

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Mariana de Souza Saraiva

**O FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
ACESSO À JUSTIÇA**

Belo Horizonte
2018

Mariana de Souza Saraiva

**O FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães

Área de concentração: Direito Privado -
Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S243f Saraiva, Mariana de Souza
O financiamento por terceiros na arbitragem como meio de acesso à justiça /
Mariana de Souza Saraiva. Belo Horizonte, 2018.
128 f.

Orientador: Rodrigo de Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Arbitragem (Processo civil) - Legislação - Brasil. 2. Acesso à justiça. 3. Conflitos de normas (Direito). 4. Direito e economia. 5. Terceiros (Direito). I. Magalhães, Rodrigo de Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.918

Ficha catalográfica elaborada por Roziane do Amparo Araújo Michielini – CRB 6/2563

Mariana de Souza Saraiva

**O FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM COMO MEIO DE
ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado -
Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Leandro Rigueira Rennó Lima – PUC Minas

Prof.^a Dr.^a Aline França Campos – FMC

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2018.

A Deus, pela família e oportunidades que me deu; aos meus pais, Miguel e Rosangela, por me ensinarem a aproveitá-las e por todo amor, carinho e paciência; aos meus irmãos, Alcides, Luciana e Juliane, por toda a compreensão, amor e companheirismo; aos meus bons amigos, por toda cumplicidade e apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Rodrigo Almeida Magalhães, pela orientação, apoio e paciência prestados durante todo o desenvolvimento do meu Mestrado.

Ao Professor Leandro Rennó, por todo incentivo e por ter me dado a oportunidade de conhecer mais profundamente o instituto da arbitragem.

A todos os meus mestres, por terem me dado a oportunidade de enxergar mais adiante.

Àqueles que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Os homens passam, outros virão substituí-los. O que podemos deixar-lhes não é nossa experiência pessoal, essa desaparece conosco, o que podemos deixar-lhes são as ideias concretas, as instituições. A vida das instituições é mais longa que a dos homens, pelo que podem, se forem bem constituídas, acumular e transmitir a sabedoria às sucessivas gerações. (MONNET, 1986, p. 337).

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar o financiamento por terceiros na arbitragem como forma de acesso à justiça, temática rica em pontos sensíveis e controversos ainda em países onde o financiamento por terceiros já é largamente utilizado. Para compreensão do tema, ao longo da pesquisa, realizar-se-á a conceituação e caracterização do instituto da arbitragem e do que se compreende por acesso à justiça atualmente. Busca-se, também, verificar se a ausência de condições financeiras daquele que convencionou pela utilização da arbitragem pode acarretar no afastamento da convenção e consequente submissão da demanda ao Poder Judiciário. Além disso, analisam-se os métodos adequados de solução de controvérsias sob o prisma do acesso à justiça, bem como a legalidade da utilização do financiamento por terceiros na arbitragem, verificando-se quem pode financiar e ser financiado em uma demanda. Faz-se também a observação dos principais possíveis problemas e questões polêmicas que envolvem o uso do *third party funding*. Por fim, analisam-se os impactos econômicos e financeiros decorrentes da utilização do financiamento por terceiros na arbitragem.

Palavras-chave: Financiamento por terceiros na arbitragem. Acesso à justiça. Arbitragem. Métodos adequados de solução de conflitos. Direito e Economia.

ABSTRACT

The present research aims to analyze third party funding in arbitration as a form of access to justice, a topic rich in sensitive and controversial points, even in countries where third party funding is already widely used. In order to understand the issue throughout the research, the conceptualization and characterization of the arbitration institute and what is understood as access to justice nowadays will be carried out. It is also sought to verify if the absence of financial conditions of the one that has agreed by the use of arbitration can cause distancing of the agreement and the consequent submission of the demand to the Judiciary. In addition, we analyze the appropriate methods of dispute resolution on the access to justice perspective as well as the legality of the use of third party funding in arbitration, and who can fund and be funded in a lawsuit. It also observed the main possible problems and controversial issues surrounding the use of third party funding. Finally, we analyze the financial economic impacts resulting from the use of third party funding in arbitration.

Keywords: Third party funding in arbitration. Access to justice. Arbitration. Alternative Dispute Resolution. Law and Economics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

IBA – *International Bar Association*

n. – Número

MASC – Métodos Adequados de Solução de Controvérsias

p. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TPF – *third party funding*

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 21 |
| 2 ARBITRAGEM | 25 |
| 2.1 Conceito | 25 |
| 2.2 Breve histórico da arbitragem | 27 |
| 2.2.1 <i>Histórico da Arbitragem no Brasil</i> | 28 |
| 2.3 Arbitrabilidade | 31 |
| 2.3.1 <i>Arbitrabilidade subjetiva</i> | 32 |
| 2.3.2 <i>Arbitrabilidade objetiva</i> | 33 |
| 2.4 Natureza jurídica e principais características da arbitragem | 34 |
| 2.4.1 <i>Natureza jurídica</i> | 34 |
| 2.4.2 <i>Princípio da autonomia privada</i> | 36 |
| 2.4.3 <i>Celeridade</i> | 38 |
| 2.4.4 <i>Especialidade do julgador</i> | 41 |
| 2.4.5 <i>Confidencialidade</i> | 43 |
| 2.4.6 <i>Flexibilidade</i> | 44 |
| 3 ACESSO À JUSTIÇA | 47 |
| 3.1 O conflito | 47 |
| 3.2 Definição do termo e abordagem sobre acesso à justiça | 49 |
| 3.3 As ondas de acesso à justiça | 52 |
| 3.3.1 <i>As barreiras do acesso à justiça</i> | 53 |
| 3.3.1.1 <i>Possibilidade das partes</i> | 54 |
| 3.3.1.2 <i>Problemas especiais dos interesses difusos</i> | 55 |
| 3.3.1.3 <i>Custas Judiciais</i> | 56 |
| 4 OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O ACESSO À JUSTIÇA | 61 |
| 4.1 Reflexões epistemológicas sobre os meios adequados de solução de controvérsias e o acesso à justiça | 63 |
| 4.1.1 <i>A epistemologia de Imre Lakatos: a metodologia dos programas de investigação científica</i> | 64 |
| 4.1.2 <i>Considerações quanto ao enfrentamento do acesso à justiça e a epistemologia de Imre Lakatos</i> | 66 |
| 5 A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE UMA PARTE E A VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM | 69 |
| 5.1 O conflito entre princípios | 69 |
| 5.2 Limites da aplicação do princípio da obrigatoriedade contratual e o modelo complexo dos contratos | 70 |
| 5.3 A possibilidade de invalidação da convenção de arbitragem por ausência de condições financeiras de uma parte | 73 |
| 5.4 O afastamento da convenção de arbitragem e o acesso à justiça | 76 |
| 6 FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM | 79 |
| 6.1 Conceito | 82 |
| 6.2 Licitude e classificação contratual | 85 |

| | |
|---|------------|
| 6.3 Sujeitos do financiamento por terceiros na arbitragem | 90 |
| 7 QUESTÕES RELEVANTES E POSSÍVEIS PROBLEMAS DO FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM | 95 |
| 7.1 A confidencialidade da arbitragem e do contrato de financiamento por terceiros na arbitragem | 95 |
| <i>7.1.1 A quebra de sigilo e a concessão de informações para o pretense financiador</i> | <i>96</i> |
| <i>7.1.2 A confidencialidade do contrato de financiamento por terceiros e o dever de revelação.....</i> | <i>99</i> |
| 7.2 A criação de uma cultura de litígios | 108 |
| 7.3 Impactos econômicos e financeiros..... | 110 |
| 8 CONCLUSÃO | 117 |
| REFERÊNCIAS..... | 121 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o financiamento¹ por terceiros na arbitragem seria um instrumento capaz de garantir o acesso à justiça.

Inicialmente, é importante destacar que a intenção de estudar sobre o financiamento por terceiros na arbitragem se deu em razão da verificação de que poucos se dedicaram a pesquisar sobre o tema em âmbito nacional, o que acarreta insegurança jurídica para sua utilização.

Mesmo em âmbito internacional, em países onde o financiamento por terceiros já é largamente utilizado, como Estados Unidos, Austrália e Reino Unido, percebe-se que a temática possui muitos pontos sensíveis e controversos que ainda são alvo de intensos debates.

O financiamento por terceiros passou a ser assunto em congressos e seminários referentes à arbitragem, sobretudo, nos últimos anos, considerando a dificuldade enfrentada por diversas pessoas físicas e jurídicas, em razão da recente crise econômica enfrentada pelo Brasil.

A arbitragem, como se sabe, é um meio de solução de controvérsias privado e, por essa razão, demanda das partes o pagamento de taxas para administração do procedimento, de honorários de árbitros, bem como de outras despesas importantes para o desenvolvimento do procedimento arbitral.

Nesse sentido, quando uma parte enfrenta dificuldades financeiras, pode se ver tolhida de utilizar a arbitragem para resolução de seu litígio, em razão da sua ausência de capacidade de arcar com os custos. Assim, um dos pontos a serem verificados sobre o tema e que será objeto de análise neste trabalho é se a falta de recursos financeiros para custear o procedimento pode acarretar na invalidade da convenção de arbitragem, abrindo, assim, a possibilidade de apreciação da demanda pelo Poder Judiciário e se essa situação estaria de acordo com a abordagem atual do que se entende por acesso à justiça.

Além disso, na presente pesquisa será observada a legalidade na utilização do financiamento por terceiros na arbitragem e, em caso positivo, quem pode ser financiado e quem pode realizar o financiamento.

¹ Não obstante, neste trabalho, utilizar-se-á reiteradamente o termo financiamento por terceiros, esse deverá ser considerado como uma forma de investimento, como será oportunamente esclarecido, adotando-se aqui o entendimento de Casado Filho (2014). Além disso, ao longo do trabalho, poderá ser utilizada a expressão e abreviatura do termo na língua inglesa, qual seja, *third party funding*.

Neste estudo, entende-se relevante observar também os impactos econômicos e financeiros da utilização do financiamento por terceiros na arbitragem, bem como os problemas que poderão ser enfrentados em razão do seu emprego.

Em relação ao financiamento por terceiros, a abordagem se dará de forma ampla, no que diz respeito ao termo, não obstante se saiba que, em geral, o financiamento ocorra por meio de fundos destinados especificamente a patrocinar demandas arbitrais, conforme será melhor detalhado oportunamente.

Também se entende importante mencionar que, quando se pensou em escrever sobre o tema, foi objeto de preocupação, a realização da pesquisa com o cuidado de não fazer a utilização de dados de forma tendenciosa, para se chegar a uma conclusão favorável ao uso da arbitragem, com o intuito de promover as convicções próprias da autora. Essa postura demanda estado de alerta e autocrítica constantes daquele que se propõe a pesquisar, garantindo a lisura do trabalho e consequentes colocações sobre o tema.

Quando se trata de arbitragem, é muito comum e até óbvio, que os atores envolvidos no referido instituto e por esse beneficiados sejam os que se propõem a realizar as pesquisas. Nesse sentido, é perceptível e natural, que os referidos estudiosos tendam a defender de forma obstinada a manutenção da convenção de arbitragem e a utilização do método, de modo a fomentar sua expansão.

Não obstante sejam perceptíveis os benefícios advindos da utilização da arbitragem, é importante que se tome o cuidado de não ignorar as questões que impossibilitem ou afastem o emprego do referido método de solução de controvérsias, buscando-se pesquisar adequadamente.

Outra questão que se mostra como uma preocupação para o desenvolvimento do presente trabalho, diz respeito à busca de uma abordagem mais pragmática. A construção teórica no campo da arbitragem se faz de forma volumosa, mas, muitas vezes, a análise das consequências práticas do que se pesquisa é deixada de lado. Esse quadro leva a uma redução da efetividade dos estudos realizados que, ao final, acabam tendo sua relevância prática reduzida, situação essa que chega a gerar uma descrença e um desprezo pelo esforço dogmático, “porque, no final, ‘não tem reflexo na prática’, como se o trabalho teórico, apenas por sê-lo, estivesse condenado ao fracasso ou ao esquecimento” (CAVANI, 2014, p. 120).

Em sentido correlato, Levy (2015, p. 7) explicita que,

Se os aspectos práticos da arbitragem ainda oscilam, a sua construção teórica nunca fez tanto sucesso. É justamente desses modelos teóricos que gostaríamos de falar aqui, desses quadros que são tão belos de se admirar, mas que, ao nos aproximarmos, parecem emanar cores menos vivas e traços menos nítidos [...] nada mais apropriado que partirmos da premissa de que qualquer desenvolvimento teórico deverá sempre ser condicionado ao pragmatismo que tanto esperam as partes que escolhem submeter os seus litígios a um tribunal particular.

Pois bem: em um de seus mais famosos poemas, Charles Baudelaire dizia que os poetas são um pouco como albatrozes, essas aves gigantes que são majestosas em seus voos, mas que, uma vez ao solo, perdem a sua beleza e voltam a ser desengonçadas. A nosso ver, a teoria da arbitragem corre o sério risco de se tornar esse albatroz, tão bela em seus voos teóricos, mas bem menos coerente em suas soluções práticas. E isso, sobretudo, porque a construção de um discurso arbitral tão poético esquece muitas vezes de que a teoria e o processo são instrumentos a serviço daqueles que são os seus maiores interessados: as partes. É em busca de um novo movimento que denominamos de “pragmatismo arbitral” que partimos aqui. (LEVY, 2015, p. 7-8).

É nesse sentido, que o presente trabalho se desenvolverá, buscando unir os aspectos teóricos às consequências e implicações práticas do uso da arbitragem e do financiamento por terceiros, com o intuito de, ao menos, criar bases para se pensar em soluções dos problemas e situações polêmicas que serão abordadas.

A presente pesquisa será realizada por meio de revisão bibliográfica, e, considerando que, como já dito, são ainda tímidos os estudos sobre o tema proposto, em âmbito nacional, será necessária também a análise de publicações internacionais e a inserção das informações no contexto da sociedade e do Direito brasileiros.

Será utilizado também o procedimento de investigação jurídico-compreensiva, por meio do qual será promovida a análise, de forma problemática, do financiamento por terceiros na arbitragem, em seus diversos aspectos e níveis, gerando possibilidades para que se compreendam os possíveis prejuízos e/ou benefícios acarretados por sua utilização.

Não se pretende ignorar ou omitir enfoques extrajurídicos. Poderão, esses enfoques, se fazerem presentes nesta pesquisa de forma incidental, ou seja, justificando ou interrogando posicionamentos socioculturais, bem como político-econômicos, buscando a observação, exploração e comparação da prática com a teoria.

2 ARBITRAGEM

2.1 Conceito

A arbitragem é um meio privado e adequado de solução de controvérsias, pelo qual as partes, fazendo uso da autonomia privada, delegam a terceiros, geralmente especialistas na matéria que será discutida, a solução de determinado litígio surgido entre si. No Brasil, o instituto é regulado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, comumente denominada Lei de Arbitragem.

De acordo com Cretella Júnior (1998),

É o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 28).

Das formas de solução de litígio, é a que possui maiores semelhanças com o processo estatal, possuindo procedimento menos burocrático e, conseqüentemente, mais ágil (RENNÓ, 2003, p. 35). “[...] trata-se de procedimento desburocratizado, despido da rigidez procedimental do processo judiciário” (MAGALHÃES, 2000, p. 50).

Segundo Magalhães (2004),

A arbitragem é utilizada principalmente para a solução de questões empresariais, em particular, as internacionais, para cujo conhecimento específico há necessidade, tanto do direito internacional e empresarial quanto de costumes e praxes do comércio e, também, o problema da carência de uma jurisdição internacional. (MAGALHÃES, 2004, p. 9-10).

Firmada a convenção de arbitragem² em relação a determinado objeto, as partes optam por não submeter ao Poder Judiciário eventuais demandas surgidas no âmbito da referida relação. A sentença arbitral possui caráter impositivo e é equiparada à sentença judicial, configurando-se título executivo judicial, conforme

² O termo *convenção de arbitragem* é gênero do qual são espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Ambos possuem o condão de instituir a arbitragem.

dispõe o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 515, inciso VII³.

Dentre as vantagens indicadas em relação ao uso da arbitragem, Magalhães (2012) cita a celeridade, a qualificação técnica e profissional dos árbitros, a liberdade das partes em determinar as regras procedimentais e o sigilo⁴. Além disso, o autor menciona que “a importância da arbitragem reside em se configurar em mais um instrumento disponibilizado à população para a solução de seus conflitos” (MAGALHÃES, 2004, p. 9).

