

A mais doce das jabuticabas:

os honorários de sucumbência na arbitragem comercial brasileira*

Daniel Jacob Nogueira¹

1. Introdução: *Not all jabuticabas are created equal*

O tropo da ‘jabuticaba’ é velho conhecido dos arbitralistas, em especial daqueles que olham para a arbitragem brasileira pelo prisma da internacionalidade. Aliás, tão disseminado o seu uso que a referência é encontrada nos trabalhos de Carmona², Gustavo Schmidt³ e Lauro Gama⁴, apenas para citar alguns.

Partindo da premissa de que “há outras coisas no Brasil que causam estranheza no exterior além da jabuticaba”⁵, a frutinha é utilizada para designar, de modo pejorativo, qualquer peculiaridade de nosso microsistema que seja aberrante aos olhos da comunidade arbitral internacional.

Essa rejeição às proverbiais jabuticabas deriva, em parte, do reconhecimento de quanto a comunidade global valoriza a uniformidade das normas nacionais aplicáveis à arbitragem internacional. O que se espera – em especial dos países que buscam consolidação no cenário mundial de seu status como sede atrativa para procedimentos internacionais – é que se caminhe

* Originalmente publicado como parte integrante da obra DIREITO INTERNACIONAL E ARBITRAGEM – ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. CLÁUDIO FINKELSTEIN. São Paulo: Quartier Latin, 2019. fls 521 - 538

¹ *Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators*. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Sócio fundador do escritório Jacob & Nogueira Advogados em Manaus. Graduado em Direito pela Universidade do Federal Amazonas. Mestrado pela Universidade do Texas em Austin.

² CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas. In: *Migalhas*, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> (acesso em 09 set. 2019)

³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor portuário (sem tantas jabuticabas): considerações sobre o Decreto nº 8.465/2015. In: *Interesse Público [recurso eletrônico]*. Belo Horizonte, v.20, n.110, jul./ago. 2018. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/29822> (acesso em 09 set. 2019)

⁴ GAMA E SOUZA JR, Lauro. “Realidade e Desafios de Ser Árbitro no Brasil. ICC Masterclass. São Paulo. 15 de maio de 2014” in *Revista Brasileira de Arbitragem*. Volume XI n. 42. São Paulo, 2014. pp. 7-14.

⁵ GARCIA DA FONSECA, Rodrigo. “Cláusulas arbitrais entram em quase todos os contratos do país” in *Valor Econômico*. 01/12/2011.

em direção à homogeneidade. Portanto, em tais mercados, tudo que anda na contramão da Lei Modelo e da Convenção de Nova Iorque tende a ser mal recebido⁶. No caso do Brasil, o seu sistema monista (ou seja, fato de que adota o mesmo regramento normativo para a arbitragem doméstica e para a internacional) faz com que a preocupação com eventuais desvios da norma padrão seja ainda maior, já que não é possível segregar a aplicação da anomalia apenas nos procedimentos desprovidos de elementos transnacionais. Daí porque a preocupação de aderir, na nossa prática arbitral – mesmo quando tipicamente doméstica – às melhores práticas da arbitragem internacional.

De outro lado, a crítica também deriva da pragmática preocupação de Carmona ao desagrar a multicitada mirtácea:

*O título deste ensaio, em conclusão, é uma injustiça para com as doces e saborosas jabuticabas, produto genuinamente brasileiro (dizem!). Considerando que a arbitragem desenvolveu-se muito bem em nosso país nos últimos 20 anos, não convém reinventar a roda. Melhor seria que o Decreto fosse imediatamente revogado, ficando reservado nosso exotismo às frutas, não às leis.*⁷

Eis que nem tudo que se consideraria exótico aos olhos de experimentados arbitralistas estrangeiros é necessariamente rejeitado pela práxis arbitral brasileira. Como veremos, é exatamente esse o caso do emprego de honorários sucumbenciais no âmbito da arbitragem comercial, objeto do presente estudo.

Nas breves linhas que se seguem, pretende-se primeiro refletir sobre os modelos de tratamento de honorários no âmbito da arbitragem internacional para, subsequentemente, proceder ao exame de algumas sentenças arbitrais, a fim de extrair das mesmas exemplos práticos e, com base nas mesmas, propor uma análise crítica do tema.

⁶ JACOB NOGUEIRA, Daniel. “Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.937 de 2011, em trâmite perante a Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, que objetiva alterar a Lei nº 9.307, de 1996”, in *Revista Brasileira de Arbitragem* Volume XI n. 42. São Paulo, 2014 pp. 174 – 202

⁷ CARMONA, *op. cit.*

2. Honorários de advogado no contexto da arbitragem internacional

Presumindo um v[er]bo normativo, um hipot[et]ico julgador com ampla discricionariedade poderia optar por diversos modelos distintos para lidar com a quest[ao] dos honor[ar]ios dos advogados que representam as partes no lit[ig]io. Sem a pretens[ao] de esgotar todas as hip[ot]eses existentes, algumas das op[ç]o[es] a seu dispor seriam as seguintes:

