.

Aqui não se esgota o assunto. Nunca fora esse o objetivo. Todavia, omitir que o problema inexiste não o fará desaparecer. Afinal, se Constituição Federal não permite a manutenção do estado de denegação de justiça, o Direito Brasileiro terá que optar pela inexequibilidade da convenção de arbitragem ou o reconhecimento da possibilidade de sua adaptação frente ao estado de impecuniosidade.

As repercussões dessa escolha poderão ser drásticas à arbitragem no Brasil. Ao abrir a porta da inexequibilidade da convenção de arbitragem para uma parte impecuniosa, poder-se-á estar diante de uma nova fase de judicialização da arbitragem. Em que a carência de recursos econômicos seja uma nova modalidade de medida protelatória da arbitragem, como no passado não muito distante foi a cláusula compromissória vazia.

O tema não é fútil e carece de um tratamento mais atencioso dos estudiosos brasileiros.

REFERÊNCIAS[476]

ABRAMS, David S. e CHEN, Daniel L. A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. vol. 15. Philadelphia, E.U.A: University of Pennsylvania, 2012.

ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 6. São Paulo: IOB, 2005.

ANCEL, Marie-Elodie. Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-meme. VERDERA TUELSS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández Rozas (eds). **Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, vol. 4:3, Madrid: IproLex, 2011.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.), **Arbitragem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Cláusula Compromissória arbitral – efeitos. **Revista de Processo**, ano 26, n.101, São Paulo: RT, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALBINO, Inês. A arbitrabilidade do Direito Falimentar. LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inês. **A Arbitragem** – Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial da Cláusula Compromissória na Lei n° 9.307/96 e Outra Intervenções do Judiciário na Arbitragem Privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, out./dez., São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos.O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, ano 4, v. 5, Rio de Janeiro: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, 1991.

BARROCAS, Manoel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de Suspensão de Porcedimento Arbitral – Jurisprudência Comentada – AgIn 237.442-4/5-00. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n.2, São Paulo: RT, 2004.

BATISTA MARTINS, Pedro. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[476] ABNT NBR 14724:2011 e ABNT NBR 6023:2002

_____. Parecer: Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento do Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 7. São Paulo: RT, 2005.

_____. Artigo II(3) –Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem – nos termos da Lei n° 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage.** Bruxelles: Bruyant, 2012.

BERSET, Dominique; LEVY, Laurent. Faillite et arbitrage. **ASA Bulletin** vol. 16, issue 4. Gèneve: Association Suisse de l'Arbitrage, 1998.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

BISHOP, R. DOAK; CORIELL, Wade D.; CAMPOS, Marcelo Medina. The 'Null and Void' Provision of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia. Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview. **Transnational Dispute Management**. vol. 6, issue 1. The Netherlands:Maris, 2009.

_____, et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. La Haye: Kluwer Law International, 2007.

BOISSÉSSON, Matthieu. **Le droit français de l'arbitrage**. Paris: GLN JOLY, 1990.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – autossuficiência da cláusula cheia. **Revista dos Tribunais**. v. 91, n. 800. São Paulo: RT, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

BUHLER, Michael. Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview. **ASA Bulletin** 22, n. 2, Gèneve: Kluwer International, 2004.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: RT, 2011.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje – su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem** – Lei n°. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. São Paulo: Renovar, 2006.

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

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.

CARDUCCI, Guido Carducci. The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law. **Arbitration International**. vol.28, issue 1. La Haye: Kluwer Law International, 2012, p. 137 e 138.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Comentários a Lei de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Aspectos da Economia Institucional e a Arbitragem Comercial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005.

CHEVALIER, Pierre. Le nouveau juge d'appui. CLAY, Thomas (dir.) **Le nouveau droit français de l'arbitrage**. Paris : Lextenso, 2011.

CIPRA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol.29, São Paulo: RT, 2011.

CLAY, Thomas. **L'Arbitre**. Paris: Dalloz, 2001.