A utilização da arbitragem, nas palavras de Theodoro Júnior,

[...] importa renúncia à via judiciária, confiando às partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 43).

No mesmo sentido, dispõe o artigo 31 da Lei de Arbitragem, que regulamenta a arbitragem:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. (BRASIL, 1996).

De acordo com Alvim, a arbitragem “pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas” (ALVIM, 2007, p. 1-2). Nos termos do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Em suma, pode-se entender que a arbitragem é uma forma de solução de controvérsias escolhida por aqueles (pessoas físicas ou jurídicas e capazes de contratar) que, fazendo uso da autonomia privada, convencionam não submeter ao Poder Judiciário eventuais litígios surgidos em dada relação jurídica, referentes a direitos patrimoniais disponíveis. É um meio que possui características próprias, que se adequam à solução de demandas específicas e geralmente complexas, como é o caso das controvérsias que envolvem sociedades empresárias e demandas de cunho internacional. A sentença arbitral possui força de título executivo judicial, restando, assim, juridicamente equiparada à sentença emanada do Poder Judiciário.

³ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...]” (BRASIL, 2015).

⁴ As principais vantagens da arbitragem serão observadas, à frente, de forma mais detalhada.

Indicado, em termos gerais, o que se entende por arbitragem, com o intuito de se criar uma base para compreensão da pesquisa proposta, passa-se ao detalhamento da evolução histórica do instituto, do que se entende por arbitrabilidade objetiva e subjetiva e, finalmente, das características principais do método.

2.2 Breve histórico da arbitragem

Não é necessário, considerando a proposta do presente estudo, que se faça a descrição de todo o processo de surgimento e desenvolvimento da arbitragem, sob pena de se adentrar, desnecessariamente, em questões não muito úteis à compreensão e desenvolvimento da pesquisa.

Contudo, com o intuito de contextualizar o tema, na presente seção, realizar-se-á um relato breve sobre o histórico do instituto da arbitragem, especialmente, em âmbito nacional, que se correlaciona com o campo de estudo proposto.

Conforme leciona Casado Filho, não há consenso sobre a origem do instituto da arbitragem. A designação de uma decisão sobre um conflito a um terceiro é algo natural ao agrupamento humano. Ainda nas formações mais simples da sociedade, é fácil imaginar que os indivíduos, quando em conflito, designavam ao membro líder do grupo, pessoa de confiança dos envolvidos, a decisão sobre a contenda. É o que ainda se estabelece, como exemplo atual, em agrupamentos indígenas, onde o cacique ou o pajé é aquele responsável pelas decisões dos litígios dos demais componentes do grupo (CASADO FILHO, 2014, p. 28).

De maneira mais consistente, pode-se mencionar a existência e a utilização da arbitragem, em forma mais civilizada, em Roma. Primeiramente, antes mesmo da criação de um sistema estatal de decisão de litígios dos cidadãos, a arbitragem foi o meio heterocompositivo empregado de maneira exclusiva para solução de demandas, passando a concorrer, posteriormente, com a justiça estatal que então fora criada (ALVIM, 2007, p. 2)⁵.

Não obstante a longa existência do que se entende por arbitragem, tem-se que o instituto acabou por perder forças com o fortalecimento das justiças estatais, retomando seu desenvolvimento e relevância, especialmente para a solução de

⁵ Para melhor aprofundamento sobre o tema, consultar ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1-5.

demandas entre particulares, com a ascensão do comércio internacional. Isso em razão da arbitragem tornar mais confortável a solução de demandas entre os agentes do comércio internacional.

Esse conforto se estabelece, na medida em que o uso da arbitragem possibilita a decisão de eventuais demandas surgidas no âmbito de uma relação existente entre pessoas de duas ou mais nações por um terceiro de confiança das partes, não vinculado ao poder estatal dos países de origem dos envolvidos. É o que se denomina de desnacionalização dos contratos internacionais.

Conforme lição de Casado Filho (2014),

[...] diante da estatização das justiças locais, o comerciante internacional, sujeito que, por natureza, é desprovido de um local único de negócios, passou a enfrentar um dilema. Ao realizar seus contratos, teria de optar por um juízo que, provavelmente estaria vinculado de alguma forma a um dos lados do litígio. Afinal, é muito comum que se escolha entre o juízo da sede do vendedor ou o juízo da sede do comprador. Ambas as escolhas trazem consigo uma carga de desconfiança por parte do lado contrário. Nesse contexto, ressurgiu a ideia de escolher um terceiro imparcial que não se vinculasse a nenhum dos envolvidos no litígio e que, eventualmente, pudesse inclusive decidir a partir de um país igualmente desvinculado ao negócio jurídico em questão. (CASADO FILHO, 2014, p. 32-33).

Compreendidas as origens e motivo da ascensão, em termos globais, da arbitragem, passa-se agora ao relato, com foco na situação mais recente, do instituto em âmbito nacional.

2.2.1 Histórico da arbitragem no Brasil

No Brasil, têm-se notícias da arbitragem já na época da colonização portuguesa. O instituto já era previsto nas Ordenações Portuguesas, que vigoraram no Brasil inclusive após a declaração de sua independência, na Constituição Imperial de 1824 e no Regulamento n. 737 de 1850 (BERALDO, 2014, p. 13).

De forma geral, o instituto sempre foi permitido no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, sua utilização foi incipiente até a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996, que conferiu ao instituto segurança jurídica e efetividade, possibilitando seu florescimento no Brasil.

Conforme leciona Rennó (2003, p. 53), não obstante a existência de previsão e permissão legal de utilização da arbitragem, vários fatores podem ser indicados para se tentar compreender a razão da sua pouca utilização. Pode-se mencionar,

como um primeiro motivo, uma cultura voltada ao dissenso, pouco favorável aos meios adequados de solução de controvérsias. Ademais, o povo brasileiro teria uma expectativa muito grande de contraprestação estatal, buscando, em um Estado paternalista, a solução de seus litígios.

A situação indicada mudou substancialmente com o advento da Lei de Arbitragem e com o incremento do Comércio Internacional no Brasil. Essa lei foi fruto de longo processo de investida, até a sua criação, após a tentativa de submissão de diversos anteprojetos de lei à apreciação do Congresso Nacional.

Conforme leciona Rennó (2003) sobre os anteprojetos,

O primeiro foi levado ao Congresso em 1981, o segundo, em 1986, o terceiro, em 1988, mas foi o quarto projeto, de 1992, que contava com o apoio do então Senador Marco Maciel que acabou sendo aprovado e transformou-se na Lei n. 9.307/96. (RENNÓ, 2003, p. 56).

Após a submissão do último anteprojeto, que terminou por ser abandonado, os estudiosos da arbitragem mostraram-se desanimados pela pouca efetividade de suas contribuições, no sentido de aprovar uma legislação sobre o instituto. Foi nesse momento que emergiu da própria sociedade, a partir das categorias interessadas, o anteprojeto de 1992. O referido documento foi fruto de iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco que, no ano de 1991, lançou a Operação *Arbiter*, com o intuito de discutir e elaborar um anteprojeto de lei que preenchesse a expectativa daqueles que necessitavam de um meio alternativo ao Poder Judiciário e célere para solução de controvérsias (CARMONA, 2009).

Após a contribuição de diversos setores e estudiosos, o anteprojeto foi apresentado pelo então Senador Marcos Maciel, como esboço de lei, recebendo o número 78/92. Decorrida ampla tramitação e algumas alterações na versão inicial submetida, o projeto foi aprovado em 1996, entrando a lei em vigência ainda no referido ano (CARMONA, 2009).

O texto aprovado trouxe várias alterações na forma de tratamento da arbitragem em âmbito nacional, retirando vários entraves à utilização do instituto. Contudo, foram duas as mudanças mais importantes.

Primeiramente, antes da promulgação da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória era ignorada pela legislação e dependia de uma aderência posterior das partes para instituição da arbitragem, não possuindo caráter vinculativo. Após a

alteração legislativa, essa espécie de convenção passou a ser considerada obrigatória. Dessa forma, devidamente firmada a cláusula compromissória, as partes aderentes não mais podem se eximir da submissão da demanda, objeto da convenção, à arbitragem.

Outro entrave retirado pela lei foi a necessidade de homologação do laudo arbitral⁶ pelo Poder Judiciário. Na legislação anterior, não obstante a clara intenção das partes em não utilizar o processo estatal, após a prolação do laudo pelos árbitros, a decisão teria que ser submetida à homologação do Poder Judiciário. Essa exigência retirava da arbitragem sua celeridade e sigilo, aumentando, ainda, o custo para solução da demanda (CARMONA, 2009).

Dessa forma, com a nova lei, a utilização da arbitragem passou a ter maior segurança jurídica, o que transformou o Brasil em um ambiente propício para sua disseminação.

Como dito, o incremento do Comércio Internacional no Brasil também pode ser indicado como causa para o aumento da utilização da arbitragem. Aliás, esse fato pode ser mencionado como um dos incentivos da alteração legislativa sobre o instituto, que culminou na edição da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Conforme explicita Rennó (2003), a globalização e a formação de blocos regionais, bem como a aderência do Brasil a tratados e acordos internacionais intimamente relacionados ao comércio internacional, acarretaram a necessidade de maior utilização da arbitragem. Isso ocorreu, uma vez que os conflitos comerciais passaram a não ser apenas internos, demandando com isso a utilização de um meio mais adequado para a solução desse tipo de demanda.

É possível mencionar também, no mesmo sentido, a forte política comercial que se estabeleceu no Brasil, a partir de 1988, que retirou barreiras aos negócios internacionais, incentivando ainda mais o comércio nesse âmbito.

Conforme já indicado, mundialmente, a arbitragem é a opção mais utilizada para a solução de conflitos referentes a relações de comércio internacional, evitando-se que eventual demanda surgida entre partes de nações diferentes sejam decididas pelo poder estatal interno de um dos envolvidos.

Em adição, o uso da arbitragem teve perceptível crescimento no Brasil, especialmente, após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), à

⁶ A expressão “laudo arbitral” foi substituída, e, atualmente, fala-se em “sentença arbitral”.

época, responsável pela homologação de sentença arbitral estrangeira⁷, quando a corte concluiu pela constitucionalidade dos artigos relativos à cláusula de arbitragem contidos da Lei de Arbitragem⁸, não acatando a alegação de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988⁹.

Por todo o exposto, observa-se que o instituto da arbitragem no Brasil se estabeleceu após a promulgação da Lei de Arbitragem¹⁰ e floresceu, em âmbito nacional, passando a ser cada vez mais utilizado na solução de conflitos privados.¹¹

Observada a evolução do instituto, passa-se a analisar sua natureza jurídica e características.

2.3 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade é um conceito que diz respeito à possibilidade de sujeitos e matérias figurarem como partes e objeto em um procedimento arbitral.

Dolinger e Tiburcio (2003) ensinam que:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem, ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de decidir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição da validade da

⁷ Hoje de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por força da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

⁸ Por maioria de votos, o Plenário do STF julgou, em 2001, recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem.

⁹ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]” (BRASIL, 1998).

¹⁰ A referida lei sofreu alterações no ano de 2015 por meio da Lei n. 13.129. Para detalhamento maior, consultar MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). **Reforma da Lei de Arbitragem, comentários ao texto completo da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 com as alterações da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015**. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

¹¹ De acordo com pesquisa realizada anualmente pelo jornal Valor Econômico, “as disputas arbitrais envolveram valores recordes no último ano. Foram cerca de R\$ 24 bilhões nas seis principais câmaras do país – mais que o dobro de 2015, quando os números bateram em R\$ 10,7 bilhões. Uma das justificativas para tamanho aumento é que os novos casos se referiram especialmente a conflitos em contratos de grande porte. Isso porque a evolução dos valores não foi acompanhada pelo número de novos procedimentos. Em 2015 havia ingressado nos tribunais arbitrais 222 casos e em 2016 foram 249. Ou seja, um aumento de cerca de 12% contra os mais de 100% correspondentes ao montante envolvido.” (BACELO, 2017).

convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros. (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 637).

Segundo Skitnevsky (2008), a arbitrabilidade pode ser entendida como os limites estabelecidos pela arbitragem, de acordo com a lei interna de cada país, que inviabilizam seu uso por certas pessoas e matérias. Hanotiau (2003), compreende de forma diversa, entendendo o termo como a possibilidade de submissão de uma demanda à arbitragem. De outro lado, Gaillard e Savage (1999) consideram a arbitrabilidade apenas como a possibilidade de resolver litígios por meio da arbitragem.

Importa destacar, assim, que a arbitrabilidade pode ser observada em duas dimensões. Quando se trata da arbitrabilidade referente à matéria, diz-se que esta é objetiva. Já quando é referente à possibilidade de uma pessoa figurar como parte em uma arbitragem, é denominada arbitrabilidade subjetiva.

Em termos gerais, o que se tem é que a arbitrabilidade pode ser considerada como os limites impostos às matérias e pessoas que as vedam ou permitem serem objeto ou partes em uma arbitragem. Dessa forma, a arbitrabilidade indica tanto quem quanto o que ser submetido à arbitragem, bem como quem e o que não o podem, de acordo com o que é estabelecido na legislação interna de cada país.

Dessa forma, pode-se observar, especificamente no Brasil, que a arbitrabilidade está definida no artigo 1º da Lei de Arbitragem, que determina que “[...] as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

2.3.1 Arbitrabilidade subjetiva

Como dito, a possibilidade de alguém fazer uso da arbitragem como forma de solução de controvérsias é denominada arbitrabilidade subjetiva. A legislação pode, de acordo com a condição ou função do sujeito, restringir a sua capacidade de fazer uso desse meio adequado de solução de controvérsias (SKITNEVSKY, 2008).

No ordenamento pátrio, a capacidade subjetiva de utilização da arbitragem é indicada na primeira parte do artigo 1º da referida lei, que determina que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios [...]”. Dessa forma, pode-se concluir que todos os sujeitos que podem contratar, civilmente capazes, nos termos da legislação pátria, sejam pessoas físicas ou

jurídicas, nos limites de seus deveres ou no gozo de seus direitos, também podem fazer uso da arbitragem (LEMES, 2007).

Conforme ensina, Alvim (2007), podem ser parte em uma arbitragem, as pessoas físicas ou jurídicas, “[...] desde que a lide envolva ‘direitos patrimoniais disponíveis’. Tanto assim é que o artigo 1º da Lei de Arbitragem fala em ‘pessoas capazes de contratar’ e essa qualidade não é exclusiva de pessoa física” (ALVIM, 2007, p. 96).

Lemes (2007) ressalta que é recorrente, na legislação brasileira, a relação existente entre a permissão de uso da arbitragem por um sujeito e a sua capacidade civil. Dessa forma, em regra, não se identificam vedações para o uso da arbitragem pelos sujeitos capazes de contratar, e essa situação pode ser constatada no Brasil já nas Ordenações Filipinas de 1603.

Assim, pode-se inferir que, no ordenamento brasileiro, as pessoas capazes de contratar, sejam físicas ou jurídicas, podem fazer uso da arbitragem para resolução de suas divergências.

2.3.2 Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto a ser submetido à arbitragem, estabelecendo e limitando as matérias que podem ser submetidas ao procedimento, sendo uma condição de validade para a cláusula arbitral.

As matérias que podem ser submetidas dizem respeito à disponibilidade do direito em questão e dependem da limitação imposta pelo ordenamento ao qual se submetem as partes e a causa em questão. Assim, para se saber se a matéria é arbitrável, é necessário buscar as leis específicas a que se refere o caso concreto e analisá-las de forma a verificar se o direito em caso possui impedimentos à utilização da arbitragem, ou seja, se o direito é disponível ou não.

De forma geral, os direitos inalienáveis possuem inarbitrabilidade, por se tratarem de matérias nas quais existe interesse público ou que dizem respeito a questões de ordem pública, sendo essas últimas consideradas como o maior dos limites impostos à utilização da arbitragem (SKITNEVSKY, 2008).

Neste sentido, a matéria pode ser submetida à arbitragem quando for considerada disponível pelo ordenamento, sendo essa uma das condições para validade do compromisso arbitral, tendo em vista que, se a matéria não pode ser

submetida à arbitragem, de nada vale a vontade das partes em utilizar o instituto como forma de solução de suas controvérsias.