- i. Deixar com que cada parte arque integralmente com as despesas de sua pr[op]ria defesa, sem levar em considera[ç]o[es] o resultado da demanda. A rigor, em tal cen[ar]io – que a doutrina comparada historicamente identifica como *American Rule*⁸ – sequer [e] necess[ar]io decidir sobre honor[ar]ios. O julgador decide apenas a demanda e cada parte lida com seus respectivos representantes, nas medidas dos respectivos contratos.
- ii. Condenar a parte sucumbente a ressarcir a parte vencedora os honor[ar]ios que esta [u]ltima deve contratualmente aos seus advogados. Tal modelo [e] conceitualmente chamado de *English Rule* e incorpora o princ[ip]io geral de que “*costs follow the event*” (ou “o custo segue o evento”). Importante notar que, na sua aplica[ç]o[es] pr[atic]a, a *English Rule* pode ter in[um]eras varia[ç]o[es], a depender da defini[ç]o[es] do que constitui a verba ressarc[iv]el, que pode ser “honor[ar]ios razo[ave]is”, “honor[ar]ios necess[ar]ios” e excluir ou n[ao] honor[ar]ios de sucesso⁹. Tamb[em] digno de nota que essa modalidade de condena[ç]o[es] honor[ar]ia tem clara natureza indenizat[or]ia. Nas cortes inglesas, por exemplo a *English Rule* (com raras exce[ç]o[es]) est[ar] sujeita a uma regra denominada *indemnity principle*, assim enunciada: “uma parte n[ao] pode receber, a t[itu]lo de condena[ç]o[es] honor[ar]ia, mais do que aquilo que deve ao seu pr[op]rio advogado”.¹⁰ Portanto, em linhas gerais, tal modelo representa o ressarcimento dos honor[ar]ios contratuais ao vencedor.

⁸ LEUBSDORF, John. “Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery?” in *Law and Contemporary Problems*. Vol. 47. N. 1. 1984. pp. 9-36.

⁹ BREGER, Marshal J. “Compensation Formula For Court Awarded Attorney Fees” in “?” in *Law and Contemporary Problems*. Vol. 47. N. 1. 1984. pp. 249-268.

¹⁰ *Harold v Smith* [1865] H&N 381 e *Gundry v Sainsbury* [1910] 1KB 645 CA.

- iii. Condenar a parte sucumbente a pagar uma verba de sucesso diretamente aos advogados da parte vencedora, independentemente dos termos da relação contratual dos dois últimos. Este é o clássico modelo de honorários sucumbenciais brasileiros aplicado no âmbito dos litígios perante as cortes estatais nacionais, tal como regulado pelo Código de Processo Civil e, em menor escala, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em geral, as questões processuais e procedimentais que emergem nas lides judiciais perante órgãos judiciais estatais tendem a seguir um amplo arcabouço normativo preexistente, respeitando as opções de política pública adotadas em cada jurisdição. Tradicionalmente, isso significa que as regras são mais claras e mais resistentes à flexibilização.

A contrário senso, na arena da arbitragem internacional é mais comum aproximar-se de instrumentos mais maleáveis (os quais, exatamente por isso, tendem a ser mais abertos à interpretação). Tipicamente, a *lex arbitri* sequer tenta ser tão exaustiva quanto a correspondente legislação processual nacional, pois sabe que a prática arbitral é complementada em grande medida pela vontade das partes, pelos regulamentos institucionais, pelas melhores práticas refletidas nos instrumentos de *soft law*, pela razoável expectativa das partes e, se nada mais der certo, pela ampla discricionariedade procedimental residual dos árbitros.

O fruto do distanciamento da prática arbitral internacional das múltiplas normas processuais domésticas muitas vezes é a criação de padrões verdadeiramente internacionais para lidar com temas recorrentes, os quais, em cada caso concreto, vão sendo adaptados a eventuais peculiaridades impostas por lei ou pelas as quais as partes optaram.

É exatamente esse o cenário do tratamento da questão dos honorários profissionais dos representantes das partes. Levando em consideração as *leges arbitri* mais comuns, os grandes regulamentos institucionais e, especialmente, a reiterada prática internacional, Gary Born defende, quanto a esse tema, que seja adotado um desenho internacional *sui generis*, com raízes no *English Rule*, no qual (a) a parte vencedora presumivelmente tem direito a ser reembolsada de honorários na sentença arbitral; (b) apenas os custos e honorários razoáveis devem ser reembolsados; e (c) gastos que foram ineficientes ou desnecessários não serão reembolsados, enquanto os custos resultantes da necessidade de responder a posições irrazoáveis ou em

violação ao dever de cooperação serão ressarcíveis.¹¹ Tal proposta, com algumas exceções, encontra eco na casuística arbitral internacional que hoje, via de regra, tem na *English Rule* um ponto de partida para fixar a forma de lidar com tais verbas.

Waincymer também reforça o entendimento de que seria “indesejável o tribunal aplicar a lei doméstica nas questões relativas a custos e honorários”, mas reconhece que as práticas locais tendem a influenciar a discricionariedade dos árbitros de tempos em tempos.¹²

Antes de demonstrar quão verdadeira é a observação do mestre australiano no caso dos honorários sucumbenciais, importante refletir sobre como um teórico arbitralista estrangeiro típico com experiência internacional enxergaria uma sentença arbitral segundo cada um dos modelos à disposição do nosso hipotético julgador citado acima.

É fácil concluir que se um tribunal arbitral, limitado apenas pelas fronteiras de sua ampla discricionariedade, submetesse às partes uma sentença de custos e honorários segundo o *English Rule*, o arbitralista muito provavelmente concluiria que os árbitros teriam agido de acordo com a legítima expectativa das partes. Ainda que pudesse pontualmente discordar sobre um ou outro *standard* aplicado na decisão de custos, muito dificilmente ficaria surpreso e certamente não ficaria escandalizado.

Já se o mesmo tribunal – sem qualquer restrição imposta pelo regulamento ou pelas partes – aplicasse o *American Rule*, o mesmo arbitralista muito provavelmente resmungaria bastante com críticas à sentença que, a seus olhos, seria pouco sábia. No entanto, despeito de profundamente discordar da decisão, não a consideraria necessariamente uma aberração.

