



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO SANCHO RIOS XAVIER

**A EFICÁCIA DA CLAUSULA COMPROMISSÓRIA FRENTE A
SUPERVENIÊNCIA DA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE**

Salvador

2019

EDUARDO SANCHO RIOS XAVIER

**A EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FRENTE A
SUPERVENIÊNCIA DA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO SANCHO RIOS XAVIER

A EFICÁCIA DA CLAUSULA COMPROMISSÓRIA FRENTE A SUPERVENIÊNCIA DA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2019

RESUMO

A Arbitragem é instituto milenar, integrante a séculos do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme seu desenvolvimento, a necessidade de seu custeio desenvolveu-se paralelamente. Paulatinamente o instituto se arraigou na cultura jurídica, e, com as alterações legislativas produzidas na década de 90 no advento da lei 9.307/96 esta agregou maior acessibilidade e amplitude de interesse dos que procuram por meios de solução das suas lides. Conforme maior o número de pessoas envolvidas, mais relevante se torna a observação do peso das custas para os jurisdicionados que firmam convenções arbitrais. O presente trabalho cuida de observar as consequências do firmamento da cláusula arbitral, com foco nas obrigações de custeio do instituto. Para tanto, promoveu pesquisa a respeito de cortes arbitrais no fito de observar como as arbitragens institucionais regram o tema. Levantados dados, estes ilustram a análise entre a teoria da boa-fé, e da onerosidade excessiva para analisar como a superveniência da hipossuficiência modifica a possibilidade de revisão judicial das convenções arbitrais.

Palavras-chave: Arbitragem; Hipossuficiência; Resolução por onerosidade excessiva; Boa-fé; CONIMA;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. ARBITRAGEM, UMA PORTA DO TRIBUNAL	9
2.1. ESTRUTURA DA ARBITRAGEM	10
2.1.1. Ditames da lei da arbitragem – Conceituação das convenções arbitrais e seus efeitos	13
2.2. CARÁTER CONTRATUAL VERSUS JURISDICIONAL	14
2.2.1. Argumentos pró contrato	14
2.2.2. Argumentos pró jurisdição	15
2.2.3. Soluções híbridas	17
3. O CUSTO DE ARBITRAR	19
3.1. AS CUSTAS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL	20
3.1.1. Procedimentos em Cortes Brasileiras	21
3.1.1.1. Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES	22
3.1.1.2. Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Emp. – CBMAE	25
3.1.1.3. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA	29
3.1.1.4. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CIESP/FIESP	33
3.1.1.5. Centro Brasil de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR	37
3.1.1.6. Câmara de Arbitragem e Mediação da Fundação Getúlio Vargas	39
3.1.2. A barreira de entrada – o custo como fator condicionante do litígio	41
4. OS EFEITOS DA SUPERVENIÊNCIA DA HIPOSSUFICIÊNCIA	43
4.1. A BOA FÉ COMO MODULADORA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	43
4.1.1. Convenção Arbitral – Conceito	48
4.1.2. Boa fé objetiva – Conceitos e parâmetros	
4.2. O DESLOCAMENTO OBRIGATÓRIO DE COMPETÊNCIA COMO FERRAMENTA DE REMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	53
4.3. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NA CONVENÇÃO ARBITRAL	57
4.3.1. Onerosidade excessiva – conceito e origem	58
4.4. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA CONSTÂNCIA DO PACTO ARBITRAL	62
5. CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

1. INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem existe há milênios, sua origem é tão pregressa que facilmente pode ser estudada por juristas e historiadores. Paralelamente, seu desenvolvimento ocorreu lado-a-lado ao próprio desenvolvimento das ordens estatais – que viriam no futuro desenvolver seus órgãos judiciários. A razão da idade da arbitragem é tão simples quanto a natureza do instituto – ele é baseado na confiança depositada em alguém para dirimir os problemas que emergem da vida cotidiana. Sejam as disputas entre pastoreios gregos, entre patrícios romanos, mercadores venezianos ou disputas comerciais da liga hanseática, conforme progrediu a história humana, o interesse e compreensão na capacidade de alguém para dar provimentos e soluções pode ter mudado de alvo, mas permaneceu presente.

Conforme ocorreu o desenvolvimento das esferas jurídicas dos estados democráticos de direito, aprimorou-se também a pretensão de perenidade e previsibilidade nas relações entre pessoa e Estado. Assim como o voto fez audível a vontade dos membros das sociedades que lhes usavam, fez-se igualmente necessário estabelecer canais de relacionamento e comunicação entre a sociedade em geral e os poderes do estado, e estabelecer alguém que desse corpo à essa função. O juiz, dentro do respectivo poder judiciário que incorpora, se estabeleceu como figura diretora dessa comunicação, e o processo sua ferramenta. Então, concebeu-se que a maneira como o cidadão alteraria a realidade jurídica frente ao Estado seria pela movimentação do processo, e assim, o direito de acessar e efetivar o justo seria intrínseco à pessoa, e fundamental à ordem jurídica.

Enquanto desenvolvia-se o processo judiciário, caminhava paralelamente em direção ao futuro o processo arbitral, alimentado pela necessidade humana de dirimir os conflitos que produz, e atingindo paz social que permita a permanência da convivência e cooperação. Conforme tornou-se o meio presumido de acessar a solução de conflitos, o processo judicial permeou-se de forma inalienável destes preceitos fundamentais tidos como igualmente inalienáveis dos ordenamentos jurídicos dos estados – logo, percebidos como de quaisquer humanos.

Conforme a marcha da história permitiu o desenvolvimento do processo arbitral, naturalmente desenvolveram-se também os operadores e pensantes desse processo, que, com desenvolvimento das sociedades livres de mercado, implicou necessariamente na valoração destes profissionais e do seu respectivo trabalho especializado. Conforme sua especialização, veio também a realidade mercadológica para seu trabalho – Árbitros são confiados de tarefas difíceis, quem em mais pouco se confiaria – logo, seu trabalho tem valor econômico.

Não foi inovador compreender que os solucionadores de problemas têm um custo de manutenção. Que as pessoas que operam essas soluções, e seu labor, tem preços a serem pagos. Contudo, na lógica estatal de centralização que se instalou com o Estado Democrático de Direito, trata-se de um custo centralizado, compreendido no orçamento do Estado, e cuja observação individualizada é pouco relevante. Para o Juiz, os fatores econômicos incidentes são aqueles das partes – o custo, peso e ganho das suas lides. O juiz recebe seus proventos da máquina estatal, e, esta nele compreende como uma de suas precípuas funções. Mas o Árbitro não é um membro do Estado, ele é um cidadão confiado por outros para fazer as vezes de julgador. Ele não contara com o maquinário do serviço público, apenas com o labor seu e daqueles que pudera remunerar.

Eis que surge a especificidade no custeio da Arbitragem – diferentemente do tributo que alimenta o judiciário – apenas os proventos das partes litigantes alimentam a capacidade de organizar e solucionar lides do julgador privado.

É nesta encruzilhada que se situa o presente trabalho, no conflito da lógica normativa fundamental estabelecida com o viés do julgador público em mente, e como este raciocínio influencia ou influenciaria a realidade prática da Arbitragem. Se a lógica de custeio da Arbitragem é privatista, e depende das partes para que seja produzida, como fica situado a parte da Arbitragem que não puder pagar? Aquela pessoa que situada à beira da insolvência, tem seu direito de Ação condicionado ao uso da esfera Arbitral, porque assim anteriormente decidiu, está removido da capacidade de apresentar lides a um juízo de solução? A problemática apresentada passa também pela compreensão dos fatores que condicionariam essa situação, para discernir a ameaça de ruína financeira à luz dos institutos jurídicos que o Direito Civil elegeu para condicionar o assunto.

A fim de iluminar a discussão, é necessário observar que existem diferenças procedimentais do processo civil para o Arbitral. Primordialmente, observa-se que o processo civil é unificado. Existe um processo civil, e dentro deles há alguns procedimentos. Em dissonância, o processo arbitral tem uma quantidade indeterminável de procedimentos. Assim o é muito pela sua adaptabilidade e juízo de adequação produzido por todos os Árbitros e partes no âmbito da realidade dos seus procedimentos. Não por menos a Arbitragem é largamente referida como um meio adequado de solução de conflitos, adequado não por mérito intrínseco imutável, mas por ser capaz de, simplesmente, se adequar.

Então, para compreender a realidade dos procedimentos arbitrais, analisar-se-á as disposições procedimentais de cortes arbitrais pelo país e mundo para entender a situação em que a parte da arbitragem se encontra quanto do peso da deflagração e progressão dos respectivos procedimentos. Como paralelo de referência, foi usada a Tabela de Custas e Emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para demonstrar os custos iniciais que a lide teria no âmbito judicante Estatal. Juntamente, pretende-se averiguar a asserção de que a Arbitragem é um instituto caro, afinal, a lógica de caro é necessariamente relativa – aquilo que é caro, o é em relação a algo.

Por fim, pretende-se observar como a relação jurídica que dá força à eleição jurisdicional da arbitragem pode terminar sendo utilizada como uma ferramenta de remoção do Acesso à Justiça, pervertendo o objetivo final da Arbitragem e utilizando-se da sua eficácia como uma barreira que impedirá um litigante de apresentar sua lide à um juízo de solução imperativa.

2. ARBITRAGEM, UMA PORTA DO TRIBUNAL

A arbitragem é um instituto milenar que compete em idade com a própria jurisdição estatal, segundo Pedro A. Batista Martins¹. O autor observa a já presente Arbitragem na Roma e Grécia clássicas, como instituto normalmente utilizado pelos povos que lhes precederam. O autor recorda a presença do instituto nas sociedades patriarcais onde os membros dos *gens* traziam suas lides para serem solucionadas pelo patriarca, ou ancião. Assim, reconta o mencionado autor que apenas cabia aos litigantes satisfazer-se com a solução apresentada, por força do respaldo social tido pela opinião do árbitro-ancião.

Assim o é em função da sua estrutura essencialmente simples, e, forte liberdade constitutiva e reestruturadora, que permite à Arbitragem cruzar a história humana lado-a-lado com tantos Estados vividos pelos povos.

A noção intuitiva do tribunal, enquanto órgão judicante, que é acessado por aqueles com litígios em mãos à procura de solução é bastante similar perante a história. Até sua própria concepção arquitetônica tem um caráter linear. Seja um tribunal no fórum romano, a suprema corte de Nova York, a corte de Haia ou o emérito Fórum Ruy Barbosa, todas essas edificações ressonam em suas enormes fachadas, escadarias, uma grande porta única e direta para por as lides e os litigantes cara-a-cara com os julgadores.

A história contemporânea, contudo, mostra que essa porta não é grande o suficiente. O Relatório Justiça em Números², do Conselho Nacional de Justiça, ano base 2017, aponta que mesmo com a força tarefa de quase meio milhão de colaboradores, a justiça nacional ainda enfrenta aumentos no todo de processos pendentes de julgamento: Problemas apresentados estão ficando presos no interstício da máquina judiciária. Ainda, demonstra que a taxa de litigância do país apresenta aumentos, fato que não contribui para o afilamento das estatísticas processuais.

¹ Disponível em: <http://batistamartins.com/en/arbitragem-atraves-dos-tempos-obstaculos-e-preconceitos-sua-implementacao-no-brasil/>

² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/>, p. 31-33.

É com essa situação em mente que o CNJ produziu a Resolução 125/2010, que deflagrou a Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. A eficiência das operações do judiciário, bem como a capacidade de acessar o sistema de justiça são objetivos estratégicos do poder judiciário (CAHALI, 2017, p. 67). O autor também alude à necessidade de se consolidar uma política perene para o incentivo e melhoramento dos meios alternativos de solução de conflitos.

Essa é uma tendência internacional, que já vem sendo abordada há algumas décadas noutros países. Em 1976, na conferência nacional (americana) nas causas de insatisfação com a administração judiciária³, o professor Frank E. A. Sander primeiro difundiu seu conceito de tribunal multiportas.

Pretendeu o professor reestruturar esse caráter linear do sistema judiciário para incluir múltiplas ferramentas de soluções de conflitos, dentre as quais, estava inclusa a Arbitragem.

É a mesma posição que tomaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 71) ao apresentar uma gama de medidas variando de sugestões procedimentais, incrementos do pessoal trabalhando para o judiciário, até a inclusão de novas formas privadas ou informais para solução litigiosa. Para os Autores a visão de um problema de acesso à justiça complexo, levaria necessariamente à soluções igualmente complexas.

2.1. ESTRUTURA DA ARBITRAGEM

Na letra de Francisco José Cahali (2017, p. 119), A arbitragem é um método de solução heterocompositiva de conflitos, utilizada por pessoas capazes e acordantes. Para o autor essas pessoas irão então, tratando de litígios emersos ou por emergir, eleger terceiro, ou um colégio de terceiros para que, imperativamente às partes, solucionem a controvérsia, sem intervenção estatal, mas com força de decisão judicial.

Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p 16), define a arbitragem como:

meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por meio do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo judicial

³ *National Conference on the dissatisfaction with the administration of Justice*, Saint Paul, Minnesota. 7-9 de Abril de 1976.

Carlos Alberto Carmona (2009, p. 31), define a arbitragem como uma forma alternativa de solução de controvérsias, através da intervenção de terceiro(s) convencionada pelos litigantes. Decidirão, portanto, com base nessa convenção, afastada cognição judicial, ficando a decisão empoderada de status de decisão judicial, sendo método acessível a qualquer um que queira submeter seus litígios patrimoniais à apreciação.

José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheim e André Luís Monteiro (2019, p.33), em sua obra definem a arbitragem como:

(...) um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade.

Após conceituar o instituto, os autores pugnam uma metadefinição da Arbitragem. Determinam que qualquer que seja a definição estabelecida, esta deve tocar em quatro pontos. Primeiramente, deve tratar do caráter de arbitragem como meio de solução de conflitos. Após, deve tocar na manifestação da autonomia privada das partes como figura constituinte do conceito. Em terceiro lugar deverá descrever o terceiro nas suas características de imparcialidade e empoderado para promover decisões. Por fim, as definições têm que aludir à força da Arbitragem de gerar coisa julgada material.

Depreende-se das definições dos autores algumas observações, facilmente consubstanciadas na Lei federal 9307/96, a “Lei da Arbitragem”. Há o caráter heterocompositivo aludido por DIDIER (2016, p. 171) que pugna que a arbitragem “É, técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É portanto, heterocomposição.” Expresso no artigo 1º da Lei federal 9307/96: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”, onde, permitindo que as partes submetam à arbitragem lides, observar-se-á que estas foram apresentadas para receber provento jurisdicional que escapa ao judiciário.

O instituto tem poder de gerar coisa julgada material, conforme o artigo 31 que referencia o poder de gerar efeitos tais quais aqueles da sentença proferida pelo integrante do Poder Judiciário.

A sua pactuação deriva necessariamente do firmamento de um acordo que lhe autoriza como se depreende do artigo 1º conjugado ao 3º. Finalmente, apesar de ser da lógica do instituto, a *contrario sensu* dos artigos 7º e 22-A que permitem a presença do poder judiciário incidentalmente, por exemplo, seu firmamento afasta imediatamente a análise estatal da lide.

Considerando a jurisdição como poder de resolução de controvérsias, não seria relevante o caráter público ou privado do sujeito observado. Porquanto seja sabido que não há uma eliminação do âmbito estatal, (CAHALI, 2017, p. 130-131) demonstra que os poderes executivos e coercitivos são retirados do árbitro.