_____. L'application perlée du reglèment d'arbitrage pour la contestation des liens entre arbitre et conseil. **Journal of International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

_____. La Convention de New York vue par la Doctrine Française. **ASA Bulletin**, n. 27, La Haye: Kluwer Law International.

_____. L'efficacité de l'arbitrage. **Les Petites Affiches**. n. 197. Paris: Lextenso Editions, 2003.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

COHEN, David. Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 1ère civ., 16 octobre 2001, Société Quatro Children's book Ldt. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2002, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

COSSIO, Francisco González de. La natureza Jurídica del Arbitraje: un Ejercicio de Balanceo Químico. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 16, São Paulo: IOB, 2007.

_____. El principio compétence-competénce revisitado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2007, n. 13, São Paulo: RT, 2007.

COSTA, Marina Mendes. Organizações Internacionais e Arbitragem CCI. **Revista Brasileira de Arbitragem.** n° 0, jul./out. São Paulo: Síntese, 2003.

COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre Corvos e Ornitorrincos: Arbitragem Estrangeira e Internacional no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 29. São Paulo: IOB, 2011.

COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. **Droit des Sociétés**, 2 ed. Paris: LITEC, 1990.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. Park: PAULSSON, Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration.** 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

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

CURRAN, Vivian Grosswald. **Comparative Law and Language**.

DA FONSECA, Rodrigo Garcia. O princípio da competência-competência na arbitragem – uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 3, n. 9. São Paulo: RT, 2006.

DANNEMANN, Gerhard. **Access to Justice: an Anglo-German Comparison**. European Public Law (1996).

DARWAZEH, Nadia; GREENBERG, Simon. No One's Credit Is As Good As Cash: Awards and Orders for the Payment of the ICC Advance on Costs. **Journal of International Arbitration**. vol. 31, issue 5. Genève: Kluwer Law International, 2014.

DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international.** Paris: Economica, 1982.

DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**, 24 ed. atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

DEFFAINS, Bruno e DESRIEUX, Claudine. Les Enjeux Economiques du Financiament des Contentieux Par Des Tiers. In: KESSEDJIAN, Catherine (dir.). **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012.

DERAINS,Yves; Derains ; Eric A. Schwartz. **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**. La Haye: Kluwer Law International, 1998.

DERAINS, Yves. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. **Revista de Arbitragem e Mediação.** ano 4, n. 12. São Paulo: RT, 2007.

DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin; REDFERN, Alan et al. **Law and pratice of international commercial arbitration**. 4 ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 199. Londres: Cameron May, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13 ed., v.1. Bahia: Podium, 2011.

DUNS, John. **Insolvency**: Law and Policy. London: Oxford University Press, 2003.

DUPEYRON, Carine ; POLONI, Flore. Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice : vers une réconciliation? **ASA Bulletin**, vol. 31, issue 4, Gèneve :Association Suisse de l'Arbitrage, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

FONTMICHEL, Maximin de. **Le faible et l'arbitrage.** Paris: Economica, 2012.

_____. Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable. BEN HAMIDA, Walid, CLAY, Thomas (Coord.) **L'argent dans l'arbitrage** Issy-les-Moulineaux: Lextenso Éditions, 2013.

FOUCHARD, Philippe. Quand une arbitrage est-il international?. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

_____. Arbitrage et Faillite. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

_____. La coopération de Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage. **Écrits.** Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

_____. Quand un arbitrage est-il international?, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

FAVRE-BULLE, Xavier. Les consequences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie – Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, **ASA Bulletin**, n.19, issue 2, La Haye: Kluwer International, 2001.

FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. **Temas de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration.** Paris: ICC Publication Department, 2012.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Paris: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit Suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négative de la compétence-compétence. AKSEN, Gerald e BRINER, Robert Georg. **Global Reflections on International Law, Commerce & Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner.** ICC Publishing: Paris, 2005.

_____. Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View. LABES, Hubertus W. (org.) **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?** Frankurt am Main:Peter Lang, 2004.

_____. "L'effet négatif de la compétence-compétence", in: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009.

_____. **Aspects Philosophiques du Droit de L'Arbitrage International**. Leiden/Boston: Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

_____. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence. AKSEN, Geral (ed.) **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**. Paris: ICC Publishing, 2005.