Agora imaginem o exato mesmo cenário, mas desta vez a sentença arbitral condena a parte vencida a pagar um crédito autônomo de dez a vinte por cento do valor da condenação diretamente aos advogados da parte vencedora. Não é impossível imaginar a reação horrorizada do arbitralista estrangeiro, bradando sobre a inexistência de jurisdição do Tribunal Arbitral para constituir um crédito em favor de quem sequer é parte do procedimento arbitral ou da convenção de arbitragem. Outrossim, a perplexidade seria exponenciada se o percentual de honorários fosse

¹¹BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009, p. 2495.

¹² WAINCYMER Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Haia: Kluwer Law International, 2012, p. 1199

em muito superior aos contratualmente devidos aos profissionais em decorrência de seu trabalho no procedimento. Não tenho dúvida de que, aos olhos de quem está desacostumado com a processualística forense do judiciário brasileiro, uma decisão dessas não só causaria estranheza como seria verdadeiramente indigesta.

3. O tratamento de honorários nas sentenças arbitrais brasileiras

Tendo em mente a um só tempo as imaginadas reações antecedentes e o fato de que, no plano normativo, a arbitragem doméstica brasileira é indistinguível da arbitragem internacional no Brasil, passemos à análise de alguns casos concretos nacionais para ilustrar as diferentes posições quanto aos honorários advocatícios, na prática.

3.1. American Rule

No Procedimento Arbitral 63/11 da CAM-CCBC¹³, no qual litigavam entre si Marne LLC. e Grupo Itamarati Empreendimentos e Participações, o Tribunal formado por Maristella Basso (Presidente), Cláudio Finkelstein e Elenora Coelho julgou a demanda quase que integralmente procedente em favor da demandante e rejeitou todos os pedidos da requerida.

A despeito disso, ao apreciar na sentença os pleitos formulados por ambas as partes quanto à condenação em custas e honorários, o Tribunal Arbitral condenou a requerida a reembolsar a requerente de todos os custos incorridos com o procedimento, ressalvando, todavia que “cada uma das Partes deve arcar com os honorários de seus advogados”.

Vale registrar que, longe de ser uma decisão tecnicamente equivocada – o que seria atípico para os membros do Tribunal em geral e para o Professor Finkelstein, em particular – a aplicação do *American Rule* no caso concreto do referido procedimento estava absolutamente justificada. É que, por mais que todas as partes do procedimento tivessem pleiteado no curso do mesmo a condenação de honorários advocatícios às suas respectivas partes *ex adversas*, o Termo de Arbitragem firmado por todas expressamente consignava no seu item 12.10 que “Cada uma das Partes arcará com os honorários contratados com seus respectivos advogados”.

¹³ Disponível nos autos do processo judicial 1071071-80.2016.8.26.0100

Considerando que a lei brasileira interpreta o Termo de Arbitragem como uma complementação da cláusula compromissória¹⁴, absolutamente razoável a interpretação do tribunal de que não tinha discricionariedade para desviar do modelo de honorários expressamente fixado pelas partes.

Por mais que há quem possa arguir que – a despeito do foi definido no Termo de Arbitragem – o fato de que todas as partes pediram a condenação em honorários no curso do procedimento poderia ser interpretada como modulação do adendo à convenção, prudente foi a posição do Tribunal Arbitral de aderir aos expressos comandos procedimentais das partes.

De um modo ou de outro, desse exemplo deriva nossa primeira constatação: as partes podem – e, preferencialmente, deveriam sempre que possível – exercer a autonomia de sua vontade para fixar precisamente o modelo de condenação de honorários a ser observado em cada específico procedimento arbitral. Vale lembrar que o exercício dessa autonomia pode ocorrer de forma primária, por estipulação conjunta das partes na convenção arbitral, no termo de referência ou a qualquer tempo durante o procedimento arbitral, como também pode ocorrer de forma secundária, por meio da eleição direta ou indireta de eventual regulamento institucional aplicável a seu procedimento.

3.2. *English Rule*

O Procedimento arbitral 17446/JRF/CA¹⁵, no âmbito do administrado pela CCI, é um exemplo interessante. Sendo a demandante LAEP INVESTMENTS LTD. sediada nas ilhas Bermudas e os demandados, do Grupo Emerging Market Special, com sede nas ilhas Cayman, tal procedimento, sediado em São Paulo, tinha caráter genuinamente internacional. Registre-se que cada um dos lados estava representado por grandes bancas dos Estados Unidos, das Bahamas e do Brasil.

¹⁴ Art. 19 § 1º da LArb: Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

¹⁵ Disponível nos autos do processo judicial 2039411-65.2013.8.26.0000

Nos termos da tradução juramentada encartada ao processo judicial que a tornou pública, a sentença arbitral subscrita por Pedro Antônio Batista Martins, William W. Park e Gabrielle Kaufmann-Köhler assim decidiu as matérias referentes aos honorários:

375. Nos termos do Artigo 31(3) do Regulamento CCI, “a Sentença final deve fixar as custas da arbitragem e decidir qual das partes terá de assumidas pelas partes”. É aceitável que esse regulamento permita ao Tribunal amplos poderes para decidir a alocação das custas da arbitragem. Também está geralmente consolidado que o Tribunal deve apresentar as razões da decisão por ele adotada em conformidade com o Artigo 25(2) do Regulamento.

376. Um método comum é a adjudicação das custas em favor da parte vencedora ou, quando nenhuma parte claramente vencer, alocar as custas levando em consideração o sucesso relativo das reivindicações e das defesas (“as custas acompanham a decisão”). Outro critério adotado pelos tribunais de arbitragem segundo o Regulamento da CCI é a conduta geral de uma parte e a natureza mais ou menos grave do processo no qual ela se defendeu. As custas reivindicadas também precisam ser razoáveis e necessárias.