Imperioso então concluir que a atividade criativa exercida pelo árbitro é exclusivamente de conhecimento e cautelar – na medida que o árbitro não tem poder para ordenar a movimentação do aparato violento estatal para cumprimento de seu comando.

2.1.1. Ditames da lei da arbitragem – Conceituação das convenções arbitrais e seus efeitos

O artigo 3º da Lei de Arbitragem apresenta a convenção de arbitragem como o método através do qual particulares instituem a apreciação arbitral frente aos seus litígios.

Para Carlos Alberto Carmona (2009, p. 79) a convenção de arbitragem tem dois efeitos, primeiramente, vincula as partes litigantes, quanto aos litígios presentes e futuros, forçando-se mutuamente a submetê-los à apreciação exclusiva de corte arbitral. Como pacto processual, ainda, afasta a jurisdição estatal das lides que estão emersas ou emergirão, ainda que sequer haja a instauração de um procedimento arbitral.

Observe-se que Carmona ao separar esses dois efeitos está reconhecendo uma característica muito importante para esse trabalho: Existe um ônus contratual firmado pela convenção arbitral entre os pactuantes, qual seja, o de não apresentar suas demandas frente ao poder judiciário. Conquanto a jurisprudência das cortes superiores do país é pacífica no sentido de admitir a arbitragem como constitucional,

e, não reconhecer defeito no acesso à justiça pelo firmamento de convenção arbitral, há de se observar que a obrigação de não litigar frente ao judiciário é um fato.

Enquanto é visível que a obrigação de não buscar jurisdição estatal (pois fora feita uma eleição pela jurisdição privada) está o respeito à normatividade fundamental condicionado ao acesso àquela jurisdição privada. Ficando inacessível de fato aquela jurisdição, não pode o pactuante ora restar sem nenhuma jurisdição.

A convenção arbitral é gênero que abarca duas espécies: A cláusula compromissória e o compromisso arbitral. É o que se depreende da redação dos artigos 4º e 9º da lei federal 9.307/96, e é como compreendeu e observou o Superior Tribunal de Justiça, ao promover o julgamento da SEC 1210 GB, 2006/0185918-6⁴, onde o então ministro Fernando Gonçalves manifestou:

A única diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo de árbitros uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas futuras que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p. 90) descreve a cláusula compromissória como “espécie de convenção de arbitragem mediante a qual os contratantes se obrigam a submeter seus futuros e eventuais conflitos que possam surgir do contrato à solução arbitral.”. Significa dizer, segundo o autor, que o fato marcante da cláusula compromissória, e o que lhe difere de forma marcante de sua irmã, é que esta é formulada previamente ao litígio. Há um caráter de anterioridade e prevenção à cláusula compromissória.

Francisco José Cahali (2017, p. 157) descreve a previsibilidade da cláusula compromissória como um estado de confiabilidade das partes no honrar dos seus compromissos, ao passo que já preveem que um eventual descumprimento desses não mais seria observado pelo juízo estatal.

A diferenciação então da cláusula compromissória para o compromisso arbitral reside de forma central na existência prévia ou não do litígio, contudo, uma vez firmadas, para a deflagração do processo, seus efeitos são indiscerníveis.

⁴ Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acessado em 01/05/19

2.2. CARÁTER CONTRATUAL VERSUS JURISDICIONAL

Segundo o professor Francisco José Cahali (2017, p. 127), a discussão a respeito da natureza jurídica da arbitragem é antiga, e já levantou diferentes correntes de opinião. Explica o Autor que haveria 4 correntes diferentes de opinião quanto à esta natureza: A contratual-privatista, a jurisdicional-publicista, a intermediária ou mista e a autônoma.

A natureza jurídica da arbitragem é certamente assunto substancial na doutrina nacional, mas que possui importância não meramente acadêmica ou teórica, mas sim também deterá consequências práticas (FITCHNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, p.34).

Contudo, para Carlos Alberto Carmona (2009, p. 26-27) e Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p 18), a discussão tomou golpe de morte com a edição da Lei da Arbitragem, e conseqüentemente com os ditames estabelecidos na norma.

Contudo, considerando o caráter histórico e a ainda relevante consequência da discussão, observemos as posições contrárias principais, e as posteriores à elas.

2.2.1. Argumentos pró contrato

A teoria *privatista*, conforme denomina Francisco José Cahali (2017, p. 127-128) é aquela que pretende na arbitragem simplesmente uma produção de um negócio jurídico. A arbitragem, portanto, representaria meramente uma concretização do acordo pactuado entre os arbitantes. Nessa senda, o árbitro nada mais exerceria contra as partes que a própria vontade destes que lhe imbuíram contratualmente da obrigação que estabelecer.

Giuseppe Chiovenda é um dos maiores expoentes da respectiva teoria, tendo manifestado claramente que a carta arbitral pela vontade da lei, material ou processual, não tem como impor a formação da coisa julgada se não decretada pelo julgador da jurisdição de onde fora proferida. Este entendimento tem em suas razões fortemente a necessidade imposta pela lei italiana da época de promover a homologação judicial da sentença arbitral, ficando pouco crível que o doutrinador manteria sua posição noutra situação (FITCHNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, p.34).

As consequências diretas da assunção da teoria contratualista ou privatista são a prevalência absoluta da autonomia da vontade sobre o processo arbitral. Portanto:

A atribuição ao árbitro para decidir nada mais seria do que o cumprimento do contratado, ou seja, a outorga a terceiro da autoridade de escolha da forma como um contrato será adimplido, ou a autoridade para solucionar o impasse pela contratação das partes neste sentido. (CAHALI, 2017, p.128)

Isso importa dizer que para gozar da solução efetiva que o procedimento arbitral produzisse, seria necessário posteriormente manter a manifestação de vontade que originalmente produziu a convenção arbitral. Noutras palavras, tratando-se de um contrato, era simplesmente integrante do plano da realidade a possibilidade do mesmo não ser cumprido, e, assim, perder-se a razão de ser da ferramenta.

Luis Antônio Scavone Junior (2016, p.1-3) explica com primor a questão ao apontar que o instituto da arbitragem já estava presente no ordenamento desde antes do código civil de 1916, situado dentre as formas indiretas de pagamento, não encontrando sucesso como forma de dissolução de conflitos, uma vez que ficava o outrora nomeado “laudo arbitral” sujeito à homologação sentencial – e com ela todo o arcabouço recursal do processo civil.

Ainda hoje, os professores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2019, p. 204-206) suportam o caráter privatista da arbitragem. Os autores acreditam que a consideração de jurisdicionalidade do instituto é uma errônea atribuição desta característica calcada na má interpretação das consequências da não revisão judicial de mérito das decisões arbitrais. Os autores simplesmente acreditam que “os litigantes, quando se definem pela arbitragem *exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade.*”

2.2.2. Argumento pró jurisdição

Consubstanciando o entendimento, Francisco José Cahali (2017, p. 129) observa que os *publicistas*, ou *jurisdicionalistas*, pretendem que a arbitragem seja a extensão da atividade judicante estatal. Esse Estado estende aos árbitros, por força de disposições legais, poderes, assim como fez aos juízes, no fito de solucionar os conflitos de interesse que emergem da sociedade.

Mencionando Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M.Kröll, (2003, p. 75), José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019. p. 37-38), observam que “para a teoria jurisdicional o estado permitiria a existência

dentro do seu território, seja por tolerância ou desígnio, de sistemas de justiça privadamente administrados”⁵ (Tradução nossa). E também aduzem os autores:

que isso aconteceria por força do efeito legal com o qual um estado e seu sistema legal imputa à uma convenção de arbitragem e à uma carta arbitral. Consequentemente impondo a função pública ao trabalho do árbitro⁶ (tradução nossa).

Argumentos apresentados nessa lógica são o caráter de título executivo judicial ora tido pela sentença arbitral, conforme SCAVONE (2016, p. 3), é importante reafirmar que a medida que o árbitro impõe através da sua atividade e da carta arbitral é denominada de sentença arbitral, e, que sua atividade indubitavelmente seja jurisdicional. Romper-se-ia com a ideia original de Giuseppe Chiovenda, que acreditava que a jurisdição era a atividade exclusivamente estatal de subsunção do direito ao caso concreto, que, era a maneira como o ordenamento compreendia-se antes da promulgação da Lei 9.307/96.

SCAVONE (2016, p. 3) diz que “Hoje, a arbitragem possui a mesma força de uma sentença judicial transitada em julgado, ate porque o código de processo civil coloca a decisão arbitral (sentença) no rol dos títulos executivos judiciais.”

Então, pode-se observar a presença dos argumentos como a exequibilidade, de caráter idêntico à sentença judicial transitada em julgado, bem como o estatuir dos árbitros dos deveres e atributos do juiz, como determina o artigo 17 da lei 9.307/96: “Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.”

Contudo, há de se observar que o argumento jurisdicional é abalado pelos poderes acumulados pelo árbitro, esses, são substancialmente menores em diversidade que os dos juízes.

Luiz Antônio Scavone Júnior (2011, p 18) contribui para a discussão apontando que é irrelevante se o árbitro não é permitido tomar certas decisões, afinal, está se analisando a jurisdicionalidade das decisões que ele efetivamente toma. Com o

⁵ LEW, MISTELIS e KRÖLL (2003, p.75) “the state allows within its territory privately administered justice systems (delegated justice or parallel justice) by way of assignment or tolerance” Tradução nossa.

⁶ LEW, MISTELIS e KRÖLL (2003, p.75) “this follows from the legal effect which a state and its legal system attaches to an arbitration agreement and to an arbitration award. Consequently, arbitrators exercise a public function.

caráter executivo judicial que é dado às sentenças arbitrais, o autor não se compatibiliza com outro entendimento que não o da arbitragem como jurisdicional.

Nos excelentíssimos termos de Carlos Alberto Carmona, em artigo à revista dos tribunais, (1990, p. 33 - 40):

“Desta maneira simplista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão. O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional.”

E arremata:

“Em síntese, a discussão sobre arbitragem e jurisdição não é meramente acadêmica. A jurisdicalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu. Resta saber se haverá coragem suficiente para libertar o instituto das teias a que se encontra preso para torná-lo novamente útil e viável a nível interno, equiparando – a nível internacional – nossa antiquada legislação sobre a matéria aos modernos sistemas europeus.”

No advento da Lei da Arbitragem, Francisco José Cahali (2017, p. 129-131) convence-se da vitória argumentativa da ideia jurisdicional da arbitragem. Contudo, o mesmo adverte que a discussão acerca da jurisdicionalidade não pode se abster da própria especificação do termo “jurisdição”.

Carlos Alberto Carmona (2009, p. 26-27) denomina de tacanho o entendimento mantido por alguns processualistas mais conservadores quando da exclusividade de jurisdição do processo chefiado pelo julgador estatal. Para o Autor, a pretensão de exclusividade da jurisdição estatal é excessivamente confiante na competência estatal. O autor cita Giovanni Verde (1985, p. 168): “[A] experiência tumultosa dos últimos quarenta anos nosso demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado.”

2.2.3. Soluções híbridas

Francisco José Cahali (2017, p. 129) aponta a existência de duas outras dissidências, uma consolidativa e a outra alternativa às tentativas anteriores de explicação da natureza da Arbitragem. Qual sejam, a teoria intermediária, ou mista, e a teoria autônoma.

Ao tratar do assunto, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 27) admite uma posição objetiva, superando a discussão simplesmente doutrinária, aponta que indiscutivelmente, a origem contratual da Arbitragem, seus efeitos e percurso procedimental fortemente alinhados e subsumidos à normatividade processual, e por fim a assunção de força de decisão judicial. Demonstra então que qualquer das teorias “puras” tem defeitos graves.

A corrente mista aponta que nenhuma das acepções – jurisdicionais ou contratuais – tem razão unissonante. Conforme remonta Francisco José Cahali (2017, p. 129), é impossível ignorar os efeitos que a liberdade negocial tem para originar a arbitragem, mas é igualmente impossível pretender que uma vez originada ela exista destacada de uma ordem jurídica que a sistematize.

Conforme o autor, existe também a teoria autônoma, pela qual observa-se que a arbitragem possui um sistema de solução de lides destacado e removido doutros sistemas jurídicos. Assim, as suas características particulares teriam prevalência, independentemente de valores jurídicos locais, por exemplo. À internacionalidade de muitos procedimentos arbitrais, essa posição tem extrema importância, pois cria independência forte das normatividades nacionais. Assim, fatos tidos dentro do território podem escapar à aplicação da norma local por força desse entendimento quanto à natureza arbitral.

3. O CUSTO DE ARBITRAR

A atividade jurisdicional importa em trabalho. Trabalho, por sua vez, importa em esforço, e esforço gera custos. Sejam pela remuneração daqueles que o exercem, sejam pelos insumos que estes usam para proceder às suas atividades, os custos que surgem de uma atividade são os permissores da sua manutenção.

Os custos de arbitrar dividem-se genericamente em dois: os custos das partes, e os custos das cortes. A Câmara de comércio internacional – CCI, emitiu documento analisando os custos adimplidos pelas partes, denominado “*Decisions on Costs in Internation Arbitrations*”⁷. Mister promover uma diferenciação direta para evitar problemas linguísticos: A expressão *costs* do inglês tem uma importante diferenciação semântica.

Ao português a expressão custo significa, na definição do dicionário Michaelis, “Preço por que se compra uma coisa; Valor em dinheiro pago;”. Contudo, para o inglês, além das visões apresentadas para o custo, no singular, a versão pluralizada *costs* traz um significado a mais, segundo o dicionário Cambridge: “Quantidade de dinheiro necessária para um negócio ou para cumprir uma tarefa em específico” (Tradução nossa)⁸. Apesar de similares, a visão da língua anglo-saxã da expressão faz com que na construção da escrita – especialmente no jargão jurídico – que trata de alocação de custos trate não só daquelas coisas que pagas foram durante o curso da arbitragem, mas sim também aqueles custos que por força da arbitragem foram implicados. Isso significa dizer que quando tratando de *costs* o relatório da câmara trata de custos com testemunhas das partes, com a contratação de experts, com as *legal fees* pagas pelos litigantes, etc. Temos então que por *costs* devem-se ler todas os prejuízos financeiros que para promover o ato de litigar foram sofridos por todas as partes.

No corpo do documento, a comissão de arbitragem e *Alternate dispute resolution* da câmara discute a natureza e origem destes custos. Os custos discutidos à seguir no trabalho são aqueles referentes à atividade das cortes, as custas que são

⁷ Disponível em <https://iccwbo.org/>. Acessado em 01/05/19.

⁸ “the amount of money needed for a business or to do a particular job”. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org>, acessado em 01/05/19.

imprescindíveis ao decorrer da atividade jurisdicional, mas que são gerados dentro do âmbito do processo e por atividade da corte.

Não se tratará diretamente aqui das custas suportadas pelas partes, pois, o âmbito da pesquisa realizada não as abarca. Considerando o caráter privado da Arbitragem, o levantamento de custos das partes individuais torna-se inviável, conforme respeita-se o sigilo devido. Além, a comparação da existência de custos com a defesa não importa paralelo de diferenciação com o poder judiciário.