No Brasil, a regra sobre arbitrabilidade objetiva está insculpida na segunda parte do artigo 1º da Lei de Arbitragem, que determina que os direitos que serão discutidos na arbitragem devem ser “[...] relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Segundo Lemes (2007), o conceito de disponibilidade está intimamente vinculado à definição de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado, ou seja, que tenham patrimonialidade. “Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, como alienar, vender, etc.” (LEMES, 2007, p. 124).

Neste sentido, podem ser submetidas à arbitragem as matérias referentes a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, que possuam caráter patrimonial, passíveis de negociabilidade.

2.4 Natureza jurídica e principais características da arbitragem

2.4.1 Natureza jurídica

Sobre a natureza jurídica do instituto, é possível mencionar alguns entendimentos divergentes sobre o tema. Os denominados privatistas ou contratualistas entendem que a arbitragem possui natureza contratual, vez que se origina de um compromisso feito entre as partes. Já os publicistas ou processualistas entendem que a arbitragem possui natureza jurisdicional, uma vez que a sentença arbitral decide o litígio por meio de um poder conferido pelas partes aos árbitros, impedindo que a controvérsia seja levada à jurisdição estatal (ALVIM 2007, p. 37-39).

Beraldo (2014) ensina que:

A primeira delas, também denominada contratualista, vê na arbitragem, unicamente, um negócio jurídico, sendo o árbitro apenas uma pessoa contratada para dirigir um processo e sentenciá-lo. E, justamente por este não ter poderes para forçar o cumprimento de suas decisões, só vem a corroborar a tese.

A segunda, também nomeada jurisdicionalista, percebe, na arbitragem, verdadeira atividade jurisdicional, e, prova disso, é a lei ter outorgado

poderes, ao árbitro, para dirimir os conflitos de interesses das partes. (BERALDO, 2014, p. 3-4).

Como mencionado, a sentença arbitral, considerando as inovações trazidas pela Lei de Arbitragem de 1996, é equiparada a uma sentença emanada do Poder Judiciário, independentemente de sua homologação judicial. Além disso, tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral têm o condão de determinar a instituição de uma arbitragem, sem que seja necessária a intervenção do Judiciário. Por essas razões, Theodoro Júnior (2012) indica que, com o advento da Lei Brasileira de Arbitragem, a corrente contratualista perdeu forças, passando a ter mais argumentos, a corrente jurisdicionalista.

Se no regime anterior à Lei nº 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 72).

Há, também, uma terceira corrente, intermediária ou conciliadora, que, segundo Lemes (2007), é a que melhor se coaduna com o instituto. A referida corrente considera a arbitragem como contratual na fonte ou origem, uma vez que aqueles que se submetem ao procedimento o fazem em razão de um acordo anterior à arbitragem, mas jurisdicional no objeto ou resultado, considerando que sua finalidade é uma prestação jurisdicional, qual seja, uma decisão exequível e definitiva referente a uma demanda.

Ainda segundo Lemes (2007), há também uma quarta corrente, chamada parajurisdicional, que entende que a arbitragem se encontra sob a garantia do Estado, mas com a decisão entregue a um terceiro particular, cujas decisões se tornam estatais após o proferimento, possuindo, inclusive, as sanções típicas da sentença emanada do Poder Judiciário.

Essa quarta corrente compreende a arbitragem como um equivalente jurisdicional, “ao considerar que a jurisdição pertence somente ao Estado. Porém, a arbitragem equivale a ela, pois apresenta todas as suas funções” (MAGALHÃES, 2004, p. 66). Magalhães (2004) ressalta que:

A arbitragem é um equivalente jurisdicional, pois preenche todas as funções da jurisdição, ou seja, os objetivos sociais, políticos e jurídicos. Mas não é jurisdição, pois é função estatal, faz parte da soberania do estado e toda exceção terá que estar prevista na Constituição – o que não ocorre no caso da arbitragem. (MAGALHÃES, 2004, p. 279).

A escolha de qualquer uma das teorias para tratamento do instituto dependerá das premissas tomadas como verdadeiras para a exploração da tese desejada (MAGALHÃES, 2004).

Para o presente estudo, pela compreensão da origem contratual que se percebe na opção pela arbitragem, e no mesmo sentido do entendimento de Beraldo (2014, p. 5), a adoção da corrente intermediária será considerada como a mais adequada para a abordagem do instituto em análise.

2.4.2 Princípio da autonomia privada

Como mencionado, a arbitragem pode ser considerada como um contrato, do ponto de vista da sua natureza jurídica, no que tange à sua origem. Dentre outros, o princípio da autonomia privada é considerado de grande relevância para o estudo dos contratos.

No caso da arbitragem, a autonomia privada pode ser mencionada de forma ainda mais importante, restando considerada como pilar do instituto e quase sempre indicada em primeiro lugar quando as características essenciais do método são abordadas.

A palavra *autonomia* é originada do vocábulo grego *auto-nomía*. *Autos* significa *por si mesmo* ou *o mesmo*; *nomos* significa *convenção, lei*. Assim, extrai-se que o termo indica propriamente a condição pela qual o indivíduo pretende ter a capacidade de escolher as regras que orientam sua conduta (FERREIRA, 2009).

O princípio da autonomia privada tem fundamento no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988, que determina não ser dever de ninguém fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.¹² Neste sentido, pode-se extrair que os indivíduos possuem liberdade de estabelecer e definir os termos de uma relação jurídica, desde que não haja vedação pelo ordenamento jurídico para tanto.

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, Ferreira (2009) ensina que:

O Direito reserva às pessoas uma faixa de “liberdade” destinada ao estabelecimento de normas particulares para regular seus interesses, que se denomina autonomia. Resultado do exercício dessa liberdade no contexto do Direito, a autonomia é erigida à condição de princípio normatizador na ordem da vida privada. (FERREIRA, 2009, p. 495).

Como dito, a arbitragem se sustenta de forma basilar na autonomia privada, em razão da necessidade de ser estabelecida entre as partes uma convenção anterior, como uma autorregulação, que indique a intenção de submissão da demanda à solução arbitral (BERALDO, 2014). É possível e comum que, na referida convenção, se estabeleçam outros pontos relevantes, como a lei aplicável em caso do surgimento de um litígio, o número de árbitros e o tipo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*¹³). Neste sentido, Casado Filho entende que o referido princípio “[...] é algo que permeia toda a arbitragem, seja nacional ou internacional, não apenas como seu fundamento de validade, mas como princípio orientador dos árbitros e das partes em todo o procedimento” (CASADO FILHO, 2014, p. 38).

Conforme leciona Fiuza (2008), o princípio da autonomia privada:

Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. (FIUZA, 2008, p. 404).

Em adição, o autor ressalta que a autonomia privada não deve ser confundida com a autonomia da vontade. Esta diz respeito à capacidade de autodeterminação do indivíduo, de manifestação livre de sua vontade, algo que teria origem interna e seria externado pelo sujeito. Já aquela, como mencionado, trata da capacidade de autorregulamentação, emanada de uma vontade que surgiria em razão de uma necessidade, originada de fatores externos e condicionada aos limites legais. Neste sentido, a autonomia privada está limitada ao que é imposto pelo ordenamento jurídico.

¹³ A arbitragem institucional é aquela em que uma instituição é indicada para administrar o procedimento arbitral. Nesse caso, as partes convencionam adotar o regulamento da instituição escolhida. Na arbitragem *ad hoc*, as partes e os árbitros, e eventuais secretários, realizam a administração da arbitragem, necessitando estabelecer também as regras sobre o procedimento, vez que inexistente um regulamento para tanto.

Em sentido próximo, Amaral Neto (1984) defende que “[...] a autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos” (AMARAL NETO, 1984, p. 45-46).

Para exemplificar a limitação existente na autonomia privada dentro do contexto da arbitragem, pode-se citar a invalidade de cláusulas compromissórias que tenham como objeto questões que envolvam direitos indisponíveis. Conforme mencionado, a Lei Brasileira de Arbitragem limita a utilização da arbitragem para questões de direitos patrimoniais disponíveis, havendo, assim, uma restrição legal ao uso do referido instituto. Neste sentido, ainda que exista convenção entre as partes, no sentido de fazer uso do método para solução de divergências relacionadas a esse tipo de matéria, essas não poderão lançar mão da arbitragem em razão de uma restrição legalmente estabelecida.

Desta forma e pelo exposto, pode-se concluir que a arbitragem é baseada na autonomia privada, que pode ser entendida como a capacidade dos indivíduos estabelecerem regras e de se autorregular, desde que não contrariem o regime legal estabelecido, tornando-se responsáveis¹⁴ por essa manifestação de vontade.

2.4.3 Celeridade

Uma característica importante da arbitragem diz respeito ao tempo que se leva para solução de uma demanda. Comumente, se diz que o método é célere no que tange à resolução de disputas.

Ressalte-se que, quando se fala em celeridade¹⁵, cabe mencionar que o objeto de referência é célere em comparação a outro objeto. No caso do procedimento arbitral, trata-se de um procedimento constantemente comparado com o judicial que, como já mencionado, é aquele que mais se assemelha com a arbitragem.

¹⁴ Fiuza indica que o princípio da autorresponsabilidade é um daqueles que emanam da autonomia privada. Este subprincípio deriva intimamente da autonomia privada, vez que tem relação com a capacidade do ser de se impor normas de conduta e ser por isso responsabilizado. Determina que “[...] desde que uma pessoa declare sua vontade livremente, de acordo com a Lei, será responsável por ela. Ao declarar sua vontade, o indivíduo se autorresponsabiliza por ela” (FIUZA, 2008, p. 405).

¹⁵ É importante ressaltar que a celeridade na resolução de uma demanda não pode ocorrer em detrimento da qualidade da decisão, sob pena de não se acessar a justiça de forma adequada, conforme será melhor detalhado em seção oportuna.

Neste sentido, de fato, é possível indicar que, em geral, as demandas são resolvidas no procedimento arbitral de forma mais célere do que quando submetidas ao Poder Judiciário.

Essa percepção foi indicada em pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), na qual profissionais usuários e atuantes em procedimentos arbitrais foram entrevistados e indicaram a celeridade¹⁶ como a primeira vantagem concreta na utilização da arbitragem quando comparada com o processo judicial (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012).

Rodvalho (2015) ensina que o fator tempo é especialmente relevante quando se observa a situação da Justiça estatal. O autor menciona que o Brasil possuía, a época da publicação, em 2015, 14 mil magistrados em primeiro grau, julgando em média 1.082 processos por ano, correspondendo a três processos a serem julgados diariamente, se considerados 365 dias de trabalho. Indica também estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que verificou a existência de 95 milhões de processos em andamento no Poder Judiciário, dos quais 70% já aguardavam julgamento em 2013. Apenas no ano de 2014, houve o ingresso de aproximadamente 28 milhões de novas demandas. A referida pesquisa ainda demonstrou que o aumento da estrutura e de pessoal no Judiciário não tem resultado diretamente proporcional na produtividade, o que pode indicar um ponto-limite na produção dos magistrados.

Vilela (2007), escrevendo especificamente sobre as sociedades empresárias, indica que a demora na obtenção de um resultado sobre o litígio é especialmente prejudicial, vez que pode acarretar no adiamento de investimentos e paralisação da sociedade, o que, por vezes, determina a não subsistência de sua atividade. A prestação jurisdicional que chega fora do tempo devido ocasiona, em muitos casos, a falência da sociedade. No mesmo sentido, Henriques (2015) indica que, “não raro, um dos ‘activos’ mais valiosos de uma empresa, quando não o ‘único’ activo, consiste justamente num direito à acção contra outrem” (HENRIQUES, 2015, p. 574).

Nas palavras de Fiuza (1995),

A morosidade da justiça entrava a própria vida democrática desse país, na medida em que nossas pretensões quedam sem o devido retorno. É

¹⁶ O tempo necessário para ter uma solução definitiva do conflito.

essencial à democracia garantir não só os direitos individuais em si, mas, também, sua realização. (FIUZA, 1995, p. 13).

De forma geral, a morosidade é vista como um dos aspectos mais negativos do Poder Judiciário, vez que a demora no surgimento da decisão torna o direito menos efetivo. Assim, a dificuldade de imposição de um direito no tempo adequado causa o seu enfraquecimento, culminando em consequências negativas para a sociedade¹⁷.

Em outras palavras, de nada adianta ir a juízo, se não há uma resposta em tempo hábil “e capaz de realizar os objetivos da jurisdição. Há obstáculos que devem ser rompidos e um deles é o da demora da prestação jurisdicional” (CORTÊS; MAGALHÃES, 2006, p. 85).¹⁸

Sobre a morosidade do Poder Judiciário, Magalhães ensina que:

Essa situação resulta no sentimento de insegurança jurídica, de desapego em relação às instituições públicas, já que não garante direitos. Um quadro desfavorável que inibe a natural recorrência às leis e até mesmo desestimula os investimentos de capital na produção, repercutindo claramente, a sensação de que a Justiça é inacessível, cara, complexa, lenta, inadequada. Com isso, propagam-se os conceitos: Justiça é denegação de justiça, a Justiça é injusta, não há justiça. (MAGALHÃES, 2000, p. 8).

No que tange à arbitragem, existem alguns fatores que contribuem para que essa transcorra com celeridade, dentre os quais, podem-se indicar a especialidade do julgador, sua dedicação à solução do litígio e a ausência de recursos.

Em relação à especialidade do julgador, esse possui maior facilidade para compreensão e decisão sobre a demanda, tendo em vista sua capacidade técnica,

¹⁷ A importância da celeridade no que tange ao acesso à justiça foi percebida e contemplada no Brasil por meio da Emenda Constitucional 45, que implementou a denominada reforma do Judiciário e inseriu, no artigo 5º da Constituição da República de 1988, o inciso LXXVIII, que determina: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1998). Neste sentido, foi incluído, na Magna Carta, o entendimento da necessidade de se garantir um meio de acesso à justiça que tivesse a duração adequada para a solução da demanda.

No mesmo sentido, dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

¹⁸ A questão da demora na solução de litígios, no que tange ao acesso à justiça, será melhor detalhada oportunamente neste estudo.

de maneira que é possível extrair que essa característica auxilia na rapidez do deslinde do procedimento.

No que diz respeito à dedicação do árbitro, o profissional, ao ser indicado para participar como julgador em uma arbitragem, é convidado a informar se possui disponibilidade suficiente para atuar no procedimento. Dessa forma, caso não entenda que possui o tempo necessário para dedicar-se à função, deverá declinar do convite. Essa situação é exatamente contrária à situação do juiz de direito que, não obstante esteja sobrecarregado em sua função, obrigatoriamente, recebe a demanda que lhe é encaminhada por sorteio.

Em relação à ausência de recursos, tem-se que, na arbitragem, são permitidos apenas Pedidos de Esclarecimentos¹⁹, o que reduz substancialmente o tempo para resolução final da demanda. Na lição de Rodovalho,

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas Pedido de Esclarecimento (assemelhado aos embargos de declaração, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito. (RODOVALHO, 2015, p. 16).

Esses pontos demonstram que o procedimento arbitral possui melhores condições de se desenvolver, no que concerne ao intervalo de tempo necessário para solução da demanda, e que a celeridade pode ser considerada um dos principais atrativos para utilização do método.

2.4.4 Especialidade do julgador

Uma das características mais citadas sobre o procedimento arbitral diz respeito à especialidade do julgador. Magalhães ensina que a especialização dos árbitros é uma vantagem da arbitragem, no sentido de que a liberdade de indicação do profissional pelas partes faz com que “a escolha recaia sobre pessoas que são dotadas de necessário conhecimento técnico das questões que irão resolver – os

¹⁹ Comumente equiparado aos embargos de declaração do processo judicial.

experts na matéria do litígio” (MAGALHÃES, 2000, p. 50).

Como será observado, em seção posterior, a capacidade técnica e especialização do árbitro têm íntima ligação com o que se entende atualmente sobre acesso à justiça. Por possuir a especialidade necessária para compreensão e julgamento da demanda, o julgador tem condições de decidir adequadamente o litígio, compreendendo as suas nuances e especificidades, conseguindo de forma eficaz e precisa indicar a resolução justa da demanda.

O caráter técnico e a qualidade das decisões foram indicados pela já mencionada pesquisa realizada pelo CBAr, como a segunda maior vantagem concreta da utilização da arbitragem em relação ao processo judicial (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012).