377. O Tribunal observa primeiramente se os Advogados de ambos os lados conduziram esta arbitragem com elevados padrões profissionais.

378. Além disso, ao determinar a decisão de custas apropriada, o Tribunal tem considerado o fato de que este tem sido um caso complexo. No entanto, também deve ser considerado que as Requeridas venceram em quase todas as questões substantivas do processo, ou seja, a validade e a aplicabilidade dos Contratos de Junho e as violações pela requerente do contrato de empréstimo e do contrato Matriz, bem como no Instrumento de Garantia. No entanto, as Requeridas não venceram no pedido delas fundamentados na opção de compra e venceram apenas parcialmente dos pedidos de tutela.

379. O Total das custas da requerente incorridas nesta arbitragem, incluindo os adiantamentos pagos à CCI, soma US\$ 3.602.131 e US\$ 2.084.124, enquanto que o total das custas das Requeridas soma US\$ 8.832.297,47. Tendo em conta a complexidade do caso, o Tribunal considera que os honorários advocatícios de ambas as partes são razoáveis. O Tribunal considerou também a observação das requeridas de que o advogado brasileiro da Reclamante concordou em ser remunerado em grande medida com base em uma taxa de sucesso.

380. Tendo considerado todas as circunstâncias do processo e no exercício de seu poder, o Tribunal determina que as Requeridas arquem com 20% e a requerente com 80% das custas desta arbitragem. O Tribunal também determina que a Requerente arque com seus próprios honorários advocatícios e reembolse às Requeridas 80% dos honorários advocatícios e outras despesas razoavelmente incorridas com relação a esta arbitragem, que ele fixa em US\$ 6.745.838 (80% dos US\$ 8.432.297).

Percebe-se na decisão a adoção quase que perfeita do *English Rule*, segundo o standard *sui generis* proposto por Gary Born, o qual, por sua vez, é aplicável ao caso por decisão do Tribunal, no exercício da discricionariedade conferida pelo Regulamento da CCI. Vale notar que a decisão especificamente incorporou honorários razoáveis de sucesso no escopo do valor a ser pago à parte vencedora.

Na opinião do autor, decisões sobre honorários similares à acima transcrita são coerentes com as melhores práticas da arbitragem internacional (e, por consequência, com as melhores práticas da arbitragem doméstica brasileira) e, à mingua de demonstração em contrário, as mais compatíveis com as legítimas expectativas das partes usuárias do instituto.

3.3. *Honorários sucumbenciais nos moldes do Processo Civil brasileiro*

3.3.1. **Condenação de honorários sucumbenciais sem a anuência de uma das partes**

Ao sentenciar a arbitragem n.º 92/2014/SEC4¹⁶, administrada pelo CAM/CCBC, e nos quais eram partes a CAMARGO CORRÊA S.A.(CCCC) Requerente v. ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL (ESBR) o Tribunal Arbitral, formado por respeitadíssimos arbitralistas assim decidiu o tema de honorários:

834. (...) sobre os demais pedidos de condenação ao pagamento de custas feitos pelas Partes, as regras que se aplicam à decisão sobre os custos estão contidas no artigo 10.4.1 do Regulamento, o qual dispõe:

Da sentença constará, também, se for o caso, a responsabilidade das partes pelos custos administrativos, honorários dos árbitros, despesas, e honorários advocatícios, bem como o respectivo rateio, observando, inclusive, o acordado pelas partes no Termo de Arbitragem.

¹⁶ Disponível nos autos do processo judicial 0042500-83.2017.8.19.0001

835. Além disso, a cláusula 27.1.3(g) do Contrato prevê que "os custos do procedimento arbitral, incluindo honorários de advogados e despesas, serão suportados de acordo com a forma determinada pelo tribunal arbitral, salvo se as Partes optarem por outra forma em comum acordo e por escrito".

836. Ainda, o parágrafo 12.9 do Termo de Arbitragem estabelece que "observadas as disposições deste Termo de Arbitragem, o reembolso dos honorários dos Árbitros e peritos indicados pelo Tribunal Arbitral, custos e taxas de administração do Procedimento Arbitral deverão ser fixados na Sentença Arbitral, proporcionalmente à intensidade da sentença, em relação à parte vencida".

837. Em consequência, na presente Sentença Final o Tribunal Arbitral fixará os custos da arbitragem descritos acima e decidirá qual das Partes deve arcar com o seu pagamento ou em que proporção deverão ser repartidos entre as Partes.

838. O Tribunal Arbitral conclui que deve aplicar a regra segundo a qual a parte sucumbente deve arcar com os custos do procedimento. No entanto, considerando que a Requerente foi parte vencida no Pedido Cautelar e que a Requerida foi parte vencida na fase de mérito, o Tribunal Arbitral decide que a Requerida deve arcar com seus próprios custos e com 75% dos custos incorridos pela Requerente. O Tribunal Arbitral nota, sobre esse ponto, que a Requerida se opõe ao reembolso dos honorários de êxito da Requerente. No entanto, conforme esclarecido pela Requerente, esta está pedindo o reembolso apenas daquela parte dos honorários de êxito necessária para cobrir o valor das horas efetivamente incorridas pelos advogados. O Tribunal Arbitral conclui, portanto, que não existe óbice ao reembolso dessa parcela dos honorários de êxito.