A própria Câmara ao tratar do assunto – de uma posição privilegiada quanto ao acesso à informação – o faz de forma altamente seletiva, observando os critérios aplicados para a determinação de responsabilidade sobre esses custos. O apêndice A do relatório traz a seguinte informação quanto a seu conteúdo:

Muitos tribunais arbitrais consideraram se as partes entraram num acordo contratual ou não sobre a responsabilidade de suportar os custos. Onde não houve tal acordo, eles então tenderam a tomar uma de duas aproximações: (i) conceder o pagamento dos custos total ou parcialmente da parte vencedora, ou (ii) aportar igualmente os custos entre as partes. Uma Terceira visão foi alocar os custos entre as partes sob medida, levando em consideração as circunstâncias específicas do caso, ao invés de partir de um princípio de perdedores pagam ou de divisão igualitária dos custos.⁹
(Tradução nossa)

Então, passaremos ao escrutínio dos custos aferíveis, e, de igual importância, da maneira e momento que estes são requeridos das partes nos procedimentos arbitrais das cortes apresentadas.

3.1. AS CUSTAS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Esta parte do trabalho é dedicada à análise das disposições de cortes arbitrais no país que tratam do relacionamento entre o adimplemento das custas com as práticas de atos ou a própria instituição da Arbitragem entre as partes. Assim, observar-se-á a maneira como as cortes tratam nos seus regimentos internos o custeio, e as consequências que sua incidência no processo arbitral comina.

Conforme manifestaram José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019. p. 61) “Cumpramos registrar, por fim, que *não incluímos o custo da*

⁹ Many arbitral tribunals considered whether the parties had entered into a contractual agreement over the allocation of costs. Where there was no such agreement, they then tended to take one of two approaches: (i) allocate all or part of the costs to the successful party, or (ii) apportion costs equally between the parties. A third approach was to apportion costs between the parties on a bespoke basis, taking account of the specific circumstances of the case, rather than starting from the principle of the loser pays or equal apportionment.” Appendix A of the Report of the Decisions on Costs in International Arbitration, 2015.

arbitragem nesta avaliação porque inexistem dados estatísticos que demonstrem esses números”. Assim, premente a advertência doutrinária, pretende-se basear a análise nos regimentos e respectivos custos de fato, extraídos dos corpos dos documentos emitidos pelas cortes.

Note-se que a letra expressa da Lei 9.307/16 determina no seu artigo 19 que “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”. Desta forma, analisar as diferentes formas de procedimento do custeio é imperativo, visto que o critério de instituição da arbitragem conforme explícito no diploma legal supra lei não importa necessariamente no pagamento. Já há arbitragem quando da nomeação do árbitro e seu respectivo aceite. Assim, porquanto a falta do pagamento possa levar à ruína do processo arbitral, não se pode negar que ele já existira, com seus respectivos efeitos em consequência.

Ainda, analisar-se-á a natureza das formas de custeio, o destino especificado pelas cortes para os respectivos valores e as consequentes implicações do custo estabelecido para o ato a si atribuível.

3.1.1. Procedimentos em Cortes Brasileiras

Para estabelecer devidamente um recorte de análise, e mantendo-se nos parâmetros da pesquisa deste trabalho, as cortes a serem escrutinadas principalmente serão aquelas filiadas ao CONIMA que fazem a publicização dos seus respectivos regimentos internos. Considerando que o regramento da matéria é sujeito à livre disposição contratual, a observação será feita pelo regramento das cortes que satisfaria o vazio consensual. Conforme é determinado na 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.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.”

Permissivo ao árbitro ou o tribunal arbitral decidir quanto ao desdobramento do procedimento na ausência de regramento contratual, observemos como as cortes do CONIMA decidiram por regar o processo arbitral dentro das suas instituições.

3.1.1.1. Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES

O regimento interno da Cames¹⁰ ilustra de forma interessante a relação existente entre pagamento e instituição da Arbitragem. Seu artigo 3º estabelece claramente a forma de adstrição dos atos praticados à tabela de custas, impondo de forma visível a correlação natural entre prática dos atos e respectivas necessidades de custeio. Contudo, não há nenhuma disposição temporal – isto é, não há imperatividade genérica de pagamento prévio para prática dos atos.

Na forma como fica exposto no artigo 3º, não existe correlação de causa e efeito entre satisfação das custas e prática dos atos. Observe-se como a disposição procedimental estabelecida no artigo 50 do mesmo regimento rege o fluxo processual:

“Art. 50. Após a nomeação do Tribunal Arbitral, será elaborada a minuta do Termo de Arbitragem, que deverá conter:

(...)

VIII – a determinação da forma de pagamento dos honorários dos Árbitros e da taxa de administração, bem como a responsabilidade pelo pagamento das despesas da arbitragem;

IX – critérios para fixação de honorários sucumbenciais;”

Fica visível que a corte não adotou inteiramente um sistema de “*no pay, no play*”, demonstrando que poderá existir a instituição de procedimento arbitral mesmo não havendo ainda a satisfação das custas integralmente. De mesma maneira, a própria corte prevê uma atividade judicante na decisão de alocação de responsabilidade sobre as custas – à clara exceção do convencionado – onde discussões sobre capacidade real de custeio podem emergir e alterar a alocação de responsabilidade pelo pagamento. A lógica apontada fica acentuada quando observando *a contrario sensu* o seu artigo 30, que trata de medidas de urgência. Observe-se:

“Art. 22. O Árbitro de Emergência que vier a decidir a questão fará jus ao recebimento de remuneração específica, correspondente a 30% (trinta por cento) da Tabela de Custas e Honorários da CAMES, e **adiantada pela parte que requereu a medida**, não podendo o Árbitro de Emergência compor o Tribunal Arbitral que decidirá de forma definitiva a controvérsia, nem qualquer outro que envolva questão conexa.” (grifos pessoais)

¹⁰ Disponível em <https://www.camesbrasil.com.br/>, Acessado em 01/05/2019.

Quando da necessidade de custeio prévio, antecipado, a redação do regimento deixa expressamente clara a forma. Da redação do artigo 22 do referido regimento da corte, pode-se entender a postura adotada pela corte quanto à pagamento e custeio. Que este pagamento não é um pressuposto processual nos procedimentos daquela organização, mas sim, um ato que integra a prática do procedimento arbitral. Seu descumprimento – ou impossibilidade de cumprimento – então, não importaria *de per si* a inexistência, ou precarização da arbitragem, mas sim um caminho processual que implica na aplicação de uma outra solução procedimental.

“Art. 68. A sentença arbitral proferida deverá ser fundamentada e produzirá os efeitos previstos no art. 31 da Lei nº 9.307, de 1996.

(...)

§ 5º A sentença arbitral apenas será entregue às partes após o pagamento integral das custas e honorários, ficando facultado a uma das partes antecipar o pagamento das custas e honorários devidos por outra, sem prejuízo do disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º A sentença arbitral definirá a responsabilidade da parte vencida de ressarcir a parte vencedora quanto às custas e honorários suportados na arbitragem, exceto disposição em contrário na convenção de arbitragem.”

A solução encontrada pela corte é simples e prática. Ela não se nega a produzir o provimento jurisdicional, mas meramente de emití-lo. Uma vez não entregue o mesmo, toda a discussão sobre responsabilidade de custeio, sobre fatos e direitos incidentes sobre este está consolidada. Havendo qualquer alteração de ônus de custeio, já estará ali definido, não quem será, mas sim quem é o responsável pelo pagamento de qualquer custo pendente.

	TJBA	CAMES				
Valor da Causa	Custas	Inicial	Adm	Hon	Total	Disparidade
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 9,698.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 9,636.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 9,547.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 9,245.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 8,870.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 8,870.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 8,492.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 8,204.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 7,865.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 7,865.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 7,530.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 7,530.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 6,660.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 6,250.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 0.00	R\$ 4,000.00	R\$ 6,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 5,000.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 0.00	R\$ 7,500.00	R\$ 12,000.00	R\$ 19,500.00	R\$ 14,406.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 0.00	R\$ 7,500.00	R\$ 12,000.00	R\$ 19,500.00	R\$ 13,250.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 0.00	R\$ 7,500.00	R\$ 12,000.00	R\$ 19,500.00	R\$ 12,000.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 0.00	R\$ 8,500.00	R\$ 15,250.00	R\$ 23,750.00	R\$ 15,000.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 0.00	R\$ 8,500.00	R\$ 15,250.00	R\$ 23,750.00	R\$ 13,750.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 0.00	R\$ 9,500.00	R\$ 18,500.00	R\$ 28,000.00	R\$ 16,750.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 0.00	R\$ 9,500.00	R\$ 18,500.00	R\$ 28,000.00	R\$ 15,500.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 0.00	R\$ 10,500.00	R\$ 21,750.00	R\$ 32,250.00	R\$ 18,500.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 0.00	R\$ 10,500.00	R\$ 21,750.00	R\$ 32,250.00	R\$ 17,250.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 0.00	R\$ 11,500.00	R\$ 25,000.00	R\$ 36,500.00	R\$ 20,250.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 0.00	R\$ 11,500.00	R\$ 25,000.00	R\$ 36,500.00	R\$ 19,000.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 0.00	R\$ 12,500.00	R\$ 28,250.00	R\$ 40,750.00	R\$ 22,000.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 0.00	R\$ 12,500.00	R\$ 28,250.00	R\$ 40,750.00	R\$ 20,750.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 0.00	R\$ 13,500.00	R\$ 31,500.00	R\$ 45,000.00	R\$ 23,750.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 0.00	R\$ 13,500.00	R\$ 31,500.00	R\$ 45,000.00	R\$ 22,500.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 0.00	R\$ 14,500.00	R\$ 34,750.00	R\$ 49,250.00	R\$ 25,500.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 0.00	R\$ 14,500.00	R\$ 34,750.00	R\$ 49,250.00	R\$ 24,250.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 0.00	R\$ 16,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 56,000.00	R\$ 26,000.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 0.00	R\$ 17,500.00	R\$ 43,500.00	R\$ 61,000.00	R\$ 26,000.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 0.00	R\$ 19,000.00	R\$ 47,000.00	R\$ 66,000.00	R\$ 28,500.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 0.00	R\$ 19,000.00	R\$ 47,000.00	R\$ 66,000.00	R\$ 27,365.46
		Menor disparidade				R\$ 5,000.00

Em média, conforme analisado, os custos iniciais com a cortes são R\$4.375,00, com uma disparidade média para as custas do Tribunal de Justiça do estado da Bahia de

R\$ 15.098,26. As custas iniciais correspondem em média a 29% dos custos totais da corte.

3.1.1.2. Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem empresarial – CBMAE

A Câmara privilegia topograficamente sua disposição introdutória quanto ao pagamento, isto é, o faz no terceiro artigo do seu regimento interno¹¹. Diz este artigo que as partes que avençaram por escrito em solucionar suas controvérsias por arbitragem frente àquela corte devem formular um requerimento à secretaria geral desta, contendo, dentre outros: “Art. 1º, VI – O comprovante do pagamento das custas iniciais estabelecidas em conformidade com o regulamento de custos adotado pela CBMAE.”

Subsequentemente, as disposições mais específicas relativas às custas não se encontram esparsas pelo regimento, mas sim agregadas num adendo ao regimento interno, denominado em conformidade “Regulamento de Custas.” Antes de passar à análise deste anexo do documento, observar-se-á os dizeres do seu artigo 22.

O vigésimo segundo artigo do referenciado regulamento trata de diferenciar as formas de custas, especificando-as de forma subjetiva em classes, isto é, as custas observadas do viés do sujeito que lhe gera ou lhes custa. Para o artigo, dividem-se em cinco categorias, tratadas a seguir.

“I. Honorários, custos de viagem e despesas dos árbitros, indicados de forma individualizada;”. Visivelmente, trata dos honorários especificamente dos Árbitros eleitos para a causa, bem como da satisfação das suas necessidades causadas pelo deslocamento para julgar ou ser instruído da lide.

“II. Custos com a assistência ao tribunal, incluindo seus peritos, tradutores e intérpretes;”. Valores pagos por força de atividades acessórias ao desenvolvimento do procedimento que seriam únicos à matéria discutida, associados à produção probatória e instrução genérica do processo, exceto os dispostos no IV, a seguir.

“III. Custos relacionados com a solicitação de medidas emergenciais;” e “IV. Despesas com viagens e outros gastos realizados com testemunhas, desde que aprovados pelo tribunal arbitral;”. Ambos autoexplicativos na sua determinação, e,

¹¹ disponível em <http://www.cbmae.org.br>, acessado em 01/05/2019

também submetidos a um juízo de apreciação e concessão pelo julgador arbitral, necessariamente, essas despesas não têm previsibilidade e só poderiam ser compreendidas após a instituição da arbitragem, e sucessivo requerimento.

Despesas realizadas com a defesa da parte; A disposição do artigo 22, V do regimento traz uma noção de sucumbência do derrotado, num sistema de “*Loser pays*” descrito pelos professores americanos Theodore Eisenberg e Geoffrey P. Miller na sua publicação à Revista Cornell Law Review (2013, p.327) como a Regra Inglesa, a disposição que implica na parte perdedora de uma lide sendo responsável pelo custeio dos prejuízos com a contratação de auxílio legal de um advogado pela parte contrária. Conforme a disposição legal processual genérica brasileira – o código de processo civil – por natureza da arbitragem, e disposição expressa do artigo 21 da Lei 9.307/96, não tem aplicação direta o código, e assim, a noção comum ao ordenamento brasileiro de sucumbência da parte perdedora necessita de disposição especial – que fez a corte nesse inciso do artigo. Essa disposição então determina ainda novo e importante custo para o procedimento arbitral, ora que o vencido terá também que arcar com custos de aconselhamento e representação do vencedor, uma vez que este tanto o reclame em autos e o árbitro lhe tenha como justo.

O anexo ao Regimento Interno, o Regulamento de Custas, trata de dar disposições específicas a custos de certa natureza. Diferentemente do operado no artigo 22, este separa as custas objetivamente, abandonando o caráter de quem e como foi gerado o custo, para a adoção de três parâmetros: “Taxa de registro”, “Taxa de Administração” e “Honorários do Especialista”.

Inicialmente, o referido regulamento repete a disposição inscrita nos incisos do primeiro artigo do regimento ao determinar que “1.1 A taxa de registro é o valor a ser pago para que seja instaurado o procedimento.”, e, observando subsequentemente o item seguinte que a parte deve instruir o requerimento de instauração da arbitragem com o comprovante de pagamento desta.

Observe-se que é relevante o valor requerido, por força do seu caráter de pressuposto para a deflagração do processo, contudo, é quase irrisório seu valor quando percentualmente comparado com a íntegra da tabela de custas. Nos termos dos valores analisados no presente trabalho, o percentual da média das taxas de

registro em comparação com o valor total das custas elencadas, leva a apenas o *quantum* de apenas cerca de dez por cento da taxa de registro em comparação ao valor global devido em tese. Assim, porquanto a taxa em questão tenha valor de pressuposto, este mesmo pressuposto não parece ter vulto frente ao todo que pretensamente é devido pelo uso do procedimento arbitral naquela corte.

Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem empresarial – CBMAE				
Valor da Causa	TJBA	Taxa Adm	Hon	Disparidade
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 22,198.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 22,136.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 22,047.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 21,745.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 21,370.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 21,370.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,992.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,704.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,365.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,365.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,030.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 20,030.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 19,160.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 18,750.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 17,500.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 17,406.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 16,250.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 15,000.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 1,500.00	R\$ 22,500.00	R\$ 13,750.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 2,000.00	R\$ 26,400.00	R\$ 16,400.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 2,400.00	R\$ 30,100.00	R\$ 18,850.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 2,800.00	R\$ 33,600.00	R\$ 21,100.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 2,800.00	R\$ 37,100.00	R\$ 23,350.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 3,000.00	R\$ 40,600.00	R\$ 25,600.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 3,200.00	R\$ 44,100.00	R\$ 27,850.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 3,400.00	R\$ 47,600.00	R\$ 30,100.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 3,600.00	R\$ 51,100.00	R\$ 32,350.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 3,800.00	R\$ 54,600.00	R\$ 34,600.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 4,000.00	R\$ 57,100.00	R\$ 35,850.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 4,200.00	R\$ 59,600.00	R\$ 37,100.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 4,600.00	R\$ 62,100.00	R\$ 38,350.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 4,600.00	R\$ 64,600.00	R\$ 39,600.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 4,800.00	R\$ 68,800.00	R\$ 38,800.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 4,800.00	R\$ 68,800.00	R\$ 33,800.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 4,800.00	R\$ 68,800.00	R\$ 31,300.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 5,000.00	R\$ 73,000.00	R\$ 34,365.46
			Menor disparidade	R\$ 13,750.00

Conforme as disposições do procedimento, os custos iniciais médios com a corte são de R\$ 2.536,89, em média a disparidade de custos para o Tribunal de Justiça do

Estado da Bahia é de R\$24.737,15. Os custos iniciais importam em 10,4% do valor total.

3.1.1.3. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA

O Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem designa o regramento das custas e seu pagamento em dois documentos separados: O Regulamento de Arbitragem¹² e o Regimento de Custas¹³.

O Regulamento de Arbitragem determina inicialmente no item 3.3 o momento de pagamento das custas elencadas: “3.3. O Pedido de Instauração de Arbitragem deverá conter o comprovante de pagamento dos valores fixados pelo Centro previamente à instituição da arbitragem e também:”.

Já em seu item 14.7., o regimento adiciona a possibilidade do árbitro modular quem será o responsável pela satisfação dos custos da Arbitragem. Note-se:

“14.7 A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas havidas 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.”

Não é imperativo aqui afirmar que a corte adotou o modelo de sucumbência comum ao direito processual brasileiro. Mas, importa sim dizer que o regimento interno lhe opôs essa faculdade. O mesmo regimento em seu preâmbulo e item 1.1, reforça a adstrição contratual das partes que elegeram esta corte para a solução da sua controvérsia às disposições do regimento. Assim, novamente aludindo à normatividade procedimental ali estabelecida, e não permitindo ao árbitro escapar daquilo ali determinado.

Quando tratando em seu item 3.3 do pedido de instauração o regimento determina que deverá ocorrer o pagamento “dos valores fixados”. Essa expressão deliberadamente vaga tem seu sentido preenchido pelas disposições constantes do Regulamento de Custas da Corte.

A corte optou por dividir os custos do procedimento objetivamente, descrevendo-os e lhes atribuindo por força da sua natureza, e não da de quem lhes motivou. O regimento propõe quatro formas típicas de custos: A taxa de instituição, a Taxa de Administração, os Honorários do Árbitro e a Taxa de Indicação de Árbitro.

¹² Disponível em <http://www.cbma.com.br/>, acessado em 01/05/19

¹³ Disponível em <http://www.cbma.com.br/>, acessado em 01/05/19

A taxa de Instituição é o valor pago como contraprestação à aceitação e análise do pedido de instauração de Arbitragem, esta que deve ser integralmente paga por quem exerce o pedido, quando o fizer. É pressuposto fático da aceitação do pedido de instituição pela corte, e sem sua satisfação, a mesma não apreciará o pedido.

A taxa de administração é o corpo da remuneração da corte pelos serviços prestados, e compreende a contraprestação pela assessoria ao procedimento que a instituição provê. Esta deve ser custeada 50% no pedido de instituição da arbitragem pelo Demandante, também como requisito de admissibilidade do pedido, e 50% pelo demandado, previamente à assinatura da missiva do termo de arbitragem. Indubitável assim compreender vide o Regulamento de Custas da corte, que no seu item 2 explicita:

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

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

O valor restante a ser depositado a título de taxa de administração é de responsabilidade atribuída pelo Regulamento ao Demandado da ação, e, o termo de arbitragem só seria firmado após este respectivo depósito. Assim, para que haja a instauração da arbitragem na corte, apenas a satisfação da taxa inicial e metade da taxa de administração não é necessariamente o suficiente. Na ocasião de inadimplemento do Demandado, ainda é necessário promover o Demandante o pagamento valor que inadimpliu o Demandado, antes do firmamento do termo de Arbitragem – naturalmente compreendendo 100% da taxa de administração.

A advogada e professora Selma Lemes, em artigo escrito à Valor Econômico (2005), leciona o papel e função do Termo de Arbitragem como um organizador do procedimento. Segundo a professora, a produção do termo é uma oportunidade procedimental frequentemente adotada pelas cortes de consensualmente delimitar o escopo da lide apresentada à julgamento, explicitando ao árbitro a controvérsia à ser solucionada por este, e, no ato permitir aos árbitros entender o limite da sua atividade, desenhando também qualquer arranjo e modificação ao procedimento que

se fizer útil ao resultado do feito. Em conclusão da sua análise, a professora ressalta, contudo, que o firmamento de termo da arbitragem não é o marco da instituição desta, afinal, para que este termo seja produzido, devem estar nomeados e aceitos os árbitros que a ele também contribuiriam.

Mesmo considerando que o termo de arbitragem não é o momento inicial do procedimento, e que é plenamente possível que, instituída a Arbitragem com a nomeação e aceite dos árbitros, tenha havido manifestação do Demandante quanto à delimitação contratual de responsabilidades pelo custeio, as regras de custeio estabelecidas no conjunto dos regramentos analisados levam fatalmente à conclusão de que o sistema adotado pela corte é o do “*pay to play*”. Importa dizer que uma apreciação de qualquer pedido feito ainda seria condicionada ao pagamento de quantia substancial, cerca de 28% dos custos totais com as custas do processo, conforme analisado nas tabelas do presente. Esta figura se obtém com o pagamento regular das custas pela parte oposta, que, não acontecendo, força o valor aproximadamente à casa de 46% das custas totais. Qualquer alegação de modulação das obrigações de custeio ficaria completamente prejudicada pela natureza do procedimento do custeio.

	TJBA	CBMA				
Valor da Causa	Custas	Inicial	Adm	Hon	Total	Disparidade
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 30,698.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 30,636.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 30,547.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 30,245.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 29,870.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 29,870.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 29,492.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 29,204.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 28,865.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 28,865.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 28,530.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 28,530.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 27,660.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 27,250.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 26,000.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 25,906.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 24,750.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 23,500.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 22,250.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 21,000.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 19,750.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 4,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 31,000.00	R\$ 18,500.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 38,250.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 37,000.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 35,750.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 34,500.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 33,250.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 32,000.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 30,750.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 29,500.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 28,250.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 52,000.00	R\$ 27,000.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 45,000.00	R\$ 74,000.00	R\$ 44,000.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 4,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 45,000.00	R\$ 74,000.00	R\$ 39,000.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 4,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 45,000.00	R\$ 74,000.00	R\$ 36,500.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 4,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 45,000.00	R\$ 74,000.00	R\$ 35,365.46
		Menor disparidade				R\$ 18,500.00

Em média, conforme analisado, os custos iniciais com a cortes são R\$11.555,56, com uma disparidade média para as custas do Tribunal de Justiça do estado da Bahia de R\$ 41.611,11. As custas iniciais correspondem regularmente em média a 28% dos custos totais da corte.

3.1.1.4. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP

A Câmara estabelece um Regulamento¹⁴ que privilegia disposições sobre o procedimento, e em poucos momentos trata das custas. Trata destas genericamente no seu item 19, quando delega à Tabela de Custas¹⁵ a tarefa de regular as quantias e o momento da satisfação de seu pagamento. Contudo, as poucas disposições feitas no corpo do texto têm forte importância para o desenvolvimento do procedimento. Inicialmente, no item 5.0, o trata da produção do termo de arbitragem, no qual o texto impõe que conste a alocação de responsabilidade pelo pagamento das custas do procedimento. Isso importa dizer que, em momento posterior à instauração da arbitragem entre as partes, haverá um momento processual em que dedicar-se-á especificamente à observação de quem são os sujeitos responsáveis pela satisfação do pagamento. Logo, oportuno observar que essa disposição da câmara possibilita no processo de produção do Termo de Arbitragem abrir a discussão sobre a distribuição do ônus de custear, inclusive podendo determinar dentro do âmbito da arbitragem, da controvérsia – e, portanto, e do conhecimento do órgão julgador – fatores incisivos ao custeio.

A possibilidade de modular os ônus de custeio se faz no âmbito respeito ao princípio da igualdade, norma constitucional insculpida no corpo da Constituição Federal. Os professores José Antônio Fitchner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p.168-169) lecionam como a igualdade é compreendida como uma paridade de armas, escapando à lógica da igualdade simplesmente formal, e caminhando numa direção de igualdade fática.

A tabela de custas e honorários dos árbitros produzida pela corte traz as disposições não só quantitativas, mas largamente procedimentais também do exercício do custeio. Descreve os custos de forma objetiva, lhes elencando por categoria: Taxa de Registro, Taxa de Administração e Honorários do Árbitro.

A Taxa de registro, descrita no item 1.0 da tabela, é determinada como vencida no dia da emissão do pedido de instituição de Arbitragem. Contudo, não existe

¹⁴ Disponível em <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>, acessado em 01/05/19

¹⁵ Disponível em <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>, acessado em 01/05/19

disposição expressa – tanto no Regimento quanto nesta tabela de custas – das consequências do não recolhimento. É presumível que fique prejudicada a análise e aceitação do pedido de instauração, contudo não por disposição regulamentar da corte.

A taxa de Administração, descrita no item 2.0 da tabela, é proporcionalmente estabelecida pelo valor da ação, limitadas à teto estabelecido pela corte. Conforme disposição do item 2.3, o ônus de satisfação da taxa de administração é dividido em 50% por polo da lide, impondo 15 dias da notificação da instauração do procedimento como prazo para as partes satisfazerem as respectivas obrigações.

Os Honorários dos Árbitros serão pagos em partes iguais, por determinação do regimento, para cada um dos polos da demanda, conforme determina o item 3.1. Igualmente, esse pagamento é feito de forma fracionada e respectiva ao momento do procedimento em que se encontra a demanda. O fracionamento descrito no item aponta:

“3.4. O pagamento aos árbitros será efetuado em três parcelas, da seguinte forma:

- a) 30% (trinta por cento) na apresentação das Réplicas;
- b) 30% (trinta por cento) no término da instrução; e
- c) 40% (quarenta por cento) após a entrega da sentença.”

Importa dizer, portanto, que essa parte do custo – considerável, observe-se – só será sujeita a pagamento quando já avançada a demanda, e após a oportunidade de ambas as partes de manifestarem-se sobre suas condições de adimplir com as custas processuais ali apresentadas.

A analisada tabela apresenta no seu item 6.0 as disposições gerais referentes aos procedimentos. Nestas, apresenta tanto as sanções pelo não pagamento de custas, como respectivamente, a ferramenta das partes contrárias para evitar a aplicação dessas sanções em seu prejuízo. O item 6.3 trata precisamente da derradeira, ao permitir que outra parte não responsável por qualquer recolhimento, opere o pagamento devido pelo inadimplente – com vistas a impedir a suspensão do feito ou sua extinção. Paralelamente, o item 6.5 delimita as consequências desse não pagamento, que, pode importar numa suspensão de dois meses da lide, ou, após, torna-se permissível sua total extinção frente à corte.

Tratando dos prazos para efetuar pagamentos – sem delimitar quais pagamentos – o item 6.11 permite a concessão pelo secretário-geral da câmara de prazos

suplementares às partes para efetuar depósitos e pagamentos, aludindo a um poder modulador dos prazos estabelecidos. E, o 6.15 cumulado com o 6.16 trazem a consequência final dos custos remanescentes da arbitragem, ao fim do procedimento sendo apresentado o sumário de custos deste, a sentença arbitral deve definir a responsabilidade pelos custos dali emergentes.

Dentro da prática da corte, especialmente considerando os altos custos envolvidos com o desenvolvimento do procedimento – uma disparidade média de mais de 31 mil reais em comparação com as custas do TJBA – o custo inicial de propositura da ação paira ao redor dos 25% do custo total. Considerando o custo inicial meramente como o da taxa de propositura – o que não parece razoável tomando vista do lapso de 15 dias da aceitação da propositura para satisfação de pelo menos 50% da taxa de administração – esse percentual cairia para 8,9%. Porém, havendo inadimplência do polo alternativo, este subiria para impressionantes 40,5%, essencialmente custeando inicialmente mais de dois quintos do custo total, um peso considerável que pode impedir a propositura da demanda.

	TJBA	FIESP-CIESP				
Valor da Causa	Custas	Inicial	Adm	Hon	Total	Disparidade
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 22,698.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 22,636.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 22,547.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 22,245.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 21,870.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 21,870.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 21,492.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 21,204.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 20,865.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 20,865.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 20,530.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 23,000.00	R\$ 20,530.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 29,660.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 29,250.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 28,000.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 27,906.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 26,750.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 25,500.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 24,250.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 23,000.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 3,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 33,000.00	R\$ 21,750.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 22,500.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 11,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 56,000.00	R\$ 42,250.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 12,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 57,000.00	R\$ 42,000.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 13,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 58,000.00	R\$ 41,750.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 14,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 59,000.00	R\$ 41,500.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 41,250.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 16,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 61,000.00	R\$ 41,000.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 17,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 62,000.00	R\$ 40,750.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 18,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 63,000.00	R\$ 40,500.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 19,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 64,000.00	R\$ 40,250.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 40,000.00	R\$ 65,000.00	R\$ 40,000.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 24,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 79,000.00	R\$ 49,000.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 28,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 83,000.00	R\$ 48,000.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 85,000.00	R\$ 47,500.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 5,000.00	R\$ 30,907.63	R\$ 50,000.00	R\$ 85,907.63	R\$ 47,273.09
		Menor disparidade				R\$ 20,530.40

Em média, conforme analisado, os custos iniciais com a cortes são R\$10.609,83, com uma disparidade média para as custas do Tribunal de Justiça do estado da Bahia de R\$ 42.941,88. As custas iniciais correspondem em média a 25% dos custos totais da corte.

3.1.1.5. CEBRAMAR - CENTRO BRASIL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

A corte descreve seu procedimento no corpo do Regulamento de Arbitragem¹⁶. Em múltiplos momentos alude à possibilidade de redefinição do custeio, especialmente quando seu artigo 19 alude ao estabelecimento da responsabilidade pelo adimplemento das custas quando da produção do termo de arbitragem.

O regulamento descreve as custas de forma objetiva, lhes delimitando em 5 categorias, veja-se:

Art. 83. Constituem custas da arbitragem:

I – a taxa de registro;

II – a taxa de administração do CEBRAMAR ;

III – os honorários do Tribunal Arbitral;

IV – os gastos de viagem e outras despesas realizadas pelo Tribunal Arbitral;

V – os honorários periciais, bem como qualquer outra despesa decorrente de assistência requerida pelo tribunal arbitral.