Convidados a apontar quais seriam as principais vantagens concretas da arbitragem, quando comparada ao processo judicial, a maioria dos entrevistados indicou em primeiro lugar “o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito” (37% das respostas), seguido do “caráter técnico e a qualidade das decisões” (27% das respostas). (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012, p. 11).

Como exemplo, é possível citar as demandas referentes aos contratos de infraestrutura que comumente possuem cláusula compromissória indicando a opção pela arbitragem.

Em casos de litígios sobre esse tipo de matéria, a análise da demanda denota alta complexidade e dificilmente será bem decidida, por exemplo, por um juiz de direito, que pode ser equiparado, dada a sua função, a um generalista. Seria impossível, demandar de tal profissional conhecimento técnico específico de todos os tipos de assuntos que lhe são submetidos. Conforme entende Levy (2014), ainda que seja importante o aprimoramento técnico dos juízes, essencialmente, a partir da criação de varas e colegiados especializados no Poder Judiciário, “algumas matérias não restam apenas inacessíveis ao magistrado, mas também exigem um estudo e um aprofundamento cuja carga de trabalho desses juízos raramente permite” (LEVY, 2014, p. 214).

Por essa razão, a especialidade do julgador é um dos motivos que podem ser apontados quando as partes optam pela arbitragem para resolução de suas demandas e acarreta em uma melhor qualidade da decisão, essencialmente, quando se trata de litígios que envolvem questões com alto grau técnico e de

complexidade.

2.4.5 Confidencialidade

Ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, nos quais a regra é a publicidade, a confidencialidade é característica comum do procedimento arbitral. Essa propriedade não ocorre por imposição legal, mas é fruto de uma prática comum no meio arbitral, no sentido de se estabelecer contratualmente o sigilo.

A Lei Brasileira de Arbitragem não estabelece o caráter sigiloso do procedimento arbitral, indicando apenas, em seu artigo 13, § 6º²⁰, que o árbitro, no desempenho de sua função, deve proceder com discrição.

A confidencialidade, em regra, está estabelecida nos regulamentos de arbitragem das câmaras de arbitragem, que, ao serem adotados pelas partes para solução de suas demandas, passam a ter força de norma. Esse aspecto tem atraído pessoas físicas e jurídicas “que não desejam ver seu conflito exposto ao grande público, especialmente quando questões negociais sensíveis estão em jogo” (RODOVALHO, 2015, p. 16).

Imagine-se uma sociedade empresária, com ações comercializadas na bolsa de valores, em conflito com o seu maior fornecedor, único produtor nacional de certa matéria prima, essencial ao negócio desenvolvido pela referida sociedade. Nesse caso, o conhecimento da existência da mencionada demanda pelo público em geral poderia ocasionar impacto negativo no valor das ações da sociedade. Isso porque o potencial rompimento da relação com o principal fornecedor poderia ocasionar problemas na produção, indicando uma possível crise, o que repeliria investidores²¹.

Conforme lecionam Silveira e Trigueiros, “[...] nem sempre é conveniente dirimir um conflito, ainda que entre dois concorrentes, com a publicidade de uma ação judicial. Por vezes a concorrência causa menor dano do que uma informação estratégica aberta ao mercado” (SILVEIRA; TRIGUEIROS, 2007, p. 127).

²⁰ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” (BRASIL, 1996).

²¹ Levy (2014) destaca diversos aspectos que levam a confidencialidade a ser considerada como o aspecto da arbitragem mais relevante quando o objeto do litígio diz respeito a questões referentes à propriedade intelectual. Isso em razão das demandas nessa seara envolverem informações confidenciais, como conhecimentos técnicos não passíveis de registro ou tuteláveis, que poderiam ser indevidamente utilizados por concorrentes, caso se tornassem públicos.

A relevância da confidencialidade para o procedimento arbitral foi contemplada pela Lei n. 13.129/2015, que realizou alterações na Lei Brasileira de Arbitragem. Foi inserido, o artigo 22-C, na Lei n. 9.307/1996, que dispõe o seguinte:

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.
Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (BRASIL, 1996).

Como é possível observar pela leitura do dispositivo, a carta arbitral é o meio utilizado pelo Tribunal Arbitral para comunicação com o Poder Judiciário. O parágrafo único estabelece que, no cumprimento da carta, deverá ser mantido o segredo de justiça sobre a providência, desde que comprovada a estipulação de confidencialidade na arbitragem. Referida inovação traz importante garantia e demonstra a importância do sigilo no procedimento arbitral, vez que, ao optar pela arbitragem com caráter sigiloso, as partes esperam que as informações concernentes à solução da demanda não se tornem públicas.

Ressalte-se que o sigilo deverá ser afastado nos casos em que há obrigação legal de publicidade. Como exemplo, podem ser citadas as demandas que envolvem a Administração Pública. Por força do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37²², da Constituição da República de 1988, a confidencialidade não se aplica aos procedimentos em que a Administração ocupa um dos polos processuais do procedimento arbitral, ainda que esteja prevista na convenção de arbitragem ou no regulamento da câmara indicada para administração do caso.

2.4.6 Flexibilidade

Na arbitragem, por força da autonomia privada já mencionada, as partes podem estabelecer como o procedimento arbitral se dará.

Os contratantes possuem liberdade para escolher as regras aplicáveis à solução do conflito sejam “materiais ou processuais; do ordenamento pátrio ou estrangeiro, dos usos e costumes ou regras de negócios (nacionais e

²² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

internacionais); e, também, por equidade” (NUNES, 2012, p. 186-187). Dessa forma, como na arbitragem prevalece o princípio da autonomia privada, “os árbitros julgam conforme os parâmetros estabelecidos pelos próprios litigantes, dentro dos limites impostos pela legislação aplicável” (SOARES; NEVES, 2012, p. 26).

Neste sentido, é comum que as partes estabeleçam a lei aplicável ao caso, evitando, assim, conflito entre normas, o que se torna especialmente relevante em relação a contratos que envolvem questões e partes de países diversos. A definição da legislação a que se submeterá o julgamento do litígio evita que se dispenda tempo com esse tipo de discussão, evitando a morosidade do procedimento. Assim, “a deformalização constitui um fator de celeridade, e dá maior liberdade para a parte atuar e solucionar o conflito de interesse” (MAGALHÃES, 2000, p. 15).

Além disso, as partes, em geral, definem, em conjunto com os árbitros, questões procedimentais, como prazos e forma de seu cumprimento, bem como a forma de produção das provas. Essa possibilidade é especialmente importante quando se diz respeito a procedimentos de alta complexidade, que demandarão, caso a caso, prazos e produção de provas específicas, que se adequem à necessidade da situação, permitindo que os julgadores e partes explorem de forma eficiente os aspectos envolvidos em cada caso concreto, tornando possível que se chegue a uma decisão adequada e justa para a situação. Neste sentido, Cavani ensina que “sem um procedimento justamente estruturado não é possível chegar-se a uma decisão justa” (CAVANI, 2014, p. 122).

Em relação à produção de provas, quando se compara a arbitragem com o processo judicial, geralmente o Tribunal Arbitral ou o árbitro “dispõe de maior tempo para apreciar a prova produzida, o que representa audiências mais longas e depoimentos mais aprofundados, bem como laudos periciais escrutinados e com maiores esclarecimentos dos *experts*” (RANZOLIN, 2015, p. 105).

Sobre o assunto, Rodvalho ensina que,

Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório. Assim, podem ajustar como serão apresentadas as manifestações, prazos, quais provas serão produzidas e em que ordem, enfim, disciplinar como querem que o procedimento se desenvolva. Note-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 2015), influenciado pelo êxito da arbitragem, tem procurado flexibilizar, em certa maneira, o próprio processo judicial, o que é um grande avanço. (RODOVALHO, 2015, p. 16).

A melhor produção de provas acarreta em uma melhor apuração da verdade e dos fatos ocorridos no contexto do litígio. Não obstante a verdade e os fatos não possam ser perfeitamente reproduzidos em um procedimento, a arbitragem permite melhor detalhamento das questões, bem como melhor análise por profissionais que possuem capacidade técnica no assunto. Todo esse contexto possibilita que se chegue a uma decisão mais justa e adequada.

Sobre o tema, Cavani ensina que,

[...] mesmo que atingir a verdade seja um ideal nem sempre realizável, é preciso que ele seja procurado na medida do possível, já que é necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Com efeito, em um ordenamento que consagra o modelo do Estado Constitucional as decisões dos juízes têm de espelhar, no maior grau possível, a verdade entre a situação comprovada na decisão e o verdadeiramente acontecido (correspondência). E para isso, exige-se uma adequada apuração dos fatos alegados (isto é, uma valoração da prova mediante instrumentos racionais), consubstanciada em justificação idônea.

Na seara da importância da verdade no processo, é preciso, portanto, que: (i) quem alega fatos no contexto de um processo judicial possa efetivamente aportar meios que hipoteticamente possam ser idôneos para aportar direta ou indiretamente, elementos de juízo acerca dos fatos que devem ser provados; (ii) esses meios de prova sejam efetivamente produzidos no processo; (iii) os meios de prova produzidos sejam valorados racionalmente; (iv) que exista motivação idônea por parte do juiz. Tudo isso leva a uma apuração o mais adequada possível, consubstanciada, como se vem insistindo, na importância da busca da verdade e a conformação de uma decisão justa a partir deste viés. (CAVANI, 2014, p. 134-135).

Por todo o demonstrado, observa-se a relevância da flexibilidade em relação à escolha pelo uso da arbitragem. Como será possível observar em seção posterior, esse aspecto do instituto está intimamente ligado ao que se compreende atualmente por acesso à justiça e em relação ao que diz respeito à adequação do procedimento à solução da demanda.

3 ACESSO À JUSTIÇA

Um dos pontos centrais da presente pesquisa diz respeito à abordagem do que se compreende atualmente por acesso à justiça.

Acesso à justiça é um tema de difícil e complexa definição e abordagem, e o que se buscará nesta seção é observar, de forma aprofundada, os diversos aspectos que envolvem o tema e que tenham relevância para a presente pesquisa.

Contudo, antes que se adentre à definição do termo, considerando que o acesso à justiça está intrinsecamente ligado à existência de um conflito, vê-se necessário definir o que se compreende por conflito, para, então, passar-se ao estudo do assunto indicado para esta seção. A definição do termo também será relevante para a compreensão da quarta seção deste trabalho, que tratará dos métodos adequados de solução de controvérsias frente ao acesso à justiça.

3.1 O conflito

O conflito é algo intrínseco à sociedade, vez que “desacordos e problemas podem surgir em quase todos os relacionamentos” (MOORE, 1998, p. 22). É algo inevitável quando se fala de relações ou relacionamentos humanos, quer seja entre pessoas físicas ou jurídicas.

O termo pode ser entendido como “uma divergência de perspectivas, percebida como geradora de tensão por, pelo menos, uma das partes envolvidas numa determinada interação, e que pode ou não se traduzir numa incompatibilidade de objetivos” (DIMAS; LOURENÇO; MIGUEZ, 2007, p. 38).

Todo ser humano em sociedade, ao longo de sua existência, acaba por se deparar com situações conflituosas, vez que isso faz parte da convivência em comunidade, fruto de interesses, opiniões, pontos de vista e necessidades que divergem de um indivíduo para o outro. A forma como o conflito é tratado é que determinará o alcance e as consequências da existência da divergência (MORAIS, 2015, p. 71).

Especificamente do contexto empresarial, Braga Neto ensina que:

As empresas, de maneira geral, possuem uma organização interna que se constitui em uma enorme e complexa rede de conexões e interações entre as pessoas que dela fazem parte. Com isso, geram entre si inúmeras inter-

relações, algumas delas decorrentes da própria atividade profissional e outras resultantes das afinidades pessoais e/ou sociais de cada um de seus participantes. Este quadro acaba por transformá-las, não importando o porte, quer seja micro, pequeno médio ou grande, em um terreno fértil e privilegiado, onde prosperam diversos conflitos, conflitos estes relativos às inúmeras e intensas atividades internas decorrentes do seu cotidiano. (BRAGA NETO, 2009, p. 136).

Geralmente, quando surge um conflito de interesses entre as pessoas, sejam naturais ou jurídicas, essas buscam posicionar-se no sentido de resolver a demanda, ora pela autocomposição, ora pela heterocomposição (NOGUEIRA, 2012, p. 92).

Na autocomposição, as próprias partes, com ou sem a ajuda de um terceiro facilitador, chegam a uma solução para a demanda. É o caso da negociação, direta ou indireta, da conciliação e da mediação.

Na heterocomposição, a solução da controvérsia é terceirizada, ou seja, entregue a um julgador imparcial que decidirá o litígio. Pode-se indicar, como exemplos de métodos heterocompositivos o processo judicial, a adjudicação e a arbitragem.

Em relação ao enfrentamento do conflito, tem-se que esse, costumeiramente, era encarado de forma negativa. A convivência totalmente harmônica entre as pessoas seria, nesse sentido, considerada como benéfica e ideal. Atualmente, fala-se no enfrentamento do conflito de forma positiva, visto, assim, como uma oportunidade de criação de novos caminhos e desenvolvimento de soluções integradas.

Referindo-se a organizações, Morais afirma que:

Em tempos passados chegou a ser entendimento que a eficácia organizacional seria alcançada por meio da harmonia, cooperação absoluta e absoluta ausência de conflito, resultando desta perspectiva que o conflito seria algo negativo. Na segunda metade do século XX até os dias de hoje passou a afirmar-se que o conflito constitui o motor de desenvolvimento social, com efeitos positivos sempre que o mesmo seja gerido adequadamente, de modo a estabelecer relações cooperativas e buscando alcançar soluções integradas com benefício para todos. (MORAIS, 2015, p. 69-70).

Do ponto de vista positivo, os indivíduos em conflito podem ter como resultado o fortalecimento das relações sociais, a identificação de interesses subjacentes ao conflito, a promoção de relacionamentos cooperativos e a exploração de estratégias que venham a resolver ou prevenir futuras controvérsias

(AZEVEDO, 2009, p. 30). Observado positivamente, o conflito é percebido como uma possibilidade de transformação, na qual as divergências não são vistas como ameaças, mas como algo natural da própria condição humana e que, inevitavelmente, deverão ser enfrentadas.

Percebe-se, assim, que é a forma de tratamento do conflito, que em sua essência é neutro, que determinará o seu resultado positivo ou negativo. Caso seja tratado inadequadamente, poderá significar o caos. Caso gerido da forma correta, fazendo uso da forma adequada para sua solução, o resultado será benéfico, podendo representar “uma fonte de criatividade, mudança e maior produtividade” (MORAIS, 2015, p. 71).

Neste sentido, percebe-se que o uso dos métodos de solução de controvérsias deve ser realizado com o intuito de tratar de forma positiva o litígio, ou seja, lançando mão do meio que mais sirva à solução de cada tipo de divergência, de forma a extrair dessa o melhor resultado possível.

3.2 Definição do termo e abordagem sobre acesso à justiça

Acesso à justiça, como mencionado, é um termo de difícil definição. É considerado um dos direitos que devem ser garantidos dentro do que se compreende por Estado Democrático de Direito. De forma sucinta, Santos explica que:

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito. (SANTOS, 2011, p. 1).

O direito de acesso à justiça é indispensável dentro desse contexto, por ser garantidor da correção de uma situação de violação das garantias fundamentais e demais direitos. Em termos básicos, a existência de um direito pode não ser efetiva, caso não haja um meio eficaz que garanta o seu respeito, na hipótese de sua violação.²³

²³ Villela (1982) defende que a coerção não é nota essencial ao direito, constituindo-se apenas como um atributo meramente acidental desse. O autor afirma, inclusive, que o uso da força, com o intuito de se impor uma norma, não está em consonância com a dignidade da pessoa humana. O ideal

O termo *acesso à justiça*, ao longo do tempo, foi enfrentado de diversas formas, de acordo com a percepção de sua efetividade e com o foco que lhe foi dado.

Cappelletti e Garth (1998), em seu trabalho denominado *Acesso à Justiça*²⁴, realizaram um relatório acerca das mudanças ocorridas no que tange à compreensão do mencionado direito.²⁵ Os autores indicam que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 3).