839. Em consequência, dado que a Requerente incorreu em R\$ 1.934.846,68 a título de honorários advocatícios e R\$ 495.542,92 a título de despesas, totalizando R\$ 2.430.389,60, a Requerida deve reembolsar à Requerente 75% desse valor, isto é, R\$ 1.822.792,20. Tal valor deverá ser corrigido de acordo com a variação do IGP-M e acrescido de juros de 1% ao mês a partir da data desta sentença até o efetivo pagamento.

840. Além disso, os honorários dos árbitros, custos e taxas de administração do procedimento arbitral a serem fixados pelo CAM/CCBC devem ser arcados em 75% pela Requerida e em 25% pela Requerente. Portanto, os valores a serem reembolsados à Requerente a esse título também deverão ser corrigidos de acordo com a variação do IGP-

M e acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da data desta sentença até o efetivo pagamento.

841. Por último, o Tribunal Arbitral condena a Requerida a pagar aos advogados da Requerente o valor de R\$ 800.000,00 a título de honorários de sucumbência. O Tribunal Arbitral nota que a Requerida se opôs à fixação da sucumbência no Termo de Arbitragem, mas tal objeção não foi repetida em seus comentários à manifestação da Requerente sobre os custos da arbitragem. De qualquer forma, o Tribunal Arbitral entende que a condenação ao pagamento de sucumbência é admitida pelo direito brasileiro, sendo, portanto, devidos os honorários de sucumbência.

Neste caso, o Tribunal Arbitral (a) adotando o esperado *standard* de “*costs follow the event*”, condenou a Requerida a pagar 75% dos honorários advocatícios efetivamente incorridos pelo Requerente, limitando, todavia, o ressarcimento de honorários de êxito apenas ao valor necessário para cobrir o valor das horas efetivamente incorridas pelos advogados, em função de ser esse o limite do pedido formulado pela parte e, (b) a despeito da original objeção de uma das partes, condenou a demandada “a pagar aos advogados da Requerente o valor de R\$ 800.000,00 a título de honorários de sucumbência”, argumentando, em parte que “a condenação ao pagamento de sucumbência é admitida pelo direito brasileiro, sendo, portanto, devidos os honorários de sucumbência”.

Não parece que a primeira parte da decisão quanto aos honorários mereça reparos ao aplicar o *English Rule*, segundo o pedido das partes.

Todavia, ao mesmo tempo que o autor registra a sua mais alta estima e genuína admiração aos respeitáveis membros do Tribunal, ousa constatar que, sob uma visão estritamente técnica, é impossível não encarar com perplexidade a decisão referente aos ônus sucumbenciais.

A primeira preocupação diz respeito a um aparente erro de julgamento o qual, enquanto passível de críticas acadêmicas, não sujeita a sentença arbitral ao risco de nulidade (uma vez que o Tribunal Arbitral é soberano na determinação dos fatos e do direito do fundo do litígio, inclusive para errar ao determiná-los).

O Tribunal, à toda evidência, recorreu a dois argumentos autônomos para concluir pela possibilidade de condenar a parte derrotada a pagar os tais ônus sucumbenciais. De um lado, concluiu que a parte abandonou, no curso do procedimento, um dos argumentos que originalmente havia registrado no Termo de Arbitragem. Tal ponto é inconsequente para a nossa análise.

De outro lado, e com aparente independência do primeiro fundamento, concluiu o Tribunal Arbitral que o direito brasileiro admite a condenação em honorários sucumbenciais e, por consequência disso, eles seriam devidos no caso concreto.

Tal fundamento, isoladamente considerado, é problemático. A fonte normativa dos honorários sucumbenciais é, essencialmente, o Código de Processo Civil, ainda que o instituto seja também citado no âmbito do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Nenhum dos dois diplomas, todavia, dialoga adequadamente com o microsistema arbitral.

A doutrina arbitralista nacional é enfática e uníssona ao insistir que, afora raríssimas e expressas exceções¹⁷, o Código de Processo Civil não é fonte da normatização procedimental da arbitragem, nem mesmo de forma subsidiária. Nesse sentido, defende CARMONA:

Tenho insistido – para espanto de muitos, especialmente daqueles que não estudam o Direito Processual com a necessária profundidade – que o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Parece heresia. Não é. Se os princípios do processo civil orientam e permeiam o processo arbitral (como também permeiam o processo constitucional, o processo administrativo, o processo tributário) o Código de Processo Civil tem utilização bem mais restrita e deve ser consultado no âmbito dos tribunais estatais. Princípio é uma coisa, lei é outra, de modo que os princípios gerais do processo são aplicáveis, é claro, a todos os processos, entre eles o arbitral, sem que haja necessidade de recorrer às normas processuais codificadas que regem o processo estatal.

(...)

¹⁷ Como é o caso da explícita e pontual remissão do art. 14 da Lei de Arbitragem:

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

É assim que entendo deva a arbitragem ser estudada: como um sistema, apartado daquele oferecido pelo Estado. Isto vai causar uma série de perplexidades e interpretações duvidosas. Quem vê um ornitorrinco pela primeira vez pode imaginar que se depara com uma lontra com bico de pato; quem maneja a arbitragem sem conhecimento pode pensar estar lidando com um processo igual àquele oferecido pelo estado, que corre perante juízos privados. Duas imagens erradas, dois erros grosseiros.

*Espero ter convencido o leitor, em conclusão, de que arbitration is different.*¹⁸

Assim, os honorários sucumbenciais estão previstos na legislação brasileira do mesmo modo que está previsto o agravo de instrumento e a figura da gratuidade da justiça. Todos são conceitos tipicamente processuais e aplicáveis às lides que ocorrem no âmbito do Poder Judiciário. Todos regulam o procedimento estatal (ou, pelo menos, criam uma matriz de incentivos condizentes com a *public policy* perseguida pelo legislador no âmbito do processo estatal). O simples fato de que tais institutos são admitidos pelo direito brasileiro não significa que tenham aplicabilidade no âmbito do procedimento arbitral.