A taxa de registro é definida como responsável pelo custeio inicial de valores para deflagração do processo, no artigo 84 do regulamento discutida como requisito de admissibilidade do feito, que deve instruir o pedido de instauração de arbitragem.

Em teoria, os custos iniciais se resumem à taxa de registro, contudo, o artigo 86 do Regulamento dispõe que é facultado ao tribunal arbitral requerer o adiantamento de 50% da taxa de administração e de 50% dos honorários dos árbitros. O regimento, contudo, não apresenta qual a fundamentação, ou situação em que a regra poderia ser aplicada.

Na ocasião de inadimplemento por qualquer das partes das custas devidas, o artigo 87 imputa à parte contrária a obrigação de satisfazer o débito, promovendo ao fim o acerto de contas. Conquanto essa disposição não soluciona o problema do hipossuficiente que vê-se em arbitragem – afinal, pode a parte contrária simplesmente não pagar – é um alento para aqueles que seriam mais seriamente afetados pelo congelamento do capital durante o procedimento.

¹⁶ Disponível em: <https://www.cebramar.org.br>. Acessado em 01/05/19

Valor da Causa	TJBA	CEBRAMAR			Total	Disparidade
	Custas	Registro	Adm	Hon		
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 17,623.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 17,561.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 17,472.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 17,170.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 16,795.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 16,795.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 16,417.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 16,129.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 900.00	R\$ 2,025.00	R\$ 15,000.00	R\$ 17,925.00	R\$ 15,790.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 975.00	R\$ 2,340.00	R\$ 16,500.00	R\$ 19,815.00	R\$ 17,680.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 1,425.00	R\$ 3,510.00	R\$ 25,500.00	R\$ 30,435.00	R\$ 27,965.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 1,575.00	R\$ 3,900.00	R\$ 28,500.00	R\$ 33,975.00	R\$ 31,505.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 1,800.00	R\$ 5,400.00	R\$ 30,000.00	R\$ 37,200.00	R\$ 33,860.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 1,800.00	R\$ 5,400.00	R\$ 30,000.00	R\$ 37,200.00	R\$ 33,450.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 2,100.00	R\$ 7,800.00	R\$ 31,500.00	R\$ 41,400.00	R\$ 36,400.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 2,400.00	R\$ 9,750.00	R\$ 33,000.00	R\$ 45,150.00	R\$ 40,056.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 2,400.00	R\$ 9,750.00	R\$ 33,000.00	R\$ 45,150.00	R\$ 38,900.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 2,700.00	R\$ 11,700.00	R\$ 34,500.00	R\$ 48,900.00	R\$ 41,400.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 3,000.00	R\$ 13,650.00	R\$ 36,000.00	R\$ 52,650.00	R\$ 43,900.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 3,300.00	R\$ 15,600.00	R\$ 37,500.00	R\$ 56,400.00	R\$ 46,400.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 3,600.00	R\$ 17,550.00	R\$ 39,000.00	R\$ 60,150.00	R\$ 48,900.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 3,900.00	R\$ 19,500.00	R\$ 40,500.00	R\$ 63,900.00	R\$ 51,400.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 4,200.00	R\$ 21,450.00	R\$ 42,000.00	R\$ 67,650.00	R\$ 53,900.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 4,500.00	R\$ 23,400.00	R\$ 43,500.00	R\$ 71,400.00	R\$ 56,400.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 4,800.00	R\$ 25,350.00	R\$ 45,000.00	R\$ 75,150.00	R\$ 58,900.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 5,100.00	R\$ 27,300.00	R\$ 46,500.00	R\$ 78,900.00	R\$ 61,400.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 5,400.00	R\$ 29,250.00	R\$ 48,000.00	R\$ 82,650.00	R\$ 63,900.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 5,700.00	R\$ 31,200.00	R\$ 49,500.00	R\$ 86,400.00	R\$ 66,400.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 6,000.00	R\$ 33,150.00	R\$ 51,000.00	R\$ 90,150.00	R\$ 68,900.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 6,300.00	R\$ 35,100.00	R\$ 54,000.00	R\$ 95,400.00	R\$ 72,900.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 6,600.00	R\$ 37,050.00	R\$ 54,000.00	R\$ 97,650.00	R\$ 73,900.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 6,900.00	R\$ 39,000.00	R\$ 57,000.00	R\$ 102,900.00	R\$ 77,900.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 7,200.00	R\$ 42,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 109,200.00	R\$ 79,200.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 7,200.00	R\$ 42,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 109,200.00	R\$ 74,200.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 7,200.00	R\$ 42,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 109,200.00	R\$ 71,700.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 7,500.00	R\$ 45,000.00	R\$ 63,000.00	R\$ 115,500.00	R\$ 76,865.46
		Menor disparidade				R\$ 15,790.08

Em média, conforme analisado, os custos iniciais com a cortes são R\$12.009,38, com uma disparidade média para as custas do Tribunal de Justiça do estado da Bahia de R\$ 56.250,00. As custas iniciais correspondem em média a 21,4% dos custos totais da corte.

3.1.1.6. Câmara de Arbitragem e Mediação da Fundação Getúlio Vargas

O Regimento de Custas, Despesas e Honorários da Arbitragem da corte é altamente sucinto ao tratar destas, fazendo tanto através de um anexo ao regimento, na Seção 1¹⁷. Define as custas como Taxa de Administração e Taxa de Abertura. A taxa de Abertura é apresentada, segundo o artigo 2º como pré-requisito da análise pela corte do feito. Esta é proporcionalmente a menor das taxas cobradas nessa categoria vide a análise global dos regimentos deste trabalho, contudo, essa diferença não acontece por ser absolutamente a menor, mas pela câmara ser aquela com as taxas de administração e respectivos honorários mais altos.

O regimento define no seu artigo 3º que a taxa de administração será paga do momento do firmamento do termo de arbitragem. O regimento também define que as custas serão rateadas meio-a-meio, exceto disposição contrária entre as partes. Conforme o art. 4º usa-se da expressão “salvo acordo em contrário entre as partes”, não parece que caberá ao árbitro da demanda operar outra alocação desses custos que não essa, sob pena de infringir a disposição contratual aderente à esse regimento. O regimento traz alusão às despesas, ordenadas na seção 2 deste, responsabilizadas igualmente entre as partes, vide artigo 9.

Os honorários dos árbitros tem vencimento parcial em dois momentos do processo. Metade dos valores são dados por vencidos quando do momento do firmamento do termo de arbitragem, e a outra metade quando da apresentação de razões finais escritas pelas partes.

Apesar de propor a solidariedade das custas durante o procedimento, o art. 14 do regimento das custas define que é faculdade das partes adimplir os valores daqueles que estiverem inadimplentes.

¹⁷disponível em: <https://camara.fgv.br>. Acessado em 01/05/19

Valor da Causa	TJBA	CÂMARA FGV			Total	Disparidade
	Custas	Registro	Adm	Hon		
R\$ 1,000.00	R\$ 301.98	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 114,698.02
R\$ 1,560.00	R\$ 363.04	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 114,636.96
R\$ 3,900.00	R\$ 452.82	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 114,547.18
R\$ 7,800.00	R\$ 754.94	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 114,245.06
R\$ 10,000.00	R\$ 1,129.98	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 113,870.02
R\$ 15,600.00	R\$ 1,129.98	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 113,870.02
R\$ 23,500.00	R\$ 1,508.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 113,492.00
R\$ 39,000.00	R\$ 1,795.44	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 113,204.56
R\$ 50,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 112,865.08
R\$ 58,000.00	R\$ 2,134.92	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 112,865.08
R\$ 88,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 112,530.40
R\$ 100,000.00	R\$ 2,469.60	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 112,530.40
R\$ 132,000.00	R\$ 3,339.36	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 111,660.64
R\$ 150,000.00	R\$ 3,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 111,250.00
R\$ 200,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 110,000.00
R\$ 203,742.00	R\$ 5,093.55	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 109,906.45
R\$ 250,000.00	R\$ 6,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 108,750.00
R\$ 300,000.00	R\$ 7,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 107,500.00
R\$ 350,000.00	R\$ 8,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 106,250.00
R\$ 400,000.00	R\$ 10,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 105,000.00
R\$ 450,000.00	R\$ 11,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 103,750.00
R\$ 500,000.00	R\$ 12,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 102,500.00
R\$ 550,000.00	R\$ 13,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 101,250.00
R\$ 600,000.00	R\$ 15,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 100,000.00
R\$ 650,000.00	R\$ 16,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 98,750.00
R\$ 700,000.00	R\$ 17,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 97,500.00
R\$ 750,000.00	R\$ 18,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 96,250.00
R\$ 800,000.00	R\$ 20,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 95,000.00
R\$ 850,000.00	R\$ 21,250.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 93,750.00
R\$ 900,000.00	R\$ 22,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 92,500.00
R\$ 950,000.00	R\$ 23,750.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 91,250.00
R\$ 1,000,000.00	R\$ 25,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 90,000.00
R\$ 1,200,000.00	R\$ 30,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 85,000.00
R\$ 1,400,000.00	R\$ 35,000.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 80,000.00
R\$ 1,500,000.00	R\$ 37,500.00	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 77,500.00
R\$ 1,545,381.60	R\$ 38,634.54	R\$ 5,000.00	R\$ 50,000.00	R\$ 60,000.00	R\$ 115,000.00	R\$ 76,365.46
		Menor disparidade				R\$ 76,365.46

Em média, conforme analisado, os custos iniciais com a cortes são R\$5.000,00 com uma disparidade média recorde da análise para as custas do Tribunal de Justiça do estado da Bahia de R\$ 115.000,00. As custas iniciais correspondem em média a 4.3% dos custos totais da corte.

O regimento da corte não trata sobre a cobrança de taxas de registro

3.1.2. A barreira de entrada – o custo como fator condicionante do litígio

O uso da arbitragem como método de solução de litígios, conforme visto, é largamente possível por quaisquer partes atinentes a dirimir suas lides concernentes a direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto contudo, é comum que sejam listadas e observadas as vantagens que o procedimento arbitral teria na solução em comparação a outros.

O professor Francisco José Cahali (2017, p. 120-123) alude a uma observação polivalente da vantagem, trazendo a flexibilidade dos procedimentos, o foco na obtenção final da solução da lide, a respectiva privacidade promovida dentro da arbitragem bem como principalmente a especificidade e competência do árbitro para resolver a matéria. Alude também o autor à possibilidade aumentada de cumprimento voluntário das decisões, vide a expertise dos árbitros e confiança que se tem na capacidade destes de produzir decisões corretas e convincentes. Por outro lado, o autor ressalta:

O segundo benefício provável deste método é econômico-financeiro. Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, **mas o resultado final**, medido a partir do custo-benefício (por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais) bem como, e especialmente, a celeridade na obtenção do resultado, podem levar a outra conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal. Aliás, só em pensar no julgamento em instância única, sem os ônus decorrentes da demora e das despesas para se sustentar o processo com diversos recursos, já se pode reconhecer a vantagem aqui referida. (grifos nossos)

A própria visão do doutrinador demonstra que existe um caráter de investimento na opção arbitral. Que se suporta um peso para posteriormente (ou concomitantemente) obter-se um ganho.

Outros membros da doutrina se abstiveram de fazer afirmações desse cunho. Quando tratando da matéria, José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019, p. 48-61) elencam cinco diferentes razões que em seu juízo seriam as vantagens da arbitragem, quais sejam a sua celeridade, a faculdade de eleger seu julgador que possa ser *expert* para a matéria, a imparcialidade internacional dos árbitros, o não condicionamento da eficácia ao território nacional da sentença arbitral e por fim a capacidade de maleabilidade do procedimento

arbitral. Ainda, os autores citam pesquisa promovida pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e Instituto Ipsos, que no ano de 2012 constatara que a velocidade para solução do conflito e caráter técnico das decisões foram os motivos mais importantes apresentados pelo público inquirido sobre o assunto.

Conforme a análise feita no corpo desse capítulo, não parece fundamentado afirmar genericamente qualquer vantagem ou desvantagem para os procedimentos arbitrais como um todo indiviso. Parece, inclusive, que é esta a sua maior vantagem: variedade. Os procedimentos analisados partem de escopos e valor de causa, de forma e decurso do procedimento, de quantidade e atenção dos árbitros totalmente diferentes, de maneira que privilegiar um com alguma característica ou defeito não é adequado.

Mais razoável parece ser a compreensão real destes procedimentos e passar qualquer análise meritória sobre eles pelo viés da realidade da lide que se pretende apresentar. Diferentemente do procedimento civil estatal, as cortes apresentam-se em múltiplas formas, pesos e medidas para serem adequadas à realidade de problemas igualmente multifacetados.

4. OS EFEITOS DA SUPERVENIÊNCIA DA HIPOSSUFICIÊNCIA

Todos os contratos são dotados de poder obrigatório, o que lhes é de sua natureza. Para que se estabeleçam obrigações, por essência, a vontade unida das partes deve poder gerar efeitos obrigatórios. Corporificado no brocardo latino “*Pacta sunt servanda*” é a força que dá utilidade e imperatividade aos contratos.

Como expõe Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 406, 407), o encontro de vontades, satisfazendo os requisitos de validade e eficácia, deve ser cumprido, uma vez que fará lei entre os acordantes. Na voz do professor, essa obrigatoriedade é o sustentáculo do direito contratual, sem o qual descenderia a desordem ao espaço jurídico.

A clássica posição do professor Venosa alude a um pensamento mais oitocentista e conservador da estruturação jurídica da ordem contratual. É como alude a professora Maria Helena Diniz (2011, p.32) que advinda da vontade humana, os pactuantes exercem força criativa de vínculos patrimoniais que habitam o ordenamento jurídico.

Mas, há de se observar que essa análise, baseada na força da vontade, não leva em consideração outros fatores situacionais que podem influenciar na prolação da manifestação de vontade – e na sua forma.

Após a concordância expressa quanto à função basilar do princípio da força obrigatória dos contratos à ordem jurídica contratual, trazem Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 76) a crítica de que este mesmo princípio não pode ter garantido exercício absoluto.

É da opinião dos autores que seu caráter absoluto seria ideia advinda de uma presunção moderna de igualdade formal, parâmetro que outrora fora presunção absoluta, mas contemporaneamente é visível que figura apenas como regra geral, aberta a exceções. O equilíbrio contratual então, na voz dos autores, seria o novo parâmetro estabelecido como regra geral da ordem contratual.

Tratar-se-á nesse capítulo dos aspectos que balizam essa análise de validade contratual, e, protraídos no futuro, dos referenciais para aferição.

4.1. A BOA FÉ COMO MODULADORA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

O código civil carrega em seu texto:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Indubitavelmente, a Lei elegeu a boa-fé como parâmetro de análise do comportamento lícito. É como pensara Miguel Reale (2003), ao citar os dois artigos do código civil de 2002 anteriores, e denominá-los exemplos da gravitação da alteração da codificação civil do país pairando ao redor da boa-fé. Mas, autonomamente, o termo tem naturalmente compreensão vaga, e profundamente subjetiva.

A inserção original ao ordenamento jurídico brasileiro da boa-fé objetivada remonta à época do código civil de 1916. Tepedino e Schreiber (2005, p. 30) aludem a integração do conceito de boa fé objetiva, agora como regra geral principiológica, emergindo da doutrina, mas consolidando-se legalmente na lei 8.078/90, o Código de defesa do consumidor.