Na Constituição da República de 1988, o acesso à justiça é considerado fundamental e constitui um princípio, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV²⁶.

seria que as pessoas possuíssem a consciência do dever de cumprimento do direito, sem que fosse necessária a utilização de meios coercitivos. O uso da coerção corroboraria com uma irresponsabilidade social do homem que, acostumado a agir apenas coercitivamente, não obedeceria às regras sempre que encontrasse meios ou brechas para tanto. O autor não ignora que no atual estágio de nossa vida social a coerção seja necessária e que uma ruptura total neste sentido traria o caos, mas entende que se deve buscar sua superação, vez que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da grandeza transcendental do homem.

²⁴ A compreensão do que se entende por acesso à justiça nesta pesquisa terá como base a mencionada obra de Cappelletti e Garth (1998), não obstante tenham sido utilizados outras obras e entendimentos de outros estudiosos do assunto.

²⁵ “A expressão ‘Acesso à Justiça’ adquiriu seu sentido atual no fim da década de 1970. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais governamentais. No discurso pós-Segunda Guerra Mundial, ocasionalmente surgia como descrição do objetivo e dos benefícios da assistência judiciária, ou como meio de se assegurar a isonomia perante a lei. No fim dos anos 1970, contudo, a expressão adquiriu um novo e mais amplo significado: a possibilidade de se fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar justiça. A concepção da justiça, em várias modalidades e em diversos arranjos institucionais, cristalizou-se com o surgimento do Projeto Florença. Esse projeto foi patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Ministério da Educação italianos, sob a direção de Mauro Cappelletti, um estudioso de vasta imaginação e energia empreendedora. A obra do Projeto Florença está corporificada na massiva série de diversos volumes denominada *Acesso à Justiça*, publicada em 1978 e 1979, e em uma pequena biblioteca de volumes satélites e artigos jurídicos. Tendo como base programas e experimentos em muitos locais, o Projeto Florença codificou uma noção ampliada de acesso que supera a representação por advogados e a visão das cortes como o lugar de busca pela justiça. Ao analisar o fim daquela década, o próprio Cappelletti enxergou o desenvolvimento da noção de *Acesso à Justiça* constituída por três ‘ondas’, exemplificadas por uma série de avanços institucionais” (GALANTER, 2015, p. 38-39).

²⁶ Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998).

Conforme menciona Casado Filho (2014), essa garantia também está presente nas principais Convenções Internacionais de Direitos Humanos e é reconhecida como princípio da inafastabilidade da jurisdição. De acordo com a Constituição da República de 1988, todos devem ter garantido o acesso à justiça, “para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito. O direito contempla não só direitos individuais, como também os difusos e coletivos” (CASADO FILHO, 2014, p. 63).

Atualmente, compreende-se que ter acesso à justiça não significa tão somente ter acesso a um meio de se processar uma demanda. Verifica-se ser necessário que o resultado, a decisão, a solução dada à situação conflituosa seja justa, e que a forma como isso se dará tenha efetividade, incluindo-se, aqui, a necessidade de que o processo não seja moroso. Neste sentido, Cavani ensina que,

Em sendo assim, o processo, pelo menos na sua dimensão particular deve trazer um resultado. Mas não qualquer resultado. Tem de ser um que se espelhe na máxima medida do possível as exigências do direito material. Daí que se entenda que a tutela oferecida aos direitos (ou melhor: às situações jurídicas que são levadas ao processo) deve ser efetiva, adequada e tempestiva. Uma decisão produto de uma estrutura adequada que traga, no plano físico, efetividade em tempo proporcional (ou seja, sem dilações indevidas), pode ser chamada de justa. Essa justiça, refletida na tutela dos direitos, é o rasgo característico do processo do Estado Constitucional. (CAVANI, 2014, p. 121-122).

Matumoto argumenta que o acesso à justiça:

[...] não se perfaz tão somente quando da chegada do cidadão ao judiciário, independente do pólo (passivo ou ativo) que ocupa. Muito mais do que estarem os jurisdicionados abrigados por uma garantia constitucional pétrea, urge imperiosamente a efetividade dessa garantia, ou seja, a hipostasiação desse soberano direito que, na realidade, pétreo é, porém no sentido de petrificado, morto, de papel e, não no seu verdadeiro sentido, qual seja, de supremo, imutável e prevalente que deveria ser, afinal a justiça, muito além do que é o direito, é a simplicidade de dar a cada um o que é seu. Contudo, apenas quando da consecução dessa premissa é que se verificará a magnitude das pilstras do Estado Democrático de Direito: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. (MATUMOTO, 2003, p. 161).

Dentro desse contexto e considerando também a necessidade de tratar positivamente os conflitos, o Poder Judiciário passou a não ser mais visto como o único meio capaz de garantir o acesso à justiça, tendo florescido o entendimento de que outras formas de solução de controvérsias podem ser capazes de efetivar e garantir direitos, considerando suas características peculiares e possibilidade de

adequação para a solução de cada tipo litígio.

Compreendido o significado de acesso à justiça, passa-se a verificar as mudanças de tratamento dadas ao termo, no que se compreende como ondas de acesso à justiça.

3.3 As ondas de acesso à justiça

Como indicado, o acesso à justiça foi enfrentado de diversas formas ao longo do tempo. Para Cappelletti e Garth (1998), ocorreram três ondas relativas ao referido direito. A primeira foi caracterizada pela necessidade de garantir o acesso à justiça àqueles que não tinham condições financeiras de arcar com as custas processuais e remuneração dos advogados. Nesse momento, então, surgiram a justiça e a advocacia gratuitas. Essa solução permitiu uma maior igualdade entre os cidadãos, impedindo que o Judiciário funcionasse apenas para a parcela da sociedade que possuía desejáveis condições financeiras, proporcionando aos cidadãos com poucos recursos condições de reivindicar seus direitos e interesses.

Ocorre que a primeira onda garantiu o acesso à justiça aos cidadãos, no que tange a questões particulares, ou seja, relativas apenas àquelas partes envolvidas na demanda. Surgiu, assim, a necessidade de buscar pela representação dos direitos difusos e coletivos. Nesse contexto, surge a segunda onda do acesso à justiça.

A segunda onda se estabeleceu a partir do desenvolvimento social e da formação de grupos sociais que passaram a reivindicar os direitos coletivos, muitas vezes, violados pelo próprio Estado e por sociedades empresárias expressivas. Dessa maneira, passou-se a perceber que seria necessária uma mudança para que fosse garantido o acesso à justiça em relação às questões da coletividade, e para que essa fosse adequadamente representada em juízo. Referido entendimento culminou no estabelecimento de jurisprudência e leis que permitissem o processamento de demandas coletivas, bem como em mecanismos adequados de representação nesse âmbito.

Cappelletti e Garth (1998) mencionam também uma terceira onda que confere enfoque mais amplo à compreensão do acesso à justiça. É essa onda, a mais relevante para a presente pesquisa. Os autores ensinam que:

Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 25).

O enfoque encoraja uma amplitude de reformas no Poder Judiciário, bem como a exploração de outros métodos de solução de disputas, reconhecendo a “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 26). Mencionam que existem muitas características que fazem com que um litígio seja diferente do outro, ressaltando também as limitações do Judiciário em dar efetividade aos direitos. Assim, aceitam-se:

As limitações das reformas dos tribunais regulares e, como consequência, envolvem a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Os reformadores estão utilizando cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 30).

Como é possível depreender, a percepção indicada deu forças para o desenvolvimento de outros métodos de resolução de controvérsias, que passaram a ser considerados formas alternativas às decisões judiciais de se atingir a justiça. Houve, dessa maneira, a compreensão da necessidade de adequação do processo com a finalidade de tratar cada demanda de acordo com suas peculiaridades. A adequação do método ao tipo de litígio será melhor aprofundada na quarta seção deste trabalho.²⁷

3.3.1 As barreiras do acesso à justiça

Cappelletti e Garth (1998) indicam que o acesso à justiça possui barreiras que impedem sua efetivação, quais sejam, (a) *possibilidade das partes*, (b) *problemas especiais dos interesses difusos* e (c) *custas judiciais*. Os referidos obstáculos serão tratados a seguir.

²⁷ Além dessas três ondas, Bacellar (2012) cita uma quarta e uma quinta ondas. A quarta diria respeito aos operadores do direito, às dimensões éticas dos profissionais que estão atrelados ao acesso à justiça. A quinta onda diria respeito à “saída da justiça” (em relação às demandas judicializadas) e à oferta dos métodos adequados de solução de conflitos. Para aprofundamento do tema, consultar: BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

3.3.1.1 Possibilidade das partes

A *possibilidade das partes* foi termo utilizado para demonstrar a ideia de que alguns litigantes possuem uma gama de vantagens estratégicas. As vantagens e desvantagens são assuntos complexos e de difícil avaliação precisa. Cappelletti e Garth (1998) indicam, nesta esteira, vantagens e desvantagens básicas de alguns litigantes.

Primeiramente, pode-se mencionar aquelas relacionadas a recursos financeiros. Alguns litigantes têm maiores condições de litigar por terem maior capacidade de pagar para tanto, bem como para aguardar o resultado da demanda.

Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 8).

Desse modo, observa-se o impacto que a presença ou ausência de capacidade financeira pode ter no que tange ao acesso à justiça. Aquele que não possui condições de arcar com as despesas pode se ver impedido de utilizar um método adequado para solucionar sua demanda. Além disso, pode não ter um meio para custear a produção de provas da forma devida, com vistas a demonstrar suas razões.

Pode-se pensar, por exemplo, em um caso em que apenas uma das partes possui condições de arcar com o pagamento de um bom assistente técnico para acompanhamento de uma perícia e apresentação de pareceres, restando um dos polos impossibilitado financeiramente. Certamente, o lado desfavorecido, do ponto de vista financeiro, ficará prejudicado no que diz respeito ao desenvolvimento e à discussão de seus argumentos. Esse tipo de situação dará à parte abastada maiores chances de êxito na demanda.

Em relação às *possibilidades das partes*, os autores também indicam que alguns litigantes possuem maior aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou realizar a sua defesa. Isso acontece em razão de dois principais fatores. Primeiramente, há uma falta de conhecimento jurídico básico para a população em geral que não possui clareza sobre seus direitos. Isso ocorre mesmo com aqueles que buscam se informar.

Além disso, as pessoas não compreendem muito como se dá o ajuizamento de uma demanda. Esse desconhecimento remete a uma outra barreira que teria relação com a disposição psicológica das pessoas de ajuizar uma ação. Muitos deixam de ajuizar uma demanda por não quererem enfrentar a relação com advogados e o ambiente formal em que se desenvolve um processo que pode passar uma sensação opressora para alguns indivíduos.

Outro ponto levantado diz respeito à barreira existente em relação à frequência com que cada pessoa litiga. Os autores indicam que alguns litigantes são eventuais e outros são habituais. Por óbvio, aqueles que são habituais, como é o caso de grandes organizações, possuem maior força dentro do processo por terem costume de se encontrar com o sistema judicial. As vantagens dos litigantes “habituais” são inúmeras:

1) maior experiência com direito possibilita-lhe melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir riscos da demanda por maior número de casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 9).

Dentro do contexto dessa barreira, pode-se considerar que o financiamento por terceiros na arbitragem teria a capacidade de auxiliar àqueles que não possuem condições de arcar com as custas do procedimento e produção de provas, conferindo a esse tipo de litigantes maior isonomia no desenrolar do procedimento arbitral. Ressalte-se que, em geral, os financiadores possuem experiência e maior habitualidade no processamento de demandas. Neste sentido, quando há auxílio de um financiador na defesa da parte, pode-se inferir que alguns aspectos das barreiras mencionadas nesta seção são retirados por meio do uso desse tipo de negócio.

3.3.1.2 Problemas especiais dos interesses difusos

Em relação aos interesses difusos, os autores indicam alguns pontos que causam as barreiras nesta seara. Primeiramente, quando se trata de direitos difusos, há pouco interesse econômico para que um indivíduo sozinho litigue para buscar a sua garantia. Existem poucas razões que levariam alguém a travar demanda de

tamanha complexidade. Além disso, ainda que haja legitimidade ativa para um indivíduo ajuizar uma demanda para defesa de interesses difusos, eventual condenação não faria com que o infrator ressarcisse por todo o dano que cometeu, mas apenas indenizaria os prejuízos daquele que ajuizou a ação.

Considerando que os valores a serem recebidos seriam pequenos, perto do que se despenderia com o desenvolvimento do processo, a ação também se tornaria antieconômica. Neste sentido, desejável seria a conexão de demandas, o que já é uma realidade na atualidade em diversos países.

Outra questão relevante diz respeito à dificuldade de organização da demanda, para que seja escolhida a estratégia a ser utilizada quando se pensa em vários autores em um processo. Por outro lado, os autores mencionam que deixar as questões coletivas sob os auspícios e defesa do Estado é algo que pode ser ineficiente, dado que os verdadeiros interessados, ou seja, os prejudicados, não podem auxiliar no desenvolvimento da demanda.

Neste sentido, necessária é a criação de uma estrutura de defesa e disseminação de informações jurídicas aos indivíduos, além do estabelecimento de procedimentos específicos, que possam abarcar esse tipo de controvérsia.

3.3.1.3 Custas judiciais

As custas e despesas judiciais podem ser consideradas como um importante obstáculo ao acesso à justiça. Isso porque aqueles que desejam levar um litígio à resolução têm que arcar, entre outros valores, com honorários advocatícios, emolumentos ou taxas e honorários periciais.

Os autores mencionam que, em alguns países, como na maioria dos casos no Brasil, além dos gastos para processar a demanda, é possível que a parte, caso não tenha êxito em suas alegações, tenha que pagar também valores referentes à sucumbência. Nesse sentido, terá que arcar com as custas e até honorários advocatícios da outra parte que saiu vencedora na disputa.

Dessa forma, muitas vezes, por ausência de condições financeiras ou por receio de perder a demanda, a parte deixa de buscar a solução de seu litígio, abrindo mão de um direito. Essa situação se potencializa no caso das pequenas demandas, bem como em razão da demora na solução do litígio.

No caso das pequenas demandas, os gastos com o procedimento podem ser, proporcionalmente ao valor da causa, tão grandes, que levam os indivíduos a desistirem da causa, considerando que o custo será, muitas vezes, igual ou maior do que aquele que se está pleiteando.

Em relação ao tempo, quanto maior for a sua utilização, maior será o gasto para a parte. De acordo com os autores, isso ocorre, principalmente, em razão da inflação que pode ser substancial, acarretando em uma perda do valor efetivo que se receberá ao final do processo. Além disso, aquele que possui grande necessidade de ter o valor envolvido na causa disponível para uso, pode ter esse fato como uma pressão para a aceitação de um acordo com uma solução injusta para a demanda.

Essa barreira possui grande relevância para o estudo do tema proposto. Isso em razão do impacto econômico e financeiro negativo que sobrevém nas sociedades empresárias, que são as grandes usuárias da arbitragem, quando têm que arcar com altos custos para acesso ao procedimento, tendo em vista que o dinheiro despendido para processamento da demanda poderia estar sendo utilizado para investimento na atividade que desenvolve.

Neste sentido, investir em uma demanda representa também deixar de investir na própria empresa, sendo esse mais um fator que desincentiva a propositura da ação. Além disso, quanto maior for o tempo de processamento da causa, mais tempo a sociedade se verá sem os valores pleiteados na demanda, deixando, também nesse caso, de investir no negócio. Essa situação, como já mencionado, pode, inclusive, acarretar na extinção da sociedade empresária por ausência de recursos, o que seria mais relevante e pressionador para a aceitação de acordos injustos.

O financiamento por terceiros pode, assim, representar um meio efetivo para redução dessa barreira de acesso à justiça quando em referência ao procedimento arbitral.

Se é verdade que a arbitragem é uma justiça privada, e que não existe serviço público de justiça arbitral, isso não significa que ela seja apenas para partes abastadas, sendo desejável admitir-se o financiamento por terceiros como uma ferramenta útil à socialização do acesso à justiça a demandantes desprovidos de caixa para litigar. Esse produto, contudo, pela sua novidade, impõe reflexões." (FERRO, 2013, p. 639).