GIUSTI, Gilberto. O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5. São Paulo: IOB, 2005.

GRIERSON, Jacob; Van Hooft, Annet. **Arbitrating under the 2012 ICC Rules** – An Introductory User's Guide. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2012.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HANOTIAU, Bernard. The Parties to the Arbitration Agreement. LÉVY, Laurent; DERAINS, Yves. (Coord.). **Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff.** Paris: Pedone, 2011.

HANEFELD, Ink. Germany (Chapter). WEIGAND, Frank-Bernd Weigand. **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration** Oxford: Oxford University Press, 2009.

HORATIA, Muir Watt. Note sur Cour de Cassation, 1 fevrier 2005. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2005, issue 3, LITEC: Paris, França, 2005, p. 693 a 707.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa.** Houaiss/Almedina, 2009.

HUBER, Peter. Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV – Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael ; et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, La Haye, Kluwer Law International, 2007.

JARROSSON, Charles. **La notion d´arbitrage**. Paris: LGDJ, 1987.

_____. Note sur Cour d'Appel de Paris, 7 décembre 1994, Société V 2000 v. Société Project XJ 220 ITD et autre. **Revue de l'arbitrage**, vol. 1996, Issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1996.

JUDICE, José Miguel. Anotação ao Acórdão 311/08 do Tibunal Constitucional. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, ano 2, Associação Portuguesa de Arbitragem, Coimbra: Almedina, 2009.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'afficacité. **Liber Amicorum de Claude Reymond – "Autour de l'arbitrage"**, Paris: LITEC, 2004.

KESSEDJIAN, Catherine. **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012, p. 11.

KREINDLER, Richard H.; SCHAEFFER, Jan K. Allemagne: les cinq premières années d'application de la nouvelle législation. **Revue de l'Arbitrage**, issue 2, Paris: Comité Français de l'arbitrage, 2003, p. 502.

KROLL, Stefan Michael. The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Dominique (eds.) **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards 363-364** (2008).

_____. Arbitration and Insolvency Proceedings - Selected Problems. MISTELIS, Loukas; LEW, Julian (Coord.). **Pervasive Problems in International Arbitration.** Le Haye: Kluwer Law International, 2006.

_____. Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction. **Arbitration International,** vol. 20:1. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

_____. Bank-related instruments to secure the right to arbitration despite the impecuniousness of a party. LABES, Hubertus W. (org.), **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?**. Frankurt am Main:Peter Lang, 2004.

KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration.** 2. ed. Oxford: Oxford Publishers, 2010.

LAMM, Carolyn B.; SHARPE, Jeremy K. Inoperative agreements under the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.) **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008.

LEE, João Bosco. A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional. CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem - lei brasileira e praxe internacional.** São Paulo: LTr, 1999.

LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos sobre Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. MBV Commercial and Export Management Establishement v. Resil Indústria e Comércio Ltda. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

LEITE, António Pinto. A nova lei portuguesa de arbitragem voluntária. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 33, Curitiba: Síntes, 2012.

LEMES; Selma Ferreira. Convenção de Arbitragem e termo de arbitragem. **Revista do advogado,** n. 86. São Paulo: AASP, 2006.

LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. "Third-Party funding. Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings", **INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Dossier**

of the ICC Institute of World Business Law: Third-Party funding in International Arbitration. Paris, França: International Chamber of Commerce, 2013.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration** London: Kluwer Law International, 2003.

LONGO, Samantha Mendes. Mitigação do princípio da kompetenz-kompetenz: art. 8°, parágrafo único e art. 20 da Lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 9, n. 35. São Paulo: RT, 2012.

LOQUIN, Eric. La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage – commentaire du Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 9, n. 33, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Le juge et l'arbitre. BOSTANJ, Sami et al. (dir.) **Le juge et l'arbitrage**, Paris: A. Pedone, 2014.

_____. Le contrôle de la nullité ou de l'inaplicabilité manifeste de la clause compromissoire. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2006, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage.