Mostram os autores que o conceito ali inserido se diferia da boa fé até então tratada no código civil, pois estava consolidando um grupo de valores eleitos pelo legislador como critérios objetivos de comportamento no mercado de consumo. Estava ali delimitado um compêndio de diferentes instrumentos unidos por um fim específico, que estaria guiando o comportamento tido padrão de trato com o consumidor. É a previsão que os autores associam ao artigo 4º, do código de defesa do consumidor. Conforme o código do consumidor elencou um grupo de parâmetros para se atestar um estado de lealdade no consumo, destacou-se da pessoalidade da análise de uma boa-fé particular, para uma determinação de parâmetros, que, uma vez cumpridos, imputariam a boa-fé àquela relação.

Na matéria, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.101-102) iluminam a compreensão fazendo referência histórica da origem do termo. Recordam a expressão “*bona fides*” como originária do latim, que na cultura romana popularizou-se juridicamente quando o *jus gentium* estabeleceu-se da pujança comercial entre romanos e outros povos.

Tratar-se-ia de um conceito ético/moral de um povo que se corporificou em jurídico pela necessidade de interação social com estrangeiros alheios às regras de comportamento postas.

Os autores também observam que essa não é a única acepção ocidental do termo que influenciou o sistema jurídico nacional, aludindo à versão germânica do vocábulo. A boa-fé alemã corporificar-se-ia na expressão “*Treu und Glaben*” (lealdade e confiança – crença).

A variação encontrada entre os preceitos estabelecidos pelos autores se observa no caráter subjetivo/objetivo dos parâmetros estabelecidos pelos povos. Enquanto o parâmetro latino-romano é de um prisma para análise do comportamento individual, o germânico é o de parametrização de estados objetivos, supra individuais.

Martins-Costa (2015, p. 112-113) ao tratar da boa-fé na acepção germânica, traz dois precedentes que ilustram a essência do instituto. Os precedentes são de uma corte fundada nas cidades livres do que viria a ser o império alemão, aquelas cidades comerciais, que instituíram um tribunal de apelações para as transações, com jurisdição no território das mesmas, o *Oberappellationsgericht zu Lübeck (OAB-Lübeck)*. Veja-se:

“A decisão do OAG-Lübeck de 14 de maio de 1850 foi proferida em ação interposta para o pagamento de mercadorias encomendadas e entregues. O réu contestou, alegando vícios nas coisas vendidas e que, por isso, queria devolvê-las. O Tribunal entendeu que o destinatário das mercadorias, quando, por qualquer razão, não quisesse aceitá-las, devia comunicar o fato o quanto antes ao vendedor, embora não existisse para tanto uma regra legal ou costumeira, sendo apenas «uma consequência da bona fides e da diligência que as partes se devem mutuamente no tráfico comercial». O exercício tardio do direito a devolver poderia, pois, ser sancionado, em razão da boa-fé. Trata-se, pois, da sanção ao uso inadmissível da posição jurídica, então não contemplada em nenhuma outra regra.

Em 17 de julho de 1822, o mesmo Tribunal condenou um comerciante a indenizar danos causados à contraparte, contra a boa-fé, apesar de não se ter chegado à conclusão de um contrato válido, o que, na observação de Menezes Cordeiro, configura «um verdadeiro caso de culpa in contrahendo, quarenta anos antes de Jhering».”

Na inexistência de uma fonte legislativa homogênea, e, conforme Martins-Costa (2015, p. 113) referenciou Menezes Cordeiro (1984, p. 317), não haveria ali uma aplicação estruturada jurisprudencial, nem um uso preciso de linguagem – coisa que foge à usualidade da língua alemã – mas sim um uso oscilante da escrita do conceito. Ainda assim, surgiria segundo o autor, uma delimitação de um instituto capaz de condicionar às posições jurídicas à um modo, possivelmente uma fonte de deveres externa ao contrato.

Conforme observa-se, existe através da existência de avença firmada entre múltiplas pessoas, um conteúdo normativo que advém da própria faculdade de contratar em si. O autor Eduardo Silva da Silva (2014, p. 186-187) aduz ser a escolha das partes pelo procedimento arbitral o preceito maior de vinculação contratual e elemento ético. Para o doutrinador, enquanto os árbitros, advogados e demais atores que participam do procedimento nas câmaras arbitrais podem ser compelidos a se submeter a códigos de postura que orientem seu comportamento, os titulares do direito discutido se submetem à arbitragem por uma pactuação livre, assumindo a opção pela solução do conflito através das regras e parâmetros próprios estabelecidos na convenção arbitral. Assim, portanto, no momento que promovida essa escolha, ficariam ali no novo arcabouço comportamental-ético envolvidos os contratantes que elegessem a arbitragem.

No caso aludido, é visível uma aplicação primitiva de uma condicionante à posicionamentos jurídicos. Uma estrutura relacional que, vinculada paralelamente ao momento de firmamento do termo da relação contratual, permanece em paralelo com aplicando valoração jurídica aos comportamentos dos indivíduos durante este. Contudo, é importante observar que a generalidade pretendida na Boa-fé objetiva deve necessariamente estar balizada de aspectos concretos que lhe preenchem. O seu caractere de regra genérica não pode ser exclusivamente a única fonte observada. É imprescindível que se tragam aspectos de outras fontes que evidenciem a ruptura da ordem jurídica.

Quando discorrendo sobre a evolução institucional alemã do conceito de boa-fé, Martins-Costa (2015, p. 115) reconhece os riscos de um uso irresponsável e dissociado de pesado aspecto doutrinário do instituto. Paralelamente, associa o sucesso germânico com o uso da ferramenta à presença de cláusulas gerais já inseridas na codificação legal, que, associadas ao rumo dado pela dogmática nacional permitiram um estabelecimento supra individual bem consolidado da boa-fé. O fato é que com a boa-fé, assim como associada a qualquer outra norma de conteúdo principiológico, que há uma necessidade de consolidação semântica. Essa necessidade é exposta pela especificidade da realidade humana, versus a generalidade dessas normas.

Ávila (1999, p. 154) aponta precisamente que a dificuldade da definição da norma princípio reside no seu caráter alternativo às coisas sensorialmente perceptíveis. Conforme o autor, os conceitos jurídicos sendo abstratos por natureza, dificultam a compreensão, e o nível de dificuldade imediato do princípio é superior ao da regra, ao passo que esses dificilmente têm uma só definição. Assim, o autor aponta que a análise principiológica – qualquer que seja – deve primariamente focar no critério distintivo das outras normas, no fundamento teórico daquela norma e finalmente na função efetiva utilizada.

A boa-fé enquanto norma principiológica que é, com sua pretensão desde a origem de cláusula geral abstrata, deve, ao passo da sua interpretação e aplicação ser observada nessas dimensões, e sua utilidade derivará, necessariamente, delas.

É neste sentido que Tepedino e Schreiber (2005, p. 35) alertam para a necessidade de observação do já preenchimento legal no âmbito consumerista de parâmetros de aplicação da Boa-fé objetiva, e, observam que esta realidade não está necessariamente consubstanciada no âmbito cível. Seria para estes, assim, portanto, necessário esforço consolidativo tanto da doutrina quando dos jurisdicionados de produzir aspectos, balizas e marcos que delimitem o comportamento de boa-fé. Ignorar essa necessidade é produzir uma aplicação excessivamente moral do instituto e comprometer sua eficácia como parâmetro comportamental e solucionador de conflitos.

É de se observar que a arbitragem não é estritamente um instituto contratual. É como se manifesta a avassaladora maioria da doutrina, conforme tratado no ponto 2.2.2 deste trabalho. Contudo, conforme tratam Cristiano Gomes de Brito e Sarah Couto Campos (2018, p. 147):

A natureza jurídica complexa da arbitragem encerra indiscutivelmente ainda que não exclusivamente o aspecto contratual por ser pautada no compromisso celebrado pelas partes, de cunho estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo que institui, o que autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários e formadores do contratos a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva do negócio jurídico celebrado.

Essa convergência doutrinária sobre a natureza e funcionalidade da normatividade da boa-fé leva necessariamente à imperiosidade de estabelecer de forma bem delimitada o âmbito da discussão, sob pena de ecoar no vazio a discussão. É nessa esteira que os Autores permanecem explanando que uma pretensa possibilidade de

revisão judicial da convenção arbitral por força de assunção de hipossuficiência financeira de um dos litigantes, é imperativo que se proceda anteriormente sobre uma análise de satisfação do princípio da boa-fé objetiva, afinal, sua aplicação sobre os acordos que instituem a arbitragem é inafastável.

Assim, tratada a natureza da boa-fé, observar-se á em seguida especificamente quais aspectos seriam atinentes à problemática do trabalho.

4.1.1. Boa fé objetiva – Conceitos e parâmetros

Conforme se observa pela extensão conceitual do termo boa-fé, há de se delimitar mais precisamente suas acepções a fim de evitar defeitos de comunicação a respeito do termo, e sua inclusão no âmbito da problemática do trabalho.

Como pensara Miguel Reale (2003), a boa-fé existe em dois planos: Boa-fé subjetiva, e objetiva. A boa-fé subjetiva alude ao conceito individual da boa-fé, analisada sob a perspectiva do sujeito, suas ações e seu estado anímico. Já a boa-fé objetiva é aquela que emana de um modelo de conduta abstrato, de parâmetro de aceitabilidade do comportamento social. O doutrinador estende sua configuração da Boa-fé objetiva ao referenciar Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”.

O peso lógico do instituto dentro da ordem jurídica é considerável, quase tanto quanto sua idade. Para que seu uso nas pretensões estabelecidas pela doutrina seja conforme – tanto com a totalidade da ordem quanto com a estrutura do instituto – é profundamente relevante que se observe seu desenvolvimento histórico, para assim entender em conformidade onde ele se aplica.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.102-103) diferenciam os conceitos apresentando a boa-fé subjetiva em referência à sua aparição no código civil de 1916, onde apresentou-se como estado anímico, interno, da psique do sujeito. A Boa fé objetiva por outro lado, demonstrar-se-ia como regra geral de comportamento ético, ignorante aos aspectos individuais, com caráter principiológico, de conceito jurídico indeterminado.

Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 410) trata da boa-fé objetiva no código tripartindo suas funções: Seria ela baliza interpretativa, guia para a análise e criação de norma individual, quando do momento do contrato ou da prestação jurisdicional. Ainda,

exerceria função de controle, de regulação da extensão do direito individual – e do seu exercício. E por fim, teria função integrativa, dando dimensão limitativa ao próprio contrato, corporificando sua função social e razão de ser no mundo jurídico.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.107-109) tratam da matéria reconhecendo as três funções, e expandindo a análise. Quanto à criação de deveres jurídicos anexos, os autores delimitam as mais eminentes regras advindas da boa-fé, a lealdade, confiança mútua dos envolvidos, a assistência mútua, o fornecimento de informações e sigilo ou confiabilidade. Definem a lealdade como firmamento dos compromissos assumidos, afetados aos princípios e regramentos que balizam o comportamento probó.

Essa lealdade aludida pelos autores é fator constante no decorrer dos contratos, e de toda a vida civil dos indivíduos. É desse comportamento frente ao áter que se extrai a legitimidade social.

Naturalmente, portanto, a análise a ser feita a respeito dos efeitos da hipossuficiência adquirida na convenção arbitral, deve passar pelo prisma da boa-fé.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, no seu voto vista da ADPF 101, alertou:

“Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas”

A lógica do magistrado é firme e se aplica a todo o ordenamento jurídico, não só ao constitucional que se referira. Não é possível pretender entender, como no caso, que exista a convenção arbitral fora do mesmo universo jurídico em que a Boa-fé objetiva está na lógica de princípio inserida. Ambos os institutos, e seus efeitos, tem que se harmonizar inseridos no ordenamento.

A cláusula arbitral, que firmada esteja, passa a adquirir os aspectos que um contrato possui. Possui, portanto, o jugo dos deveres anexos que são intrínsecos a todo contrato de boa-fé. Não é lícito aos contratantes usar-se de ardis para fugir da sua eleição jurisdicional privada, bem como não é leal destes exigir uma manutenção que é sabidamente impossível. Não podem sofrer das penas de serem punidos com a impossibilidade de seu comportamento, nem podem utilizar desse comportamento como um cheque em branco jurídico, que pode ser a qualquer momento sacado para escapar das suas obrigações.

Conforme o alerta feito por Tepedino e Schreiber (2005, p. 35) ao tratar da diferenciação dos parâmetros de boa-fé no código do consumidor para o direito civil brasileiro em geral, é importante observar que há outros parâmetros cíveis.

Assim como no código alemão, um esforço doutrinário-jurisprudencial é feito desde o desenvolvimento da objetivação da boa-fé no país para estabelecer parametrizações que completem e preencham o sentido a aplicação da boa-fé.

Os parâmetros cíveis, nas palavras de Farias e Rosenvald (2015, p.153-154), são os chamados deveres de conduta. Esses deveres formam uma gama de obrigações anexas que emergiram da práxis, dos costumes de práticas sociais, e, gradativamente sofreram reconhecimento judicial.

Segundo os autores, os deveres de conduta exercitam uma finalidade negativa, significa dizer que existem como obrigações de não fazer, ou de evitar que ocorra. Tem caráter por natureza preventivos, evitando através das suas condutas ou das suas proibições, a prática de atitudes antissociais, que quebrem com a lógica do contrato, ou distribuam vantagens indevidas.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.108) elencam esses deveres, mas desde já trazendo o alerta de que pela própria natureza de sua origem, esse elenco jamais poderia ser exaustivo, ou sequer exaurido.

Os autores tratam de quatro deveres, primeiramente, o dever de lealdade e confiança. Lealdade em tela, seria a fidelidade mantida pelo contratante à sua palavra e às suas manifestações de intenção durante a relação contratual. Implica em não usar de comportamentos espúrios para deliberadamente causar o prejuízo do *alter*. A segunda vertente desse dever, a confiança, é a versão oposta da lealdade pretendida. É o comportamento que assumo que aquele com quem você deve ser leal com, está sendo igualmente leal. O comportamento de não desconfiança constante e de assunção da probidade do *alter*.

Ambas as posturas, tanto a confiança, quando a lealdade, precisam ser tuteladas juridicamente.

É imprescindível que se tenha uma proteção jurídica à quem está se comportando dentro do parâmetro de boa-fé, logo, inserido nela, frente a quem não estiver.

O segundo dever elencado por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.109-112) é o dever de assistência. Assistência, sinonímia de cooperação, aqui é usado

justamente nesse sentido. As relações contratuais são relações de mutualidade, não meramente de obrigações opostas, mas de união de esforços e divisão de trabalho para a realização de um fim.

Não é lícito aos contratantes portanto, uma vez cumprida suas obrigações, ou mesmo que não, impor óbices ao *alter* de satisfazer as suas, ou, receber as contraprestações que lhe são devidas. Não se trata meramente de “pagar suas dívidas”, mas de fazer o processo de satisfação das obrigações o mais eficiente possível para ambas as partes.

O terceiro dever trazido à baila pelos autores é o dever de informação. É uma condição imperativa moral/jurídica posta sobre os contratantes de comunicar aquilo que é de sua consciência, e relevância para o *alter*.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.109-112) advertem para que não se permita o caráter mais explícito deste instituto no direito consumerista ofusque a sua total aplicabilidade dentro do direito civil.