Não obstante Cappelletti e Garth (1998) mencionem as custas judiciais, quando se trata do procedimento arbitral, a questão das despesas pode ser ainda mais importante, vez que se trata de um método privado que não é patrocinado de nenhuma forma pelo Estado. É que não há que se falar na possibilidade de justiça gratuita para a arbitragem, considerando que as câmaras e árbitros necessitam ser remunerados para que possam exercer suas funções. Além disso, o Estado não arca com parte das despesas para manutenção das câmaras e pagamento dos árbitros, como comumente acontece com o Poder Judiciário. No Brasil, por exemplo, as custas recolhidas não chegam a cobrir o que se gasta para manter a máquina judiciária, que também recebe investimento de recursos proveniente do que o Estado recolhe de impostos, dada a função essencial do Poder Judiciário.²⁸

Um ponto necessário de se destacar diz respeito à retirada de barreiras. Cappelletti e Garth (1998) destacam que é importante ter cuidado com essa situação, vez que a retirada de um obstáculo para acessar o processo ou procedimento de solução de disputas pode criar outras barreiras que impedem a efetividade da justiça.

O próprio Brasil é um exemplo disso. É sabido que os custos judiciais no Brasil são baixos quando comparados a outros países, como os Estados Unidos. Essa foi uma providência tomada com o intuito de dar às pessoas em geral maior facilidade para utilização do Judiciário. Ocorre que essa situação sobrecarregou a máquina judiciária, que se tornou mais moroso e com decisões de menor qualidade. Dessa maneira, não obstante tenham sido retirados os obstáculos relativos aos gastos, criaram-se novos problemas que impedem a efetivação do direito de acesso à justiça.

Sobre o assunto, Sica (2014) realiza uma comparação entre o congestionamento do Judiciário e o congestionamento das vias públicas. O autor relata que, do mesmo modo que o governo realiza incentivos para a produção e compra de veículos, criando mecanismos que facilitem sua produção e venda, há também um incentivo para a propositura de demandas, a partir da redução das barreiras para acesso ao Judiciário, por meio, por exemplo, da justiça gratuita e da

²⁸ É o que se pode depreender dos dados fornecidos pelo CNJ. De acordo com Bonifácio e Schulze (2015), as informações do Conselho Nacional de Justiça demonstram que as receitas advindas da atividade jurisdicional com cobrança de custas, emolumentos, taxas e tributos devidos pelo contribuinte, em 2013, correspondem a cerca de 60% do que se gastou com o Poder Judiciário no mencionado ano. Dessa maneira, pode-se depreender que cerca de 40% dos gastos com o Judiciário vieram de outros meios de arrecadação do Estado.

desnecessidade de utilização de serviços advocatícios para propositura de determinados tipos de ação. Assim, da mesma forma que não há estrutura que garanta o recebimento de tantos veículos nas vias brasileiras, criando-se congestionamentos, ocorre o mesmo com as ações que são propostas no Poder Judiciário, mas que não são efetivamente processadas, conduzindo a uma insuficiente prestação jurisdicional.

Os governos procuram enfrentar a saturação do sistema viário com obras paliativas, tais como viadutos, pontes, vias expressas e túneis, todos construídos com o único objetivo de dar o maior espaço possível para o trânsito de veículos individuais, ainda que em franco sacrifício da paisagem urbana. Permite-se que o motorista chegue mais rapidamente a seu destino, mas sem garantias de que o trajeto será cômodo e seguro. Ainda assim, o ganho de mobilidade decorrente de tais medidas costuma ser tímido e transitório, de modo que, embora o cidadão permaneça investido do direito de circular a bordo de seu automóvel particular, fica sujeito a congestionamentos cada vez maiores. O conforto do veículo de passeio, em realidade, revela-se um tanto ilusório.

A saturação do sistema judiciário também enseja soluções paliativas representadas por vias expressas processuais, tais como, v.g., o julgamento monocrático de recursos e demandas de competência originária dos tribunais e o julgamento de improcedência liminar. Esses atalhos não alteram o direito de acesso individual aos órgãos judiciários, mas procuram abreviar o trajeto procedimental até o resultado final. Considerando-se que os mecanismos acima indicados estão em vigor há algum tempo, pode-se afirmar, ainda que à mingua de dados estatísticos específicos, que, quando muito, trouxeram resultados paliativos. O cidadão permanece investido do direito de acessar individualmente o Poder Judiciário mas, apesar de algumas vias expressas, a tramitação do seu processo é quase que inevitavelmente lenta e, o que é pior, com pronunciada tendência de a demanda ser tratada sem qualquer cuidado e julgada “em bloco”. O acesso à justiça, sob essa perspectiva, torna-se, em alguma medida, um tanto ilusório. (SICA, 2014, p. 16-17).

Neste contexto, Cappelletti e Garth (1998) lembram que a retirada de obstáculos e propostas de mudanças com o intuito de efetivar o acesso à justiça necessita de constante atenção e monitoramento, sob o risco de serem criados obstáculos maiores do que aqueles que foram retirados.

No que tange ao assunto relativo ao uso do financiamento por terceiros no aumento do número de demandas, esse será melhor detalhado na sexta seção deste trabalho.

4 OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O ACESSO À JUSTIÇA

Entendido o contexto em que os métodos adequados de resolução de controvérsias se tornaram pauta dentro das soluções para garantia do acesso à justiça, nesta seção, o tema será aprofundado.

Os métodos adequados de resolução de controvérsias são as formas que, além da decisão judicial, podem solucionar demandas. É possível que estejam dentro do próprio processo judicial, como é o caso da mediação e da conciliação²⁹, ou podem estar no âmbito extrajudicial, como é a situação da arbitragem.

É comum encontrar a menção dos métodos adequados de solução de controvérsias como métodos alternativos. O uso do termo *alternativo* passa uma noção equivocada de que o Poder Judiciário é o meio principal de solução de demandas, desprestigiando as outras formas de resolução de litígios. Não há que se falar em uma hierarquia de métodos, mas, mais exatamente, em uma adequação à solução de cada tipo de demanda.

O termo correto, neste sentido, seria *métodos adequados*, essencialmente, pela ideia de que, para cada demanda, haverá um método que melhor possibilitará a sua solução.

Além da arbitragem, da mediação e da conciliação, já mencionadas, também pode-se indicar, neste contexto, a adjudicação e os *dispute boards*. Não são esses os únicos métodos adequados existentes, mas são os mais difundidos.

Não serão definidos, neste estudo, cada um dos meios, pois não é esse o objeto do presente trabalho. Pode-se mencionar, contudo, que é perceptível a existência de várias formas para a solução de conflitos além da decisão judicial. Dessa maneira, é possível que, em cada caso concreto, seja escolhido um meio para solução de cada conflito em específico.

O conflito, como dito, pode surgir de formas e em contextos diferentes. Por essa razão, para que seja resolvido, o seu enfrentamento também deverá ser

²⁹ Ressalta-se aqui, no âmbito brasileiro, o conteúdo do CPC de 2015, que reforçou a importância do uso dos métodos adequados de resolução de controvérsias. Demonstrado a relevância do tema, o legislador optou por mencionar os referidos meios logo em um dos primeiros artigos do diploma legal: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015).

realizado de acordo com suas particularidades.

Sabe-se que cada demanda possui peculiaridades próprias. Com isso, compreende-se que cada litígio necessita de um meio que também tenha características compatíveis, que possibilitem a análise e a solução da demanda de forma eficiente.

Discorre Lima que, em certas áreas ou conflitos de interesses, a submissão de uma determinada demanda ao Judiciário não se revela “a melhor via para ensejar a vindicação efetiva de direitos” (LIMA, 1994, p. 21).

Em sentido correlato, segundo Watanabe (2012), algumas controvérsias, em virtude de suas peculiaridades e das particularidades das pessoas envolvidas, exigem soluções diferenciadas, muitas vezes, diversas daquelas dadas pela autoridade estatal. No entendimento do autor, os meios adequados de resolução de controvérsias não podem ser utilizados com o principal objetivo de reduzir a morosidade do Judiciário, mas para dar aos indivíduos “uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça” (WATANABE, 2012, p. 89). Ainda segundo o autor:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa. (WATANABE, 2012, p. 88).

Como mencionado, a atividade jurisdicional do Estado tem sido insuficiente, em decorrência de diversos fatores, alguns já citados neste trabalho, de origens procedimentais, operacionais ou administrativas. Por essa razão, vem crescendo a consciência de que é fundamental dar fim ao litígio, ainda que isso não decorra de obra eminentemente estatal, desde que aconteça de forma eficiente e que, por meio dessa, sejam protegidas as liberdades fundamentais do cidadão (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 3-4).

Giannetti ensina que:

Frente a esse cenário de crítica, desconfiança e descontentamento com o papel institucional do Judiciário e na visível constatação que ele não consegue bem resolver os diversos problemas a ele direcionados pela sociedade e pelo Estado, houve, nas últimas décadas, a incessante procura por novos métodos ou meios de resolução de litígios sem a presença estatal, até como forma de propiciar o acesso à justiça. E dentro

desse panorama surge o debate sobre os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC). (GIANNETTI, 2017, p. 31).

Não obstante se compreenda que o Poder Judiciário passa, em diversos países, por uma séria crise de morosidade e qualidade das decisões, não se pretende aqui descartar a sua utilização ou passar a ideia de que o Judiciário está falido e não possui serventia para o acesso à justiça. Muito pelo contrário. O Poder Judiciário é também uma das formas de solução de demandas que pode ser adequada, a depender do tipo de litígio.

Vê-se, contudo, necessário que haja uma utilização de todos os métodos disponíveis, com o intuito de solucionar cada tipo de demanda de forma eficaz. Dessa maneira, imprescindível que os métodos adequados de solução de controvérsias sejam fortalecidos e divulgados, conferindo-se a todos a possibilidade de escolher qual a melhor forma de resolução da demanda.

Não obstante a colocação de Watanabe (2012), que indica não ser o objetivo primordial do uso dos referidos meios desafogar o Judiciário, um novo olhar para os métodos adequados cooperaria para a melhor prestação do sistema judicial, vez que, com isso, seriam desse retiradas as demandas que se adequassem a outros métodos, restando apenas aquelas que lhe competem.

Além disso, o uso e a propagação das formas amigáveis de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação, criam uma nova cultura de solução de demandas, incentivando as pessoas a realizarem a autocomposição de seus litígios, evitando a terceirização da resolução da controvérsia. Esse cenário menos beligerante, inclusive, acarreta em uma prevenção de controvérsias, vez que as partes passam a lidar de forma mais positiva com as divergências de interesses.

Desse modo, pode-se extrair que os métodos adequados de resolução de demandas são considerados e analisados, dentro do que se percebe atualmente como acesso à justiça, como soluções eficazes que propiciarão, juntamente com o Poder Judiciário, o acesso à justiça efetivo, a partir da possibilidade de escolha do melhor meio para resolver cada litígio em concreto.

4.1 Reflexões epistemológicas sobre os meios adequados de solução de controvérsias e o acesso à justiça

Nesta seção, pretende-se realizar uma análise epistemológica, de acordo com

o entendimento de Imre Lakatos, do que se compreende por acesso à justiça e, dentro deste contexto, dos métodos adequados de resolução de controvérsias. Interessa aqui observar, epistemologicamente, a mudança de enfrentamento da forma como se acessa a justiça. Como mencionado, inicialmente, entendia-se que o acesso à justiça se dava por meio da participação em um processo judicial que levaria a uma decisão. Tinha-se, assim, uma reverência ao acesso à justiça formal.

Posteriormente, percebeu-se a necessidade de se observar o acesso à justiça material, ou seja, se a decisão sobrevinda no processo seria eficiente, adequada e justa. Neste contexto, percebeu-se uma mudança substancial no entendimento sobre o assunto, que teve como uma de suas consequências a ascensão dos métodos adequados de resolução de controvérsias, que atualmente são percebidos como importantes ferramentas para o acesso à justiça.

Para o que se propõe, inicialmente, é necessário que se faça uma breve explanação, portanto não exaustiva, da compreensão epistemológica estabelecida por Imre Lakatos, escolhido como o filósofo mais adequado para a análise do tema para, então, estabelecer, dentro de seu entendimento epistemológico, o desenvolvimento do conhecimento sobre os meios adequados de solução de controvérsias no que tange ao acesso à justiça.

4.1.1 A epistemologia de Imre Lakatos: a metodologia dos programas de investigação científica

Imre Lakatos define seu entendimento epistemológico a partir do principal embate da filosofia da ciência do século XX, entre o programa de Karl Popper, falseacionista, e a abordagem de Thomas Kuhn, de viés sociológico (DUARTE; MENDES, 2015).

Para Lakatos, o processo científico não deve e não é compreendido a partir de teorias isoladas, mas a partir de uma sequência de teorias, uma vez que uma teoria só pode ser considerada científica se comparada a uma anterior. Assim, uma teoria não é desacreditada pelo surgimento de outra, originando-se, então, o que Lakatos chama de programa de pesquisa científica, ou seja, um conjunto de teorias que se complementam. Conforme o entendimento do referido filósofo, um programa de pesquisa possui quatro elementos principais: um núcleo firme, um cinturão

protetor, uma heurística negativa e uma heurística positiva (DUARTE; MENDES, 2015).

O núcleo firme possui pressupostos que não podem ser violados. É a teoria ou conjunção de hipóteses que não podem ser falseadas (SILVEIRA, 1996). "O núcleo firme é 'convencionalmente' aceito (e, portanto, 'irrefutável' por decisão provisória)" (LAKATOS, 1983, p. 116).

O núcleo firme é protegido pelo cinturão protetor, que pode ser definido como o conjunto de teorias ou hipóteses auxiliares, sendo possível a expansão, modificação ou complicação dessas. "É ele quem recebe diretamente os golpes da empiria e trata de acomodá-los" (DUARTE; MENDES, 2015, p. 135). Portanto, quando os cientistas se deparam com algum fato incompatível, ou seja, com o surgimento de anomalias, a falsidade irá atingir o cinturão protetor e as hipóteses auxiliares serão afetadas (SILVEIRA, 1996).

Em relação à heurística, pode-se mencionar a negativa e a positiva. A negativa irá determinar que qualquer falseamento seja direcionado ao núcleo firme do programa. Já a positiva orienta as mudanças que deverão ser feitas no cinturão protetor para adequação do programa no sentido de superar a anomalia.

Sobre a avaliação dos programas, ensina, Silveira (1996):

A avaliação dos programas de pesquisa envolve regras que os caracterizam como "progressivos" ou "regressivos". Um programa é "teoricamente progressivo" quando cada modificação no "cinturão protetor" leva a novas e inesperadas predições ou retrodições. Ele é "empiricamente progressivo" se pelo menos algumas das novas predições são corroboradas. Sempre é possível, através de convenientes ajustes no "cinturão protetor", explicar qualquer anomalia. Por exemplo, sempre era possível no programa de Ptolomeu compatibilizar os dados astronômicos sobre os planetas pela introdução de um novo epiciclo. Estes ajustes são "*ad-hoc*" e o programa está "regredindo" ou "degenerando" quando eles apenas explicam os fatos que os motivaram, não prevendo nenhum fato novo, ou, se prevendo fatos novos, nenhum é corroborado. (SILVEIRA, 1996, p. 226).

Neste sentido, existem, no entendimento de Lakatos, dois tipos possíveis de mudanças teóricas: as intraprogramáticas e interprogramáticas. No caso das intraprogramáticas, ocorrem apenas alterações no cinturão protetor, havendo a manutenção do núcleo firme. Já em relação às interprogramáticas, está-se diante de um programa em degeneração contínua que, conseqüentemente, poderá ser substituído, com a criação de outro, formado em torno de um novo núcleo firme constituído (DUARTE; MENDES, 2015).

Dessa forma, pode-se concluir que o progresso para Lakatos é mensurado pela medida de progressividade de uma mudança de problema, ou seja, pela medida em que uma série de teorias conduz à descoberta de novos fatos.

4.1.2 Considerações quanto ao enfrentamento do acesso à justiça e a epistemologia de Imre Lakatos

Considerando o entendimento sobre o desenvolvimento do conhecimento por Imre Lakatos, e o que o referido filósofo determinou como programa de pesquisas científicas, bem como pelo que foi colocado neste trabalho sobre a compreensão acerca do direito ao acesso à justiça, é possível estabelecer uma correlação entre a teoria de Lakatos e o que ocorreu com o desenvolvimento do entendimento sobre acesso à justiça.

É possível dizer que o núcleo firme, convencionalmente aceito, do programa de pesquisa científica referente ao tema acesso à justiça diz respeito à necessidade de garantia do acesso à justiça aos membros da sociedade dentro de um Estado Democrático de Direito. A heurística negativa define que esse entendimento não pode ser alterado.