Aliás, registre-se a aparente incoerência de que o mesmo autor que rejeita as ‘jabuticabas’ e que defende a absoluta inaplicabilidade das normas processuais codificadas que regem o processo estatal à arbitragem também defenda, quanto ao tópico dos honorários sucumbenciais, a seguinte posição:

*Resta saber se, ausente qualquer avença das partes acerca das verbas sucumbenciais, poderá o árbitro dispor a respeito na sentença que vier a proferir. Impõe-se a afirmativa: com efeito, se nada tiver sido estipulado sobre a incidência de honorários advocatícios, deve-se entender que o árbitro está autorizado a utilizar os parâmetros estabelecidos pelo Código de Processo Civil.*¹⁹

Por fim, recorrer ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil para defender a aplicação de honorários sucumbenciais também não parece apropriado pois, em primeiro lugar, tal norma não regulamenta os honorários sucumbenciais senão para dizer que, quando forem devidos,

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. “Em Torno do Árbitro” in *Revisa de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Janeiro-Março 2011. pp. 47-63.

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/906*. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p 213 - 214.

serão de titularidade do advogado. Em segundo lugar, recorrer ao Estatuto para justificar tal verba tem dificuldades especiais no âmbito da arbitragem, uma vez que no procedimento arbitral a parte pode ser representada por qualquer pessoa, inclusive por advogados inscritos em outras jurisdições mundo afora. A questão fica mais complexa se, por exemplo, uma das partes está representada por um advogado brasileiro, regularmente inscrito na Ordem, e a outra está representada por um engenheiro e por um advogado sul-africano. Evocar o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil para defender a condenação em honorários sucumbenciais, nesse contexto, apenas enfatiza o quanto tal tentativa se assemelha ao esforço de encaixar uma peça quadrada em um buraco triangular.

Nada obstante, independente da justificativa retórica utilizada para fundamentar a condenação em honorários sucumbenciais, a sentença 92/2014/SEC4 – aqui usada apenas como exemplo de todos os casos em que os tribunais arbitrais impõem tal verba, a despeito da objeção das partes – sofre de uma falha mais fundamental, e que põe em sério risco a validade da sentença arbitral.

É que os árbitros, do mesmo modo que os juízes togados, são dotados de poder jurisdicional. A diferença, todavia, é que a jurisdição do juiz deriva do Estado, como reflexo de sua soberania e, portanto, atinge a todos que possam voluntária ou involuntariamente encontrarem-se sujeitos ao exercício dessa soberania estatal; já a jurisdição do árbitro deriva diretamente do consentimento das partes e é tão somente reconhecida pelo Estado.

Por mais que o exercício da jurisdição normalmente seja limitado às partes do processo, no caso da condenação em honorários sucumbenciais, com esteio em comando legal expresso, o juiz togado está autorizado a criar uma obrigação entre uma das partes e alguém que, por ser estranho a todos os três vértices da relação processual, é formalmente um terceiro.

Transposta a questão à seara da arbitragem, contudo, levanta-se uma séria preocupação adicional que inexistente para o juízo estatal. Como dito alhures, a jurisdição dos árbitros sofre limitação tanto pelos limites objetivos e subjetivos do procedimento como também, e essencialmente, pela existência ou inexistência de consentimento das partes para o exercício de tal jurisdição.

Se duas partes (X e Y) celebram uma convenção de arbitragem, exercem a autonomia de suas respectivas vontades para consentir que o árbitro tenha jurisdição para obrigar X perante Y e, inversamente, Y perante X . No entanto, mesmo ignorando a questão do alargamento dos limites subjetivos do procedimento arbitral, a fim de concluir que X pode ser obrigado ao dever autônomo de pagar honorários sucumbenciais a Z , advogada de Y na arbitragem, os árbitros precisariam, de algum modo, concluir que receberam de X o consentimento para obrigá-lo perante Z . Para isso, não parece bastar a simples assinatura de convenção de arbitragem silente quanto ao tema dos honorários sucumbenciais. Seria necessário, *ad minimum minimorum*, realizar um exercício análogo ao da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a não-signatários para interpretar, a partir de outros elementos, a anuência de X para conferir tal poder jurisdicional aos tribunais.

Quando, todavia, os árbitros – tal como aparentemente fizeram na sentença 92/2014/SEC4 – em adição a condenarem X a pagar Y , e sem qualquer esforço de investigação de sua jurisdição, também condenam X a pagar Z , **é absolutamente evidente que a decisão favorável a Z em detrimento de X está fora dos limites da convenção de arbitragem celebrada entre X e Y .** Como tal, o capítulo da sentença arbitral referente à condenação honorária sucumbencial padece de inequívoca nulidade por operação do art. 32, IV da Lei Brasileira de Arbitragem²⁰.

É por isso, aliás, que a distinção entre honorários sucumbenciais, segundo o modelo brasileiro, e o ressarcimento de razoáveis honorários contratuais de êxito nos moldes de uma versão do *English Rule* é tecnicamente tão relevante. Uma leitura mais desavisada pode supor que diferenciar os dois cenários é um preciosismo desnecessário. Afinal, a diferença entre, de um lado, condenar X a pagar Z diretamente R\$ 800.000,00 a título de honorários de sucumbência e, de outro lado, condenar X a pagar Y R\$ 800.000,00 uma vez que Y se obrigou a pagar tal valor Z em caso de sucesso realmente pode parecer uma filigrana. Mas os dois cenários são fundamentalmente distinguíveis entre si pois, a depender do caso concreto, é possível que o Tribunal Arbitral só tenha jurisdição para decidir validamente na segunda hipótese.