MANTILLA SERRANO, Fernando. International Arbitration and Insolvency Proceedings. **Arbitration International**, vol. 11, issue 1. La Haye: Kluwer Law International, 1995.

MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso necessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

_____. **1° Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

MAGDELAIN A. Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome, **RIDA**, n° 27, 1980.

MAYER, Pierre. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. **Recueil des Cours de L'académie de Droit International de La Haye,** t. 290, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v.1. São Paulo: RT, 2011.

MCLAUGHLIN, Julia H. Litigation Funding: Charting A Legal and Ethical Course. **Vermont Law Review**. vol. 31. South Royalton, E.U.A: Vermont Law School, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERLIN, P. **Recuil alphabétique des questions de droit.** apud BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

MEYA, Angelynn. Third-part funding in international investment arbitration. The elephant in the room. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-Party funding in International Arbitration**. Paris, França: International Chamber of Commerce, 2013.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portugesa**, São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MONIER, R., **Manuel élémentaire de droit romain**. 6 ed., Paris, 1954.

MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law after Loewen and Saipem. FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (eds.) **Liber Amicorum Bernardo Cremades.** España: La Ley, 2010.

MOUTULSKI, Henri. **Écrits – Études et Notes sur l'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1974.

_____. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 19. São Paulo: RT, 2008.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso de Direito Arbitral: aspectos práticos do procedimento**. Curitiba: Editora CVR, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.) **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

NATER-BASS Gabrielle and MOSIMANN, Olivier. Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration**.** KLAUSEGGER, Christian et al., **Austrian Yearbook on International Arbitration**. vol. 2011.

NIGGEMANN, Friedrich. Chronique de jurisprudence étrangère, Allemagne, **Revue de l'Arbitrage**. vol 2006, issue 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2006.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 82, jan. 2010. São Paulo: Dialética.

NUNES, Thiago Marinho. A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5, São Paulo: Síntese, 2005.

NUNES PINTO, José Emílio; DA FONSECA, Rodrigo Garcia. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

NUNES PINTO, José Emílio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, n. 4, São Paulo: RT, 2005.

OPPETIT, Bruno. **Théorie de l'arbitrage**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

ORUCU, Esin. **The Enigma of Comparative Law –** variations on a Theme for the Twenty-first Century. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

PARK, Willian W. The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. **ICCA Congress Series 55**, ICCA Congress, Montréal, 2006.

_____. Why Courts Review Arbitral Awards. **Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel**, 595, (2001).

PAULSSON, Jan. **Denial of Justice in International Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.

_____. International Arbitration is no Arbitration. **Stockholm International Arbitration Review**. ano 2008, issue 2. Estolcomo, Suécia: Jurisnet, 2008.

PINNA, Andrea. La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accés à la justice arbitrale note sous Cass. civ. 1e, 28 mars 2013 et CA Paris, 26 février 2013. **Cahiers de l'arbitrage**. vol. 2013, issue 2. Paris : L.G.D.J., 2013.

PITOMBO, Eleonora. Arbitragem e o poder judiciário: aspectos relevantes. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Aspectos Práticos da Arbitragem.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PLUYETTE, Gerard. Le juge d'appui: L'experience française. BOSTANJ, Sami et al. (dir.) **Le juge et l'arbitrage**. Paris : A. Pedone, 2014.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Droit comparé de l'arbitrage international**. Bruxele: Bruylant, 2002.

RACINE, Jean-Batiste. La sentence d'incompétence. **Revue de l'Arbitrage** vol. 10, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2010.

_____. Note sur Tribunal de Grand Instance de Paris (22.01.2010). **Revue de l'arbitrage**, vol. 2010, issue 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2010.

RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005.

REYMOND, Claude. Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et sa repartition. HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009.

RIEGLER, Stephan; et al. **Arbitration Law of Austria: Pratice and Procedure**. Juris Publishing, Inc., 2007.

RISSE, Jörg. Undurchfu¨hrbarkeit der Schiedsvereinbarungbei Mittellosigkeit des Klägers, **BB Betriebs-Berater-Supplement RPS**, N° 6, 2001.