Por fim, os autores elencam o dever de sigilo ou confidencialidade. Exemplificam o dever com o comportamento de duas empresas que numa transação não incluem cláusulas de confidencialidade sobre suas negociações. Ainda que não presente, em boa-fé as negociações tidas entre eles prescindem de norma regra contratual explícita.

Farias e Rosenvald (2015, p.159), superadas as constituições dos deveres anexos, explicitam as consequências das suas violações. Conforme a abstração e generalidade do princípio da Boa-fé, o conceito de adimplemento ganha largura. É naturalmente o caso, considerando que as cláusulas tidas ‘não escritas’ por força do seu caráter obrigatório integram aquela relação independentemente.

A violação desses deveres implícitos denomina-se pelos autores como “violação positiva do contrato”. Trata-se esse conceito de uma ampliação situacional do contrato, gerando novas obrigações e créditos conforme situações da vida perpassam-se e normas de boa-fé se aplicam.

Em perspectiva outra, os autores tratam da situação inversa, não da violação dos deveres anexos, mas do abuso deles. O conselho da justiça federal emitiu em seu

enunciado nº37¹⁸: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

A problemática trazida por Farias e Rosenvald (2015, p.159) revolve em torno da dificuldade de delimitação dos extremos da conduta. Conforme dentro de um parâmetro de lealdade e de confiança os indivíduos comportam-se de acordo com suas liberdades individuais, explicitar o limite dessa liberdade individual em comparação com prejuízos causados à terceiros é altamente problemático.

Nas palavras dos autores, o ponto central é observar que o comportamento individual de boa-fé é aquele tomado para satisfazer interesses e necessidades individuais, não deliberadamente causar transtorno àquelas outras pessoas com quem se negocia e interage.

Conforme feito para os exercícios positivos de deveres de boa-fé, Farias e Rosenvald (2015, p.167) também elencaram exercícios abusivos de direito, condutas de má-fé derivadas do excesso no gozo dos seus direitos enquanto agente de boa-fé.

Primeiramente, elencam o desleal exercício de direitos. É caracterizado por uma desproporcional situação entre o exercício do direito, versus os resultados obtidos. Toda situação jurídica tem uma consequência pretensa no dever-ser, e, o abandono total desta, ou a flagrante desproporção entre as ações tomadas e as consequências aceitas, implica neste abuso.

No caso, a situação é como aquela de alguém contratado para um fim, que é cumprido, mas o é de forma tão tortuosa, que o próprio produto fim daquela relação contratual se deteriora, carecendo de tutela judicial para avaliar o valor da prestação parcial.

Em oposição, Farias e Rosenvald (2015, p.167) demonstram que o desleal não exercício de direitos é também figura relevante para a matéria, pois, gera no seu *alter* genuína expectativa de perenidade do seu comportamento, para posteriormente frustra-la.

¹⁸ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>

As figuras do *Venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio* são as subdivisões dessa conduta que satisfazem essa condição de frustração de expectativa lícita.

Venire contra factum proprium é, na doutrina de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.120) a vedação do comportamento contraditório. A tradução do latim significa “vir contra si mesmo”, e conforme os autores é o impedimento de alguém que pratica certa conduta, de deliberadamente praticar conduta diametralmente oposta em seguida. Se parte do princípio no caso de que as pessoas agem coerentemente e de forma estável, e, assim, geram expectativa em outrem de que continuarão assim fazendo.

Os autores lecionam que, *Supressio*, por sua vez, significa “perda”. A expressão advém do alemão e implica na perda de um direito pelo não gozo dele em período significativo de tempo. Apesar de similar, o *supressio* não se confunde com a prescrição, uma vez que esta meramente se preocupa com a fluência do prazo, enquanto que aquela é a que pretende que um direito não mais poderia ser exercido de boa-fé. Por fim *surrectio* se apresenta como o lado oposto da moeda da *supressio*. Onde o direito perdeu-se em uma, ganhou-se em outra em detrimento do *supressio* de outrem.

Então, os pactuantes da convenção arbitral, tem a obrigação de manter o comportamento de boa-fé. Essa boa fé pode simplesmente importar no cumprimento deliberado do acordo, ou, da demonstração de que o acordo está sendo utilizado como ferramenta outra que não para o objetivo precípua com o qual foi firmado.

4.2. O DESLOCAMENTO OBRIGATÓRIO DE COMPETÊNCIA COMO FERRAMENTA DE REMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme se opera uma convenção arbitral, opera-se igualmente o deslocamento da jurisdição da estatal, para a privada. Para Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 127) a imposição de jurisdição arbitral significa a renúncia à via judiciária estatal, encarregando agora a solução dos conflitos à terceiros desinteressados que não integrem os quadros do poder judiciário.

Não importa dizer que se apaga a tutela judiciária completamente, prementemente pela conservação da tutela de anulabilidade da sentença, ou conforme leciona Francisco José Cahali (2017, p. 296-297) no iter do surgimento da lide, para a

concretização das tutelas provisórias e conseqüentemente do exercício de pleno acesso à jurisdição, pode-se requerer a tutela frente ao poder judiciário. Mas, adverte o autor, deve-se manter em mente que o judiciário tem uma atuação meramente limitada à apreciação da tutela de urgência, ficando impedido de acessar o mérito da causa.

Então, o acesso à análise meritória havido o firmamento de convenção arbitral é visivelmente impossível frente à jurisdição estatal. *Prima facie* pode-se imaginar que tal comportamento é um cerceamento do texto dispositivo constitucional, quando no art. 5º inciso XXV da Constituição Federal de 1988 prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”. Este dispositivo consagra o basilar princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio do direito de ação. O exercício da arbitragem é a consequência de uma anterior eleição de competência operada pelas partes ora litigantes.

O doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 73) aduz ao princípio da demanda na ordem processual, compatibilizando-o com a liberdade conferida ao sujeito de utilizar ou não a tutela jurisdicional conferida pelo Estado, de acordo com sua liberalidade. Enquanto, por um lado, o Estado não pode deixar de oferecer a referida tutela possibilitando ao indivíduo meio eficaz de buscar guarida dos seus direitos, não pode o mesmo tolher a liberdade do cidadão no tocante a escolha de mecanismos para superar a contenda. Neste sentido se inserem os mecanismos de autocomposição, juízo arbitral e até reconhecimento da preponderância do direito alheio em detrimento do próprio.

A garantia de acesso à justiça, conforme depreende o autor Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 74-75), vai muito além do direito de obter resposta do órgão de jurisdição estatal, implementando-se através das garantias estruturais como as do juiz natural imparcial, o contraditório, a ampla defesa, a assistência jurídica aos hipossuficientes, a coisa julgada, a paridade de armas, dentre outras do Estado de Direito que visam conferir ao jurisdicionado a possibilidade de obter uma tutela jurisdicional efetiva e justa. Nesta perspectiva, o referido autor salienta a compatibilidade exposta no art. 3º do Código de Processo Civil entre o princípio do acesso à justiça e a previsão da arbitragem, com a sentença arbitral sendo alçada a categoria de título executivo judicial independentemente de homologação judicial

pelo diploma normativo. Ressalvada a aplicabilidade das lógicas impostas pelo processualista civil à Arbitragem, observa-se que um dos paralelos entre o processo civil e o arbitral é, o respeito ao acesso à justiça.

Entretanto, conforme se observou nos capítulos anteriores, há plena possibilidade de o procedimento arbitral tornar-se incapaz de ser proposto, ou, incapaz ficar a parte de com ele prosseguir. Os custos envolvidos com a demanda podem rapidamente se tornar um peso grande demais para a parte suportar, importando na sua incapacidade de mover as cortes à promover a deflagração ou início do procedimento.

Significaria dizer que efetivamente, o litigante não conseguiria ter acesso à esfera judicante que desse solução imperativa à sua demanda. Estabelece-se aqui um embate entre o direito de acesso à jurisdição e a liberdade contratual. Um conflito entre o caput e o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Para solucionar a questão do conflito, a subsunção, técnica de raciocínio usual na prática do Direito, conforme aduz Luiz Roberto Barroso (2010, p. 334-335), se mostra insuficiente para resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais ou princípios. O autor destaca a inviabilidade de promover a supressão de uma das premissas em colisão nesses casos, em razão do princípio da unidade da constituição, que é incompatível com a existência de hierarquia jurídica entre tais normas. Visivelmente, importa dizer que não é possível abdicar da liberdade contratual, tanto quanto não é possível fazê-lo quando do direito de acesso à jurisdição.

Portanto, não basta à solucionar o problema procurar dispositivos no corpo constitucional que resolvam o a antinomia formada. Não há aqui um pretensamente correto critério para ser aplicado imediatamente.

Conforme explica Luiz Roberto Barroso (2010, p. 335) se mostrou necessário o desenvolvimento de uma técnica que permitisse ao jurista a construção de um raciocínio que levasse em conta os elementos em colisão, na “medida da sua importância e pertinência para o caso concreto”, revelando a melhor decisão para a situação específica sem recorrer a uma fórmula geral de descarte de um princípio frente a outro.

É nesse contexto que se vê premente a análise de fatores como a natureza do procedimento arbitral em específico, do valor das custas envolvidas e da razoabilidade da ideia de afastamento da eficácia da cláusula arbitral por força da hipossuficiência do litigante.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 226) destaca a função da razoabilidade e proporcionalidade no direito constitucional contemporâneo, como os princípios utilizados na técnica de ponderação, ressaltando a importância desses mandamentos na restrição de direitos fundamentais, mas salientando que sua utilização não se restringe ao confronto entre tais direitos.

No caso em tela, é importante que a ponderação feita o seja com compreensão à situação onde se encontra o problema. Não é possível que simplesmente o juízo arbitral copie o comportamento do poder judiciário, simplesmente, porquê ambos são essencialmente diferentes.

De maneira paralela, apresenta BARROSO (2010, p. 339):

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deve fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando *in concreto*, o princípio que ou direito que irá prevalecer.

O autor Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 164) atenta para a diferença existente entre a ponderação e a harmonização de princípios, de modo que a ponderação significaria a decisão de qual deles teria maior relevância em um caso concreto, enquanto harmonizá-los pretende garantir a observância simultânea no ordenamento. O referido professor salienta que tal diferença se mostra relevante na medida em que o intérprete deve utilizar a ponderação somente quando se revelar impossível o equilíbrio pela harmonização.

O caso em tela concretiza as disposições do doutrinador, considerando que uma vez demonstrada a incapacidade do litigante de arbitrar por hipossuficiência financeira, não há solução lógica que permita a compatibilização dos dois princípios. A situação força a preponderância de um deles, visto que a realidade fática levará necessariamente à essa conclusão.

Compreendida a necessidade da ponderação, Luiz Roberto Barroso (2010, p. 235-236) a explica como um procedimento de três fases. Na primeira o intérprete deve identificar e agrupar os fundamentos normativos de acordo com as diferentes soluções que eles informem para o caso, de modo a possibilitar posterior comparação ente eles. Em seguida, deve interpretá-los a luz dos ditames do caso concreto, preenchendo de real sentido os princípios, através do exame dos fatos. Na terceira e última etapa é onde ocorrerá a decisão, analisando de forma conjunta o peso que cada grupo de normas terá na resolução do caso concreto e aplicando-se em maior intensidade os princípios que prevalecerem, sem que isso signifique um ônus à validade do princípio que for aplicado em menor intensidade.

Dados estes fatores, é imperativo observar a possibilidade de a cláusula arbitral tornar-se um ônus excessivo entre a relação de dois ou mais sujeitos. Assim sendo, deve-se observar como um dos parâmetros da ponderação firmada entre os respectivos mencionados corolários constitucionais a possibilidade de onerosidade excessiva no contrato que origina o deslocamento de competência. Num flanco, observando a ofensa que sofre aquele incapaz de custear a arbitragem e não consegue conseqüentemente obter tutela jurisdicional e, doutro, a presença basilar de segurança jurídica da arbitragem, e a consideração do dano que causar-se-á a simplesmente ignorar a autonomia da vontade – mesmo que a posterior contragosto da parte.

4.3. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NA CONVENÇÃO ARBITRAL

A teoria da imprevisão surgiu como uma ferramenta de correção da inequidade do contrato conforme Maria Helena Diniz (2011, p.183), não há hegemonia absoluta da autonomia da vontade, pois é esta tolhida pelo dirigismo contratual. A autora alude à supremacia do interesse público quando da intervenção direta na vontade formal do contrato. Assim, na posterioridade de casos extraordinários e imprevisíveis, não seria permitido que uma parte obtenha lucros desarrazoados, enquanto gera ônus excessivamente majorado que descaracteriza a manifestação de vontade do sujeito e faz impossível a este cumprir a obrigação.

Assim, se estabelece uma forma de manutenção da isonomia contratual, que é baseada na intervenção deliberada jurisdicional para transformar uma realidade contratual.

Conforme a convenção arbitral, e o conseqüente acesso ao jugo jurisdicional, podem passar precisamente por uma possibilidade de inequidade deste acesso, pode esta teoria vir a solucionar o problema jurídico estabelecido quando da eleição arbitral de jurisdição, e necessário afastamento da jurisdição estatal.

Conforme já ficou anteriormente estabelecido, a não litigância frente ao judiciário pode ser considerado o ônus do pacto arbitral, conforme expôs Carlos Alberto Carmona (2009, p. 79) a convenção de arbitragem tem efeito de vincular as partes litigantes, mutuamente, a submeter à apreciação exclusiva de corte arbitral os litígios.

4.3.1. Onerosidade excessiva – conceito e origem

O código civil de 1916 não contava com previsões de onerosidade contratual excessiva. Segundo Farias e Rosenvald, (2015, p. 559) a posição adotada pelo código do século passado é a oitocentista, privilegiando os valores burgueses a importância singular do princípio do *pacta sunt servanda*. Estava estabelecida a intangibilidade contratual, pois, estava o juiz adstrito à lei e o contrato fazia 'lei' entre as partes.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.312) trazem à baila evidência de que a ideia não é revolucionária, e que há precedentes históricos antigos. Citando o código de Hamurabi, demonstraram que um dos primeiros sistemas jurídicos codificados e organizados na história do crescente fértil já continha previsão impressionantemente semelhante à sua acepção contemporânea.

Prosseguem os autores a expor o momento de (re)nascimento dessa teoria, o início do séc. XX, com a eclosão catastrófica das guerras mundiais, e das conseqüências organizacionais e infraestruturais que o conflito teve sobre a Europa.

Importante delimitar frente a esses exemplos dois critérios basilares para a aplicação da teoria da imprevisão: a imprevisibilidade e o ônus excessivo sob o devedor de cumprir sua obrigação.

Então, a resolução por onerosidade excessiva, nasceu como resposta no quase século de hiato entre os códigos de 1916 e 2002, uma ferramenta de resolução contratual que levasse em consideração o fato de que vontades são exprimidas num momento no tempo, e as circunstâncias naquele momento, também são relevantes.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.314) precisam o conceito da cláusula *Rebus sic stantibus*, aludindo a sua origem nos juristas romanos. Era claro ao direito romano que os negócios firmados deviam ser cumpridos – *pacta sunt servanda* – contudo, *rebus sic stantibus* enquanto permanecerem as coisas como estão.