As ondas do acesso à justiça, que ocorreram com o objetivo de superação das anomalias verificadas ao longo do desenvolvimento da compreensão sobre o tema acesso à justiça dizem respeito às alterações do cinturão protetor do programa. As ondas ocorreram, assim, pautadas pela heurística positiva.

Pode-se, por fim, verificar que o programa de pesquisa científica em questão é progressivo, uma vez que as predições não apenas explicam as anomalias encontradas, mas também levam à previsão de fatos novos corroborados, como é o caso da verificação de que os métodos adequados de resolução de controvérsias são também uma nova forma de garantia efetiva do acesso à justiça.

Assim, observa-se a correlação entre o entendimento sobre epistemologia de Imre Lakatos e o desenvolvimento do conhecimento no que tange ao direito de acesso à justiça.

Extrai-se, assim, que a garantia do direito ao acesso à justiça é imprescindível em um Estado Democrático de Direito, vez que é esse que irá determinar a observância dos demais direitos, caso sejam violados. Essa compreensão deve ser

considerada como o núcleo firme do programa de pesquisa de Lakatos, ou seja, aquele que não pode ser falseado.

Foi possível observar também as ondas do acesso à justiça que levaram à mudança da compreensão do referido direito. Inicialmente, tinha-se o enfoque no acesso ao meio que levaria a uma decisão. Posteriormente, a partir da verificação de anomalias, o cinturão protetor do programa foi alterado, e o enfoque passou a ser dado ao efetivo acesso à justiça, ou seja, ao acesso material ao que é justo, à solução adequada, e em tempo razoável, da demanda.

Pode-se, por fim, concluir que a comprovação de que os métodos adequados de resolução de controvérsias correspondem a uma solução para o acesso à justiça demonstra que o programa de pesquisa científica atualmente estabelecido e relacionado ao tema, é progressivo, na medida em que se observa um novo fato a partir de uma predição que foi corroborada, e não somente a explicação de anomalias.

5 A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE UMA PARTE E A VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Ponto essencial de análise, quando se fala sobre acesso à justiça no contexto arbitral, diz respeito à possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário quando uma das partes não possui condições financeiras de arcar com os custos da arbitragem.

Considerando ser o procedimento arbitral um meio privado de soluções de conflitos, como já dito, é necessário que seus usuários paguem pelos honorários dos árbitros, pelas taxas cobradas pelas câmaras para administração do conflito (no caso de arbitragem institucional), bem como por outras despesas que podem surgir no desenrolar do procedimento, como aquelas advindas de perícias e honorários de assistentes técnicos.

Ocorre que, caso uma das partes não tenha condições de custear a arbitragem, considerando ter sido firmada uma convenção que afasta a possibilidade de processamento da demanda pelo Poder Judiciário, tem-se que essa pode se ver em uma situação delicada de impossibilidade de solucionar sua demanda.

Neste sentido, o que se percebe é a ocorrência de conflito entre os princípios jurídicos da autonomia privada e do acesso à justiça. Dessa forma, o que se pretende observar nesta seção é se a ausência de condições financeiras de uma parte pode acarretar na invalidação da convenção de arbitragem.

5.1 O conflito entre princípios

Já foram objeto de observação, no presente estudo, os princípios da autonomia privada e do acesso à justiça, ambos estabelecidos na Constituição da República de 1988. Para verificar qual princípio será aplicado na situação mencionada, necessário se vê analisar como vem sendo resolvido o conflito entre princípios e como decidir sobre a sua prevalência.

Conforme lecionam Naves e Sá (2015), os princípios são normas, pertencentes ao plano da deontologia, ou seja, do *dever-ser*, obrigando aos destinatários que se comportem de uma determinada forma. Contudo, “os princípios não contêm mandados definitivos, senão *prima facie*. Ao contrário, as regras estabelecem razões definitivas, devendo ser aplicadas sempre que presentes as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua incidência” (NAVES; SÁ, 2015, p.

47). Em sentido correlato, é também a compreensão de Dworkin, que defende a necessidade de a decisão partir do caso fático e de um processo reconstrutivo, alcançando alto grau de abstração, revelando o princípio aplicável referente ao caso (NAVES; SÁ, 2015).

Moraes (2008) menciona que os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988 (como é o caso do acesso à justiça e da autonomia privada) não possuem incidência ilimitada, encontrando fronteira nos demais direitos estabelecidos na Carta Magna:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando a redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2008, p. 33).

Dessa forma, pode-se partir do entendimento de que, não obstante os princípios sejam normas jurídicas, a sua aplicação dependerá das situações fáticas e jurídicas existentes, cabendo ao intérprete observar a melhor solução para a ocorrência do conflito entre princípios.

5.2 Limites da aplicação do princípio da obrigatoriedade contratual e o modelo complexo dos contratos

Quando as partes firmam a convenção de arbitragem, como visto, verifica-se a incidência da autonomia privada. Nesse aspecto, pode-se mencionar o princípio contratual do *pacta sunt servanda*, o qual determina que, diante da celebração de um contrato pelas partes, essas se obrigam a cumprir o que entre si foi acordado e se responsabilizam pelo que declararam, como se o que fora contratado se instituísse como lei entre aqueles sujeitos. Assim, a modificação do que se estabeleceu depende de mútuo acordo entre as partes ou, em raras possibilidades, da intervenção judicial no conteúdo contratual.

Esse princípio, dentro de um contexto liberalista, foi, por muito tempo, aplicado de forma imperativa. Ocorre que a aplicação do *pacta sunt servanda* da forma como vinha sendo feita não contemplava a possibilidade de alteração de

cláusulas contratuais, considerando eventuais desequilíbrios surgidos na relação estabelecida entre as partes, partindo do pressuposto de uma igualdade e isonomia imutáveis.

Neste sentido, essa concepção do liberalismo contratual passou a não mais acompanhar o leque de situações contratuais que poderiam surgir ao longo da relação. Como exemplo, pode-se mencionar o substancial aumento dos contratos de consumo que, por terem se massificado, muitas vezes, são firmados por adesão do consumidor que se posiciona, por diversos fatores, em situação menos favorável à do vendedor ou prestador contratado.

O modelo estabelecido mostrou-se, então, insuficiente para regulação das relações contratuais por não contemplar a possibilidade de um desequilíbrio. Além disso, a ascensão do Estado do Bem-Estar Social trouxe nova roupagem para a percepção dos contratos. Esses passaram, assim, a ter uma conotação de satisfação dos interesses sociais, transbordando a individualidade dos contratantes.

Sobre o tema, Timm menciona que,

Com a concepção do dogma da vontade, o direito contratual fechou as portas para uma troca com o seu ambiente, tornando-se enclausurado e estático.

Com efeito, as diferenças entre as partes, as particularidades do caso e as experiências sociais foram deixadas de lado na análise dos problemas jurídicos (por exemplo, se um contratante tem, efetivamente, poder de barganha no caso concreto, como nos contratos por adesão, é uma questão que escapa do paradigma liberal), o que acabou por gerar a inadequação desse modelo, segundo a ideologia rival, para a complexidade do mundo industrializado e massificado (acidentes de trabalho, relações de emprego, contratos massificados). Esse paradigma não foi suficiente, segundo os solidaristas, para estimular a coesão e a integração social de uma sociedade desintegrada pela revolução industrial e que aumentava, em contrapartida, sua base democrática na participação do poder legislativo (através do sufrágio universal)". (TIMM, 2015, p. 85).

Foi então que surgiu um novo paradigma, que culminou na criação de novas leis protetivas, buscando uma igualdade real e uma justiça social, estabelecendo-se essa nova visão no atual Código Civil. "É o surgimento e o desenvolvimento de uma concepção orgânica (e funcional da sociedade) e do *Welfare State*" (TIMM, 2015, p. 86).

Importante ressaltar que a nova roupagem dada às relações contratuais, que proporcionam ao julgador maiores possibilidades de intervenção no conteúdo estabelecido entre as partes, não permite que isso seja feito ao livre arbítrio e

avaliação daquele responsável pela decisão da demanda. Não fica a obrigatoriedade contratual desmerecida nesse contexto, mas mais flexível, de modo a se adequar à situação contratual.

Timm (2015) menciona que o modelo solidarista não está isento de críticas. Essa forma de enfrentar os contratos, muitas vezes, permite uma intervenção estatal exacerbada na relação estabelecida que, frequentemente, renuncia a uma racionalidade econômica. A ideia de que o magistrado pode decidir, buscando que se faça justiça social, acarreta em uma insegurança jurídica geral, vez que eventual litígio surgido no curso da relação contratual pode ter como resultado uma decisão não baseada na cognição, mas que traz consigo elementos extrajurídicos, como aqueles de caráter político.

Havendo insegurança, surge um descrédito ao sistema jurídico, tornando o ambiente menos propício para o desenrolar de relações contratuais, repelindo investidores. O que se quer dizer com isso, de forma mais simples, é que, se não se confia no sistema protetivo do que será estabelecido contratualmente, não se contrata ou se contrata em menor escala, vez que os riscos de o negócio sair de forma adversa do que se pensou inicialmente são maiores. Essa situação, por óbvio, possui impacto direto na economia. Em suma, se tem-se receio de contratar, menos negócios são realizados.

Ademais, os problemas sociais não serão solucionados por contratos. A determinação feita no Código Civil de 2002, em seu artigo 421, de que os contratos devem obedecer a uma função social não indica a pretensão de se colocar nas costas dos contratantes o dever de realizar justiça social. Como mencionado por Timm (2015), há que se lembrar que a finalidade dos contratos é de possibilitar a circulação de riquezas. Quando se desincentiva a contratação, reduz-se a referida função.³⁰

³⁰ Segundo Gonçalves (2010), as decisões que vem sendo proferidas pelo Poder Judiciário, muitas vezes, são arbitrárias e evadidas de influências políticas e sociológicas. A autora ensina que o uso da arbitragem pode garantir menores influências desses fatores no resultado da demanda. “Como se pode notar, a garantia do cumprimento do contrato é o que busca os agentes econômicos. A correta execução dos contratos é fato essencial para o desenvolvimento da economia de um país. Por outro lado, pesquisas revelam que a maioria dos magistrados - interpretando equivocadamente a função social, ao beneficiar a parte mais fraca da relação - prefere desempenhar o que entende como função social do contrato em detrimento do fiel cumprimento da promessa original. Não é feita análise da repercussão que a decisão pode causar para a sociedade, apenas visa a proteger a parte supostamente fraca, mesmo que esteja errada. Neste ponto, a arbitragem ganha espaço por ser procedimento conduzido por árbitros especializados, que preferirão decisões livres de influências políticas e sociológicas.” (GONÇALVES, 2010, p. 49).

O autor indica, então, a possibilidade de aplicação do modelo complexo ou sistêmico de contratos:

[...] trata-se de uma proposta de leitura funcional “moderada” do direito contratual, sem o “radicalismo” do paradigma solidarista, permitindo justamente, a sobrevivência do instituto do contrato no Novo Código Civil, com sua plena funcionalidade social (congruência de expectativas normativas de diversas ordens e planos), mas inserida dentro de um novo contexto de complexidade social. (TIMM, 2015, p. 139).

De forma breve, pode-se dizer que esse modelo propõe a integração dos vários sistemas e questões que se conflitam e envolvem uma relação contratual. Como exemplo, não se pode buscar um benefício social, ignorando as questões econômicas envolvidas, sob pena de prejudicar, no fim das contas, a própria sociedade com um impacto econômico negativo de uma decisão. O que se quer dizer é que é possível uma intervenção na relação contratual, não havendo uma exacerbação do *pacta sunt servanda*. Contudo, a intervenção deve ser realizada de forma racional e sistêmica, observando-se os diversos aspectos envolvidos na relação, prevenindo-se um resultado que traga prejuízos às partes e à sociedade.

5.3 A possibilidade de invalidação da convenção de arbitragem por ausência de condições financeiras de uma parte

Como exposto, o princípio da obrigatoriedade contratual foi flexibilizado com vistas a atender ao contexto em que se inserem as relações contratuais. Além disso, cabe ao julgador, quando chamado para tanto, decidir, dentro do contexto da situação fática, a melhor solução a ser dada quando existem princípios em conflito.

Dessa maneira, considerando ser a convenção de arbitragem uma cláusula contratual, essa, a princípio, poderia sofrer intervenção a partir de uma decisão judicial.

Casado Filho (2014) entende que a ausência de fundos para custear o procedimento arbitral não seria causa superveniente de nulificação da convenção de arbitragem, vez que:

Não se pode atribuir falta de recursos para custear o procedimento arbitral como elemento capaz de invalidar a escolha das partes pela via da arbitragem. Primeiro, por inexistir qualquer provisão legal nesse sentido no

Brasil, tampouco nos principais tratados sobre o tema, como a Convenção de Nova York de 1958. (CASADO FILHO, 2014, p. 72).

O entendimento colacionado acima parece não prosperar, na medida em que, como dito, princípios são considerados normas jurídicas³¹. Existindo então o princípio do acesso à justiça, está-se diante de uma determinação legal que deve ser obedecida, havendo, portanto, uma previsão legal. Isso não significa, contudo, que sempre prevalecerá o princípio do acesso à justiça em detrimento do princípio da autonomia privada.

Não obstante entenda-se que o argumento do referido autor não é suficiente para concluir-se pela invalidação da cláusula, é possível depreender que a ausência de capacidade financeira de uma parte não pode, por si só, invalidar uma convenção de arbitragem.

A ausência de condições de um dos polos processuais em custear o procedimento arbitral é um cenário que muito possivelmente não se vislumbrava no momento em que a relação contratual foi estabelecida. Contudo, é uma situação pontual e, em muitas vezes, momentânea.

Dessa forma, pode-se imaginar que, em um determinado momento, a parte reestabeleça suas condições financeiras, ressurgindo a possibilidade de custear o procedimento.

Neste sentido, o que se pode cogitar é um afastamento momentâneo dos efeitos da convenção de arbitragem quando da impossibilidade financeira de uma

³¹ “Podemos dizer que duas características fundamentais distinguem as normas jurídicas das demais regras sociais. Em primeiro lugar, elas são protegidas pela eventual aplicação da força coercitiva do poder social. As normas sobre impostos, salário, família etc. são obrigatórias não apenas no foro da consciência, mas por uma imposição que pode ir até o emprego da força para sua execução. Não é necessário que haja, em cada momento, uma coerção efetiva. Basta que ela seja potencial. E possa ser invocada pela parte a quem a lei atribui o direito de exigir seu cumprimento. Essa característica separa visivelmente a norma jurídica das normas morais, cuja obrigatoriedade se fundamenta apenas na consciência pessoal. Separa, também, das normas religiosas, que se baseiam na fé e nos ideais de cada homem. E, também, dos costumes e hábitos sociais, porque estes dependem exclusivamente da opinião pública. Para marcar essa diferença, Petrasizky caracteriza as normas jurídicas como ‘imperativo-distributivas’. Todas as normas de conduta são de certa forma obrigatórias ou imperativas, porque impõem determinado comportamento. Mas a lei jurídica, além de impor a uma parte o cumprimento da obrigação, *atribui* à outra parte o direito de exigir rigorosamente esse cumprimento. Por isso, além de imperativa ou obrigatória – como as demais normas – ela é, também, atributiva. A segunda característica se refere não à ‘forma’ de imposição ou obrigatoriedade de norma jurídica, mas ao seu ‘conteúdo’ ou matéria. ‘Fundamentalmente – diz Geny –, o direito não encontra seu conteúdo próprio e específico senão na noção de justo, noção primária, que implica não apenas os preceitos elementares de não prejudicar outrem (*neminem laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), mas também o pensamento mais profundo de um equilíbrio a estabelecer entre os interesses em conflito, com a finalidade de assegurar a manutenção e o progresso da sociedade humana.’” (MONTORO, 2005, p. 361-362).

parte, não havendo justificativa para que o acordado deixe de ter efeito em outras situações.

Casado Filho (2014) sugere que o magistrado poderia alterar o conteúdo da convenção de arbitragem, tornando a arbitragem menos custosa às partes, como, por exemplo, determinando que a arbitragem seja resolvida por árbitro único e não mais por um tribunal formado por três árbitros. Essa solução é plausível e pode viabilizar a arbitragem sem que se afaste o meio eleito para a solução da demanda.