ROBERT, Jean. **L'arbitrage – droit interne, droit international privé**. 6 ed. Paris: Dalloz, 1994.

ROSS, Stephen A.; Westerfield, Randolph W.; JAFFE, Jeffrey F; tradução Antonio Zoratto Sanvicente. **Administração Financeira**. 2 ed. 10. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSELL, José; PRAGER, Harvey. International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC. **Journal of International Arbitration**. vol. 18. The Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

ROZAS, J. C. Fernandez. Le rôle des jurisdictions étatiques devant l'arbitrage commercial international. **Recuil Cours La Haye**, t. 290, n. 40.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965.

SACHS, Klaus. La protection de la partie faible en arbitrage. MOURRE, Alexis (dir.) **Gazette du Palais**, n. 194, ano 127, 2007/2, Journal Spécial des Sociétés: Paris, França, 2007.

SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration – Law and Pratice**. 2 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SERAGLINI, Christophe et ORTSCHEIDT, Jéromê. **Droit de l'arbitrage interne et international**. Paris: Montchrestien-Lextenso, 2013.

SCHEINMAN, Martin F. **Evidence and Proof in Arbitration.** 13 ed. Ithaca: Cornell University Press, 2001, p. 25.

SCHLOSSER, Peter. La nouvelle legislation allemande sur l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**, n.2, Kluwer: Paris, 1998.

_____. **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit,** Tübingen, Alemanha**:**Mohr Siebeck, 1989.

SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Denegação de Justiça. **Revista Brasileira de Arbitragem** – Edição Especial.

SMILGIN, André. Ação judicial para a instituição de arbitragem com base no art. 7° da Lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo Poder Judiciário. Competência-Competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNICTRAL (Lei Modelo). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 82, São Paulo, 1987.

STAMPA, Gonzalo. Discovery Arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 26. Curitiba: Síntese, 2012.

STRENGER, Irineu. A Arbitragem como Modelo de Inserção da Lex Mercatoria na Ordem Estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem.** n. 3. São Paulo: Síntese, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TERCIER, Pierre. La légitime de l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2011, issue 3, Paris: LITEC, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros. BATISTA MARTINS, Pedro; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a Arbitragem in Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo, LTr, 2002.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Calros Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando de Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

TRAIN, François-Xavier. Le contrôle a posteriori et in concreto des conséquences de l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage, note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013 et Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 26 février 2013. **Revue de l'Arbitrage**, vol. 2013, issue 3, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2013.

_____. Impecuniosité et accés à la justice dans l'arbitrage international. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2012, issue 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2012.

_____. Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 14 novembre 2007, Société SIAL c/ société Vinexpo. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2008, Issue 3. Litec: Paris, França, 2008, p. 456.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da constituição federal. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação,** ano 4, n.5, São Paulo: RT, 2007.

VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. Le Haye: Kluwer Law International, 1981.

VISSCHER, Charles de. Le déni de justice en droit international. **Recueil des cours de La Haye**, t. 52, II.

ZAPPALA, Francesco. Historic universalism of arbitration. **Revista Vniversitas**, n. 121, jul./dez. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

WAGNER, Gerhard. Poor Parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles? LABES, Hubertus W. (org.). **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?** Frankurt am Main: Peter Lang, 2004.

WAINCYMER, Jeff. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. LA Haye: Kluwer Law International, 2012.

WALLACE JR., Don. Fair and equitable treatment and denial of justice. WEILER, Todd. **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**. London: Cameron May, 2005.

WALD, Arnoldo. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. **Revista de Arbitragem e Mediação.** ano 4, n.12. São Paulo: RT, 2007.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 6, n. 22, São Paulo: RT, 2003.

_____. A convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 18, São Paulo: RT, 2008.

_____. Novos Rumos para a Arbitragem no Brasil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. n. 14, São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: www.tjsp.jus.br/ download/conciliacao /.../parecerdekazuowatanabe .pdf. Acesso em 11 de junho de 2012.