As duas expressões então, não possuem sentidos naturalmente opostos, meramente, possuem análises situacionais diferentes. Enquanto cabe apenas as circunstâncias do pacto à análise do primeiro, o do segundo alude às circunstâncias do momento em que ocorreu o pacto.

Contudo, a proteção exacerbada do regramento contratual pode gerar efeitos sociais indesejáveis. Estruturações contratuais tidas por injustas, advindas de condições extraordinárias e alheias à vontade e o controle do contratante, podem levar à perversão da própria razão de ser do contrato, e impedir a socialização do trabalho e entrar as estruturas produtivas.

Maria Helena Diniz (2011, p.183) aponta a cláusula de resolução contratual *rebus sic stantibus* como fundamento para a dissolução do contrato excessivamente oneroso. A parte lesada no contrato, poderá para evitar prejuízo sob enriquecimento sem causa e/ou abuso de direito por desrespeito à função social do contrato, sob pretensão de legalidade, desligar-se de sua obrigação. Para tanto, elenca que deve o contrato ser a termo, ou por execução continuada, sem caráter aleatório. Também, deve haver uma alteração econômica extrema entre a pactuação e a execução contratual. Além, deve um dos contratantes sofrer ônus excessivo que gere ganho desmedido ao seu oposto. Finalmente, a deve aquela modificação ser imprevisível e extraordinária, devendo o evento anormal ser completamente impensável às partes do momento da contratação, sob pena de ser absolutamente impossível resolução por *rebus sic stantibus*.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.316) fazem importante ressalva ao recordar que porquanto a expressão “resolução” por onerosidade excessiva alude a um instituto de extinção contratual, é lícita a possibilidade de o julgador estabelecer também uma revisão contratual.

Também fazem os autores importante distinção conceitual ao observar que não existe sinonímia entre “teoria da resolução por onerosidade excessiva” e “teoria da imprevisão”. A distinção traçada entre os autores é enquanto uma trata de um ganho

desproporcional que gera ônus igualmente descabido e excessivo, a outra fala apenas de circunstâncias absolutamente impossíveis de – num âmbito razoável de expectativa – prever.

Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 495-496) discorre sobre o conteúdo aceitável da imprevisibilidade, apontando que aquelas questões meramente individuais ao contratante, não podem ser o sustentáculo para pretensão revisional. Este imprevisto deve advir de fato generalizante, que atinge uma população, segmento ou grupo por inteiro. O autor exorbita seus dizeres: “É a guerra, é a revolução, o golpe de estado, totalmente imprevistos”. Finaliza apontando que o uso da teoria da imprevisão não pode tornar-se fundo para a proteção indevida dos inadimplentes, e, o julgador deve proceder com profunda cautela na possibilidade revisional.

A posição conservadora do autor é reflexo da intensidade que pode a quebra da fiança contratual ter numa ordem jurídica. Nenhum dos autores citados nega que a base da ordem contratual é o princípio da força obrigatória dos contratos.

Contudo, é imprescindível que esse princípio – porquanto vital – seja tido como reversível quando da situação for razoável fazê-lo.

Há de se notar que a posição para aplicação da resolução por onerosidade excessiva se torna precária quanto ao compromisso arbitral. Naturalmente, em diferença da cláusula compromissória, onde o litígio nascerá futuramente, no compromisso ele já se encontra existente e delimitado.

Assim, não há como, ou minimamente torna-se excessivamente difícil, instruir de evidência a alegação do fato futuro. Observar-se-á que os requisitos inscritos no artigo 478 do código civil são cumulativos, e a ausência de um deles mina a pretensão de aplicabilidade do instituto

o Superior Tribunal de Justiça em fundamentação do julgado do Recurso Especial 1115596 GO 2009/0004349-9 ao analisou o pedido de revisão contratual firmado por um agricultor, contra o comprador de uma safra que havia sido destruída por uma praga estrangeira. No voto do Relator, o Ministro Raul Araújo negou a revisão, discorrendo que a praga, porquanto efetivamente alterasse o balanço econômico do contrato, era fato sabido conhecido no país desde o ano de 2001. Ferindo assim a lógica de imprevisibilidade do prejuízo sofrido pelo agricultor. Nas palavras do relator:

“Contudo, para ser possível o afastamento da força vinculante dos contratos com fulcro na referida teoria,” mister “a cabal e inequívoca demonstração das situações constantes do preceito, quais sejam, que o fato conducente à excessiva onerosidade seja realmente imprevisível e extraordinário, salientando que tanto o prejuízo de um como a extrema vantagem do outro estejam patentes.”

Conforme estabelecer-se a necessidade de revisão, ainda fica imprecisa a forma exata como se procederá a revisão. Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 499) trata da matéria delimitando os espaços do pedido. Para ele, revisão naturalmente ocorrerá sob jugo jurisdicional (judicial ou quiçá arbitral), cabendo ao requerente a faculdade de ampliar o âmbito do pedido da revisão à resolução, potestativamente.

Observe-se que o Autor trata da revisão contratual em geral. Considerando que o ônus real é o do custo da arbitragem, e não o da arbitragem em si, não há logicamente uma permissão para a resolução potestativa, pois, deverá ser oportunizada à parte contrária chance de contribuir para a manutenção da cláusula. É situação semelhante do pactuante que tem cláusulas prevendo sua contribuição expressamente para os custos, contudo não mais podendo suportá-los. A normatividade da matéria está inclusa nos artigos 478, 479 e 480 do código civil, vejamos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Sempre válido recordar que o ônus excessivo não é o único fator, e, deve-se demonstrar também que há uma extrema vantagem para a parte alternativa que motive o pedido. É pretensamente compreensível que a manutenção de ilícito praticado contra si seja vantajoso para outrem, mas, há de se observar que as previsões legais e da doutrina são deliberadamente exacerbadas por respeito à autonomia da vontade, que não deve ser levemente rompida.

Superadas essas barreiras, dentro de um parâmetro de boa-fé, na constância do conflito constitucional entre o acesso à justiça e a autonomia da vontade, carecendo de complementação fática para consubstanciar a discussão, e observada a

realidade da possível onerosidade excessiva, há de se considerar a possibilidade de revisão judicial da cláusula arbitral.

4.4. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA CONSTÂNCIA DO PACTO ARBITRAL

A formação e manutenção de todo contrato, depende de uma série de pressupostos que existem paralelamente às obrigações estabelecidas neles, mesmo que não escritas, a fim de possibilitar a própria continuidade do pacto.

Contudo, é cediço a possibilidade de não manutenção das condições originais do acordo. Conquanto os fatos da vida não sejam *de per si* relevantes para o mundo jurídico, dadas certas situações, eles se tornam, e passam a ser jurídicos também.

No presente trabalho, foi suscitado um problema contratual cujas consequências constitucionais podem levar à prejudicar a eficácia da convenção de arbitragem.

Marcos Bernardes de Mello (2015, p. 23) quando trata da eficácia leciona:

O ser fato jurídico e o poder irradiar consequências jurídicas, portanto, constituem, respectivamente uma qualificação e uma imputação que a norma jurídica faz a fatos da vida por sua relevância para o homem no meio social.

Assim, difere-se a convenção arbitral da sua eficácia negativa da prestação judicial. O acordo de vontades é diferente da força que gera para afastar o acesso ao poder judiciário. Conforme, confirmando-se a possibilidade de afetar a convenção, o socorro ao poder judiciário é aquele meramente para ter seu pleito ouvido, primeiramente na tentativa de socorrer a sobrevivência da convenção, e em segundo lugar para parcialmente afastar sua incidência conforme uma condição de incapacidade de manutenção financeira do procedimento perdurar.

5. CONCLUSÃO

No primeiro capítulo do trabalho, estabeleceu-se a natureza e utilidade da Arbitragem. Um instituto antigo, mas em constante evolução, criado para utilizar-se da expertise e confiança das pessoas em árbitros, para solucionar demandas e criar paz social. Ainda, se estabeleceu a controvérsia quanto ao caráter jurisdicional deste, bem como a mudança atingida no ordenamento brasileiro com a promulgação da Lei da Arbitragem, a lei federal 9.307/96. É cediço, e é a opinião majoritária da doutrina, que existe um caráter jurisdicional deste instituto.

No segundo capítulo do trabalho, se analisou um grupo de procedimentos e regimentos de custeio de cortes arbitrais. Pode-se observar a variação significativa nos valores e formas de cobrança e vencimento dos regimentos, que indica uma realidade particular à cada corte.

O terceiro capítulo se dedicou a analisar as consequências dos defeitos na relação contratual que forma a arbitragem, bem como observar sob o viés constitucional os direitos fundamentais envolvidos. Conforme a junção desses dois aspectos, conjecturou-se a possibilidade de uma intervenção judicial na convenção arbitral.

Na concepção deste trabalho, se objetivou a produção de uma análise de uma fração da realidade arbitral do país, para se extrair entendimentos mais apurados sobre as condições em que se encontram as partes de arbitragens institucionais. Conforme a busca se deflagrou, observou-se a possibilidade dessas partes que optaram por um meio específico para dirimir seus litígios, se verem impossibilitadas de fazer essa dissolução, visto que as condições para iniciar a respectiva dissolução, não foram implantadas. A parte que elege arbitrar, e uma vez o feito, não consegue custear a arbitragem se encontra num enigma lógico, sem ter soluções completas para a situação.

Compreender esses dizeres genericamente é simples. É a colisão entre a autonomia privada e a inafastabilidade da jurisdição – onde a arbitragem demonstrada e indubitavelmente se instala. A questão que gera verdadeira profundidade à matéria analisada é que autonomamente seja irrelevante a assertiva “A parte quis arbitrar, mas se viu impossibilitada”.

Desde a formação do acordo que convencionou a arbitragem, existem pesos normativos-éticos nos ombros dos contratantes que lhes impõem obrigações de prudência. Existem deveres anexos do comportamento de boa-fé que precisam ser analisados a manter a integridade do pactuado. Nunca se reputará como lícito que as pessoas que firmam seus contratos deles se vejam livres pura e simplesmente, em detrimento dos outros contratantes. A sociedade se desenvolve no seu bojo social – e principalmente jurídico – progressivamente acrescentando ao bojo dela mesma novos parâmetros comportamentais, parâmetros esses que não podem ser ignorados.

As proteções constitucionais que incidem sobre a matéria não concorrem, mas sim colidem entre si, gerando a necessidade de avaliá-las casuisticamente. Os fatores relevantes aos julgadores, e, portanto, preponderantes à análise em questão são muitos, e dificilmente ubíquos.

Como se não já profunda e complexa a questão, outro – nada diminuto – fator entra em voga: As realidades arbitrais nas diferentes cortes do país são tremendamente diferentes. Convivem no mesmo território cortes que tem preços competitivos com o próprio sistema judiciário, enquanto há cortes que malmente ponderam abrir suas portas para lides de valores menores a uma centena de milhar. E essa conclusão, porquanto importante, e aqui consubstanciada numa aferição real do mercado das cortes arbitrais no país poderia ter sido adivinhada meramente pela compreensão do histórico da arbitragem: Os árbitros existiram, existem e existirão para resolver problemas, e, há problemas de todas as montas. A arbitragem parece se demonstrar crescentemente não como um instituto caro, mas sim, como aquele adequado à múltiplas situações. Porque a múltiplas situações, se adequa.

Arguições de ônus excessivo na relação de custeio dessas arbitragens são corporificadas de direito que tem todo *fumus boni iuris* quando analisado de forma exclusivamente teórica. Contudo, sob a luz da realidade, aquelas demandas que pretensamente têm corpo jurídico, sob um olhar mais cético começam a demonstrar certa magreza de probabilidades.

Não há que concluir-se nesse trabalho que há uma flagrante possibilidade de revisão das convenções arbitrais – enquanto, observe-se, parece existir espaço

argumentativo para tanto. Entretanto é imperativo observar-se o quão fracionaria seria a possibilidade de factualmente ocorrer de alguém se encaixar devidamente em todas as barreiras erigidas que foram observadas no trabalho.

Parece leviano, num país recentemente acometido por desastres ambientais de enormes proporções e totalmente imprevistos pelas vítimas, dizer que situações de acometimento de excessivos ônus para certas partes não ocorrerão, ou numa sociedade diversa como a brasileira acreditar que não haverá convenções firmadas de boa-fé por entre alguns desses. Mas a probabilidade continua parecendo exígua.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 215, jan./mar. 1999, p.151-179.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 978-85-02-09126-9.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1115596 – Proc. 2009/0004349-9. Recorrente: Sementes Selecta LTDA. Recorrido: Rodrigo Emanuel Paiva. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DJ 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada 1210 GB. Proc. 2006/0185918-6. Recorrente: Sementes Selecta LTDA. Recorrido: Rodrigo Emanuel Paiva. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DJ 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 0004512-84.2006.0.01.0000. Reclamante: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DJ 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 37. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>>. Acesso em: 30 out. 2018

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018: ano base 2017. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, abr. 2018. p. 139-161.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-224-5584-3.

Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <<https://camara.fgv.br>>. Acesso em 01/05/19.

CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: < <https://www.camesbrasil.com.br/>>. Acesso em: 01/05/2019 out. 2018.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário à lei 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2009. ISBN: 978-85-203-7253-1.

CBMAE – Câmara Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: < www.cbmae.org.br/>. Acesso em: 01/05/2019

CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <<http://www.cbma.com.br/>>. Acesso em: 01/05/19.

CEBRAMAR - Centro Brasil de Mediação e Arbitragem. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <<https://www.cebramar.org.br/>>. Acesso em: 01/05/19.

CIESP/FIESP - Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.com.br>>. Acesso em: 01/05/19.

_____. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 58, abr./jun. 1990, p. 33 - 40.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. ISBN: 978-85-442-0660-7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

ISBN: 978-85-02-10639-0.

EISEMBERG, THEODORE e MILLER, P. GEORGE. 2013. **The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts.** Cornell Law Review. 2013, Vol. 98, 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria geral.** 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011. ISBN: 978-85-375-0915-9.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8258-4.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Obrigações. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.2.

LEMES, Selma. **A função e o Uso do Termo de Arbitragem.** Valor Econômico. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/>>. Acesso em: 05. nov. 2018.

_____. **Curso de Direito Civil: Teoria geral e Contratos em Espécie.** 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2015. ISBN: 978-85-224-974-3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, vol. 1. ISBN: 978-85-5321-271-2.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem através dos tempos: Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil.** Disponível em: <<http://batistamartins.com>>. Acesso em: 30 out. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** São Paulo, SP: Editora Marcial Pons, 2015. ISBN 978-85-66722-35-2.

_____. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-85-472-2895-8.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte.** 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62714-7

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Da Boa-Fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 1984, p. 315.

REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>>. Acesso em: 30 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 978-85-309-7132-8.

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem, confiança e boa-fé: a autoridade do pacto ético entre os sujeitos da arbitragem. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.184-210. ISBN: 978-85-66722-16-1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 95, de 15.12.16. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. ISBN: 978-85-392-0357-4.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-02-19801-2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual** - vol. I: teoria do direito processual civil, processo de conhecimento, processo comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8350-5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 15. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2015. ISBN: 978-85-224-9570-2.

VERDE, Giovanni. **Arbitrato e giurisdizione, in L'arbitrato secondo la Legge 28/83**. Nápoles: Jovene Editore, 1985, p.161-182 *in* CARMONA, Carlos Alberto. *Revista de Processo*. São Paulo, abr./jun. 1990. Vol. 58, p. 33-40.