²⁰ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

3.3.2. Condenação de honorários sucumbenciais com a anuência das partes

A última sentença arbitral que examinaremos é a proferida no âmbito do Procedimento Arbitral N° 70/2015, proposto por PINTURAS YPIRANGA LTDA. contra CONSÓRCIO UFN III *et al*²¹. Neste caso, o Tribunal Arbitral presidido por Elenora Coelho e tendo como co-árbitros Giovanni Ettore Nanni e Nelson Nery Júnior, proferiu a seguinte decisão no capítulo que interessa aos honorários de advogados:

108. Com relação aos ônus sucumbenciais, a cláusula compromissória que fundamenta a presente arbitragem tem a seguinte redação:

“(viii) cada uma das Partes suportará exclusivamente seus próprios custos de advogados, peritos e outros necessários à defesa de seus interesses no procedimento arbitral, sendo certo que a sentença arbitral deverá definir qual a Parte que arcará com os custos da Arbitragem, tais como honorários de árbitros e demais custas cobradas pelo Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá.”

109. Ou seja, as Partes de comum acordo decidiram excluir das verbas sucumbenciais os valores relativos aos honorários contratuais de seus advogados. (...)

112. Assim sendo, o Tribunal Arbitral entende que os Requeridos devem reembolsar a totalidade dos custos incorridos pela Requerente no presente procedimento arbitral, quais sejam: custas administrativas do CAM-CCBC e honorários dos Árbitros, conforme valores a serem informados pela Secretaria do CAM-CCBC.

113. Tendo em vista a redação da cláusula compromissória, exclui-se das verbas sucumbenciais o reembolso de honorários advocatícios contratuais. A cláusula compromissória, contudo, não exclui a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, sendo certo que ambas as Partes aduzem tal pedido.

114. Assim, tendo em vista o valor e a complexidade da causa, o tempo do procedimento arbitral, e o grau de zelo profissional dos patronos das Partes, bem como o fato de o Tribunal Arbitral não estar vinculado aos ditames do Código de Processo Civil, o Tribunal

²¹ Disponível nos autos do processo judicial 0801854-30.2017.8.12.0021

Arbitral condena os Requeridos a pagarem aos patronos da Requerente honorários advocatícios sucumbenciais no valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Concluiu o tribunal, portanto, que (a) as partes adotaram, por mútuo acordo, o *American Rule* quanto aos honorários contratuais na convenção de arbitragem, razão pela qual foram excluídos da verba sucumbencial; nada obstante (b) a despeito do silêncio da convenção sobre honorários sucumbenciais propriamente ditos, ambas as partes formularam pedidos nesse sentido no curso do procedimento, o que autoriza o tribunal a concedê-los.

O primeiro questionamento que deflui da análise dessa decisão é se a partes podem estabelecer, por força de seu mútuo consentimento, que serão devidos honorários sucumbenciais aos advogados do vencedor do procedimento arbitral. Não há qualquer dúvida que a resposta é positiva. Seja sob a teoria de extensão dos limites jurisdicionais dos árbitros, seja sob uma posição de direito material que interpreta tal pacto como uma estipulação em favor de terceiros, o fato inequívoco é que a definição da responsabilidade final quanto aos custos e honorários está perfeitamente no âmbito do direito de autodeterminação das partes.

A decisão merece, ainda, duas observações. Em primeiro lugar, não parece que o tribunal arbitral tenha extrapolado a existência de consentimento para a condenação em honorários sucumbências a partir do mero silêncio da convenção. Ao revés, constatou que ambas as partes formularam pedidos de condenação em tal verba, o que permitiu concluir tanto a anuência quanto o reconhecimento de ambas de que o tribunal teria jurisdição para deferir tal pedido.

Em segundo lugar, a despeito da condenação da parte sucumbente neste caso ter sido superior a R\$ 5.000.000,00, o Tribunal deixou claro que sustentava sua decisão quanto a tal aspecto em sua discricionariedade e não segundo os parâmetros do Código de Processo Civil, corretamente reconhecendo que tal norma não vincula os árbitros.

Portanto, tendo identificado um elemento concreto para reconhecer a existência de consentimento das partes para a eventual condenação em honorários sucumbenciais e tendo fundamentado a decisão na discricionariedade do Tribunal (inspirada, porém não vinculada aos ditames do Código de Processo Civil), o capítulo da sentença referente aos honorários parece irretocável.

4. Conclusão

Conquanto seja defendido por parte respeitável da doutrina e aplicado na prática por árbitros de elevado escol, o emprego na arbitragem do modelo de honorários sucumbenciais devidos direta e autonomamente aos advogados, independente dos honorários contratuais – mesmo à mingua de consentimento das partes – parece estar escorado mais em considerações pragmáticas do que técnicas. Aliás, sem observar as cautelas necessárias, socorrer-se de tais honorários sucumbenciais em procedimentos arbitrais pode fadar a sentença arbitral, neste ponto, à nulidade por ausência de jurisdição.

Encerrando este estudo, abreviado mais pela limitação de espaço na publicação do que pela riqueza do tema, é possível concluir que:

- i. Preferencialmente, caberá à mútua vontade das partes fixar, na convenção de arbitragem, no termo ou ao longo do procedimento, a forma de tratamento dos honorários advocatícios pela sentença arbitral;
- ii. Inexistindo acordo de vontade das partes quanto à eleição do modelo de tratamento dos honorários dos representantes das partes – e ressalvadas eventuais peculiaridades do Regulamento por elas eleitas – há uma forte presunção, decorrente da consolidada prática tanto no cenário doméstico quanto na arena da arbitragem internacional, bem como em decorrência da razoável expectativa das partes derivada dessa prática reiterada, de que os árbitros fixarão os citados honorários com observância de alguma versão da *English Rule*, ordenando o ressarcimento total ou parcial de valores devidos pela parte vencedora aos seus representantes. Na opinião do autor, a prática preferível é a de definir, no escopo de tal verba, os honorários contratuais razoáveis que não sejam atribuíveis às ineficiências da própria parte vencedora, incluindo, se for o caso, razoáveis honorários contratuais de êxito que a parte vencedora terá que pagar em decorrência de seu sucesso na demanda.
- iii. À mingua de anuência das partes para eventual condenação em honorários sucumbenciais, na linha do modelo do processo civil brasileiro, a sentença arbitral que impõe tal condenação é nula por extrapolar os limites da convenção de

arbitragem, uma vez que esta confere ao árbitro jurisdição para decidir questões entre as partes mas não lhe confere jurisdição para obrigar as partes sujeitas à convenção perante terceiros estranhos ao pacto arbitral e que sequer figuram como parte no respectivo procedimento. Dito de outro modo, as partes que celebram convenção de arbitragem renunciam à jurisdição estatal para que o árbitro adjudique as demandas havidas entre si, mas não renunciam à mesma para quaisquer outras obrigações existentes entre cada uma delas e terceiros.

- iv. Havendo consentimento das partes, é absolutamente possível fixar os citados honorários sucumbenciais diretamente em favor dos advogados da parte vencedora.
- v. Ainda que não haja expressa determinação das partes para que o tribunal arbitral fixe tais honorários sucumbenciais, a anuência com tal modelo pode ser inferida a partir de outros fatores tais como a conduta e os pedidos das partes no curso do procedimento arbitral.

A despeito do citado modelo de honorários sucumbenciais ser uma peculiaridade da nossa prática arbitral doméstica, por inequívoca influência do processo civil estatal, a práxis mostra que, de fato, esta ‘jabuticaba’ é mais doce que as demais.

Post Scriptum: Um registro pessoal de homenagens ao Professor Cláudio Finkelstein

Finalizado o debate técnico, e apesar de acreditar que o tema abordado é interessante e de enorme relevância no contexto da prática arbitral, devo confessar que a submissão deste breve estudo para compor a presente obra coletiva foi pouco mais que um mero pretexto para poder fazer nela um registro de natureza pessoal.

Um dos mais belos conceitos do judaísmo é o de *tikun olam*, o qual, para ser explicado com justiça, merece primeiro ser adequadamente contextualizado. Narra a Torá que o Eterno, no sexto dia, concebeu os seres humanos à Sua imagem e semelhança. No entanto, na concepção judaica, o Criador não tem forma, é incorpóreo e conceitos físicos não se aplicam a Ele. Portanto, interpreta-se que humanos foram criados à imagem do Eterno porque, à semelhança dEle, são dotados, ainda que em menor medida, do poder de criação. Ao chegar ao sétimo dia, o Criador – que poderia muito bem ter optado por completar as Suas obras e deixado para nós um mundo

livre de injustiças e imperfeições – preferiu descansar e honrar os homens com o dever de finalizar o que havia iniciado. Tendo colocado no mundo uma criatura com o poder de criação, confiou a todos nós o dever de *tikun olam*, de usar das nossas faculdades para aperfeiçoar o mundo, de impactar de forma positiva o mundo que nos cerca e, com isso, dar continuidade ao processo de criação que nos foi confiado.

Não parece que se possa duvidar que o Professor Finkelstein está deixando uma marca construtiva no mundo que o cerca. Poder-se-ia falar de suas décadas de cátedra, nas quais impactou uma geração de jovens acadêmicos e pode inspirar o futuro profissional de muitos. Poderia citar sua militância na seara profissional da arbitragem, através da qual ajudou na consolidação e no desenvolvimento desse mercado.

Nada obstante tudo isso, citarei algo um pouco mais pessoal: a abnegada generosidade do Professor Cláudio para com aqueles que o cercam. Disso sou não apenas testemunha, mas beneficiário direto. Inspirado apenas pelo senso de altruísmo, Professor Cláudio Finkelstein abriu portas e deu oportunidades que outrora seriam inalcançáveis para um entusiasmado arbitralista que mora e trabalha bem longe dos grandes centros de arbitragem do país. Os exemplos são inúmeros, e não os cansarei listando-os todos. Posso, todavia, dizer que se hoje tenho uma linha no currículo como professor convidado da PUC, foi graças aos seus recorrentes convites. Aliás, há alguns anos, quando Gary Born veio ao Brasil ministrar um curso sobre Arbitragem Comercial Internacional, Professor Finkelstein poderia ter escolhido absolutamente qualquer profissional do mercado de arbitragem para montar o respectivo *Brazilian Faculty*, inúmeros dos quais mais competentes e mais experientes do que eu. Ao receber o convite, não sei se fiquei mais feliz ou mais surpreso. Imagino que ele tenha reconhecido o valor desse gesto para alguém na minha situação.

Num momento em que poucas pessoas dariam fé a um advogado do Amazonas, em grande parte desconhecido do mercado nacional da arbitragem, foram as bençãos do Professor Finkelstein que, aos olhos de muitos, legitimaram a minha participação no mesmo.

Portanto, presto aqui publicamente minhas homenagens ao mestre e, de maneira muito pessoal, registro o quanto sou grato por sua dedicação à *mitzvah* de *tikun olam*.