Contudo, em casos extremos, que nem mesmo a alteração da cláusula seja suficiente para possibilitar a ocorrência do procedimento arbitral, tem-se que a parte, sem nenhuma condição financeira, pode ficar sem acesso a um meio que pudesse garantir, ainda que com menos efetividade, o processamento de uma demanda, ficando em situação que, como já observado neste trabalho, não pode ser permitida em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, pode-se indicar como solução que, inicialmente, o magistrado cogite em alterar momentaneamente a convenção de arbitragem para viabilizar um procedimento arbitral. Contudo, caso a parte comprove cabalmente que não possui condições financeiras de arcar com um procedimento arbitral e que está impossibilitada, inclusive, de financiar seu procedimento (seja pelas vias comuns, como realizando um empréstimo, seja por meio do financiamento por terceiros, objeto deste estudo), qual seria a razão para não se permitir que o Poder Judiciário autorizasse o afastamento momentâneo da convenção de arbitragem, dando condições para que a parte de alguma forma processasse a demanda?

Casado Filho (2014) menciona que seria muito difícil que uma parte conseguisse comprovar a ausência de condições financeiras para viabilização de uma arbitragem. Referente a essa dificuldade em se observar a real situação financeira de uma parte, Wald exemplifica que:

[...] a situação econômica e financeira as empresas não se identificam mais com os seus ativos e elas podem estar estáveis e equilibradas nos seus negócios, mas terem problemas de fluxo de caixa que não as incentivam a realizar despesas ou investimentos de resultado aleatório a longo prazo. Cria-se, assim, uma oportunidade para fazerem uma parceria com financiadores, aos quais são repassados determinados riscos do valor e do momento dos eventuais recebimentos, e dividindo-se o resultado que vier a ser obtido entre a parte e quem o financiou, na forma convencionada. (WALD, 2016, p. 34).

Não se discorda do alegado. Apenas o que se tem é que, se difícil será

comprovar o fato, conseqüentemente, será difícil afastar ou alterar momentaneamente uma convenção de arbitragem.

Outro ponto relevante diz respeito a não confundir a incapacidade financeira de uma parte com sua falência. Não é necessário que seja verificada a falência da pessoa para que seja considerada impecuniosa. A decretação de falência é algo objetivo de se verificar e, por si só, pode não culminar na impossibilidade de custear um procedimento. A incapacidade financeira demanda uma análise subjetiva e factual da situação da parte (GAILLARD, 2004).

Ressalte-se mais uma vez que não se pode afastar a incidência da convenção sem a cabal certeza de incapacidade financeira da parte.

Casado filho (2014) ainda menciona que o afastamento da convenção pode acarretar em risco ao instituto da arbitragem, vez que, nesses casos, ocorre algo não esperado por aqueles que convencionaram o uso do método. Neste contexto, como já dito, não se busca neste trabalho defender a prevalência da arbitragem a todo custo. Mas há que se mencionar que negar o afastamento da convenção em situações extremas como a indicada poderia ter como resultado a redução do uso da arbitragem e não o seu incentivo.

Ora, se o contratante vislumbra a possibilidade de futuramente ficar sem nenhum meio que garanta o processamento de uma eventual demanda, pode, por isso, optar por utilizar o Poder Judiciário a utilizar a arbitragem, tendo em vista que nesta, não é possível o benefício da gratuidade de justiça, enquanto naquele, é.

Novamente, não se está aqui defendendo o afastamento ou alteração momentânea da cláusula por qualquer razão, mas apenas em situações extremas em que a parte comprove inequivocamente a sua ausência de condições para arcar com as custas ou financiar sua demanda, seja pelo financiamento de terceiros, seja por métodos convencionais de empréstimo.

5.4 O afastamento da convenção de arbitragem e o acesso à justiça

Importante mencionar que a possibilidade de se afastar ou alterar momentaneamente a convenção de arbitragem poderá dar apenas condições de alguma forma de processamento da demanda à parte. Contudo, como visto, ainda que essa situação seja possível, pode-se extrair que talvez o Poder Judiciário não seja o mais adequado para processar a controvérsia que melhor seria resolvida por

meio da arbitragem, dadas as suas peculiaridades.

O que se tem é que, com a não submissão do litígio à solução arbitral, a parte não terá condições de ter sua demanda resolvida pelo método adequado, que, como já dito, é direcionado principalmente a questões de grande complexidade e que envolvem matérias técnicas.

Assim, não obstante o afastamento da convenção seja uma forma de se contornar a situação, melhor será se a parte conseguir financiar o procedimento arbitral, seja pelas vias convencionais, seja pelo financiamento por terceiros.

E, neste contexto, ainda mais importante se coloca o *third party funding* (TPF), inclusive pela existência de situações em que a parte está tão mal financeiramente que não consegue sequer lançar mão de empréstimos.

Conforme ensina Henriques,

[...] recorrer ao mercado bancário e financeiro tradicional é pura e simplesmente inviável dada a ausência de colaterais que possam ser oferecidos ao financiamento. Apenas um financiador com capacidade para avaliar convenientemente o activo consistente num “direito à acção” permite à parte lesada promover o exercício jurisdicional dos seus direitos. Existe, inquestionavelmente, uma vantagem na promoção do acesso ao direito. (HENRIQUES, 2015, p. 589).

Dessa forma, pode-se extrair que o financiamento por terceiros se coloca como um instrumento capaz de auxiliar no acesso à justiça, nos moldes em que essa garantia vem sendo abordada atualmente, essencialmente, quando a parte sequer possui crédito no mercado para realizar um empréstimo convencional.

6 FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM

Como já mencionado, a utilização do instituto da arbitragem, adequado para a solução de controvérsias complexas e geralmente correspondentes a expressivo valor monetário³², em geral, demanda gastos consideráveis das partes³³.

Por ser a forma devida, e, muitas vezes, a única capaz de decidir adequadamente determinada controvérsia, pode-se inferir que, para se ter o devido acesso à justiça, aqui não entendido tão somente como acesso ao processamento da demanda, a parte necessita arcar com as custas e despesas arbitrais para ver a divergência resolvida de forma justa.

Ocorre que, em situações em que a parte se vê impossibilitada de fazer o pagamento das custas referentes ao procedimento arbitral, deixa de ter a adequada solução da controvérsia, restando prejudicado o direito ao acesso à justiça em virtude de sua situação econômica. Ressalte-se que as despesas da arbitragem são enfrentadas como uma das desvantagens apontadas na utilização do método.

Conforme pesquisa realizada pelo CBAr, o custo da arbitragem é visto como a maior desvantagem da utilização do método quando comparado a processos judiciais. Não obstante um primeiro grupo, cerca de 60% dos entrevistados, tenha informado não encontrar nenhuma desvantagem no uso da arbitragem, um “segundo grupo foi então questionado sobre qual seria a principal desvantagem e o ‘custo da arbitragem’ aparece com larga margem em primeiro lugar (60%)” (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012, p. 14).

Considerando, dentre vários fatores, a agilidade da decisão e a especialidade dos árbitros, a utilização da arbitragem pode se mostrar menos dispendiosa do que o Poder Judiciário no fim das contas. No entanto, não ignorando essa informação, fato é que os valores empreendidos para o processamento de uma arbitragem são altos e, em regra, boa parte é paga logo no seu início, como é o caso das maiores Câmaras de Arbitragem, a exemplo da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil

³² Para pagamento dos advogados, despesas da arbitragem (como a realização de audiências, perícias técnicas, entre outras), honorários dos árbitros e taxa de administração da Câmara (esta última em caso de arbitragem institucional).

³³ “Ninguém discute que o processo arbitral custa caro, pois a velocidade e a solução especializada dos litígios representam um alto preço para os litigantes. De fato, no Poder Judiciário, uma demanda cujo valor em disputa é de R\$ 1 milhão, R\$ 10 milhões ou R\$ 100 milhões terá custas muito similares em razão da adoção de valores máximos praticados pelas tabelas de custas dos diversos Estados da Federação. Todavia, na esfera arbitral, essas mesmas demandas sofrerão uma enorme variação de custos [...]”. (FERRO, 2013, p. 621).

(CAMARB), o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC) e a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), com vistas a garantir que o procedimento seja totalmente custeado.

Neste sentido, aquele que pretende dar início a uma demanda ou apresentar reconvenção em uma arbitragem necessita ter em mãos os valores exigidos para tanto. Caso contrário, a parte se verá inviabilizada de utilizar o meio adequado de solução do litígio, que lhe garantirá o efetivo acesso à justiça, como já explanado.

Assim, surge “a figura do terceiro, que, em troca de uma participação no benefício advindo do êxito da demanda, provê recursos necessários ao custeio do processo arbitral” (FERRO, 2013, p. 622).

Wald (2016) ensina que, nos últimos cinco anos, o financiamento da arbitragem por terceiros, seja por instituições financeiras, seja por particulares, tem sido discutido e vem sendo introduzido pontualmente no Brasil, não obstante já tenha sido implantado em diversos países^{34 35}.

Landi (2012) menciona que o efeito social do financiamento por terceiros é particularmente importante para pequenas e médias empresas que, em um momento de crise econômica, pode ser o único meio de dar acesso ao procedimento de arbitragem e atenuar o risco de derrota em um procedimento arbitral.

Não se pode ignorar também que a possibilidade do financiamento por terceiros na arbitragem não só dá condições de uso àqueles que já firmaram a

³⁴ Sobre o crescimento do uso do financiamento por terceiros, pode-se citar a informação indicada por Henriques: “É também interessante dar nota da evolução das percepções dos ‘utilizadores’ (advogados e empresas financiadas). O inquérito conduzido em 2013 pela ‘School of International Arbitration’ da Universidade Queen Mary em Londres, juntamente com a ‘Price Waterhouse Coopers’, dava conta de serem poucas as entidades que podiam relatar experiências de ‘third party funding’ (apenas 6% dos inquiridos afirmaram ter tido experiências neste tipo de financiamento e 89% dos inquiridos afirmaram que nos últimos 5 anos não se viram forçados a abandonar arbitragens por si iniciadas devido à falta de financiamento). No inquérito realizado em 2015 pela mesma Universidade, desta feita em conjunto com a ‘White & Case’, os resultados davam conta de números superiores: 39% dos inquiridos afirmaram ter usado (12%) ou saberem de casos (27%) em que foi usado o financiamento por terceiros, enquanto 51% afirmaram ter conhecimento do que é este modelo de financiamento; dos inquiridos que afirmaram ter recorrido ao financiamento de terceiros, 51% revelaram uma apreciação positiva, contra 18% que relatam ter tido experiências negativas.” (HENRIQUES, 2015, p. 583).

³⁵ Durante o Congresso Pam-Americano de Arbitragem, Luciano Timm mencionou que 30% dos procedimentos realizados em 2015, nas Câmaras em que atuou profissionalmente, houve pedido das partes para parcelar, não pagar os custos ou suspender o procedimento por prazo indeterminado em razão de dificuldades em recolher as despesas da arbitragem. Timm indicou também que em razão da recente crise financeira enfrentada, as sociedades empresárias ficaram sem capital ou tiveram que redirecioná-lo para sua atividade-fim. Dessa forma, o mercado se abriu para o uso do *third party funding*, possibilitando o acesso ao procedimento arbitral. (BACELO, 2015).

convenção de arbitragem, mas também possibilita o uso do instituto por pessoas que, cientes dos custos que concernem à arbitragem, deixariam de eleger o meio como forma de solução de controvérsias, optando pelo Poder Judiciário, que possui menores dispêndios para processamento de uma demanda. Essa situação é ainda mais importante no Brasil, “onde a arbitragem comercial ainda é um mecanismo de solução de controvérsias destinado aos ricos, uma plataforma luxuosa de acesso à justiça” (GABARDO, 2014, p. 145). No mesmo sentido, sobre o uso da arbitragem, Sica argumenta que, “no geral, os altos custos envolvidos realmente limitam seu uso a uma parcela pequena de litigantes” (SICA, 2014, p. 22).

Schaner e Appleman (2011) ressaltam que aqueles que defendem o financiamento por terceiros na arbitragem entendem que o mais notável benefício de sua utilização é a possibilidade de acesso à justiça para aquelas partes que não poderiam, de outra forma, reivindicar seus direitos. Mais precisamente, o financiamento por terceiros permitiria aos demandantes, que possuem pedidos com bons fundamentos, mas com recursos financeiros limitados, buscar a garantia de seu direito, bem como evitaria que partes demandadas, que não possuem capacidade de arcar com as custas de uma arbitragem, se rendessem a demandantes com capacidade financeira superior.

Nesse diapasão, a parte pode se ver impelida a realizar um acordo, considerando a sua ausência de condições para custear a arbitragem. Nesse sentido, Cremades ensina:

Do ponto de vista de uma sociedade empresária que está envolvida em uma disputa ou que vislumbra uma futura demanda que possa acarretar sérias consequências para o futuro da empresa, pode haver uma série de razões pelas quais essa sociedade, ainda que tenha bons méritos, prefira solucionar o conflito realizando um acordo em que há renúncia de parte de seus direitos ou, ainda, deixar de buscar por eles. Os motivos dessa desistência total ou parcial podem ser, por exemplo: a) a ausência de recursos financeiros para processar a demanda; b) a necessidade de utilizar os valores que seriam despendidos na resolução do caso para o cumprimento de outras obrigações; c) situação de falência da parte. Da mesma forma, uma sociedade empresária demandada (requerida) em um procedimento pode enfrentar os mesmos problemas mencionados, se vendo em uma posição de pressão que a conduza a estabelecer um acordo elaborado pela parte demandante, ainda que creia ter uma defesa pertinente para o caso.³⁶ (CREMADES, 2012, p. 155, tradução nossa).

³⁶ From the perspective of a company that is engaged in or is facing the prospect of a legal dispute with serious consequences for the future of the company, there may be a number of reasons that, if such company is a potential claimant with a meritorious action against a defendant, it may nevertheless choose to either settle the dispute for a discounted amount or even discontinue its efforts to obtain satisfaction. The reasons for this settlement or discontinuation could be, for

Ainda, de acordo com Shannon e Nieuweld (2012), o financiamento por terceiros vem sendo visto como admissível e pode ser considerado como louvável no sentido de promover o acesso à justiça.

Não obstante ter sido verificado que o financiamento por terceiros é, de fato, uma forma de possibilitar o acesso à justiça, é necessário observar se, no sistema jurídico brasileiro, o TPF é permitido e como se dará, além de refletir sobre os possíveis problemas advindos de sua utilização. Como bem ensina Wald, esse tipo de operação “deve ser examinada em todos os seus aspectos, pois, se, de um lado, pode encorajar a utilização da arbitragem, de outro, pode perturbar o seu bom funcionamento” (WALD, 2016. p. 34).

Por essa razão, nas próximas seções, serão analisados os mencionados pontos.

6.1 Conceito

A definição do que se entende por financiamento por terceiros não possui homogeneidade, considerando a ampla possibilidade de configuração contratual do negócio. Henriques indica, contudo, traços que são comuns nesse tipo de negócio:

Em suma, os modelos de negócio do financiamento de litígios por terceiros são tudo menos homogêneos e a dinâmica imposta pelos respectivos agentes está longe de se encontrar em marcha lenta de modo que, para o que agora nos interessa, apenas poderemos apontar um traço tendencialmente comum neste modelo de negócio: trata-se de um investimento numa ação (judicial ou arbitral) contra uma retribuição que tendencialmente constituirá uma fracção dos resultados (dos “proceeds”) auferidos pelo financiado. (HENRIQUES, 2015, p. 580-581).

Segundo Ferro,

O financiamento de terceiro é um fenômeno já consolidado em arbitragens internacionais, denominado *third party funding*, ou simplesmente, ‘TPF’. Surgido em relação a processos judiciais, o TPF encontra campo fértil em sede de arbitragens internacionais. No Brasil, ainda não há registro sobre a intensidade e a forma de aplicação do TPF, sendo, porém, tão certo quanto

instance, that: a) the claimant lacks enough resources to pursue the claim; b) the allocation of immediate funds may result in the default of other obligations; or c) the potential claimant is bankrupt. Similarly, a company against whom a claim has been filed may face the same situation and, consequently, may see no other solution than to surrender to the pressure created by the claimant and thus enter into a one-sided settlement agreement even though it believes it has meritorious defenses to the claim.

a morte e os impostos, que, em breve, o tema frequentará as arbitragens domésticas, não somente pela atualidade da sua aplicação, mas também em razão dos expressivos valores em disputa, notadamente em casos envolvendo matéria societária e infraestrutura. (FERRO, 2013, p. 623).

Para Beraldo,

Pode-se conceituar esse negócio como um contrato pelo qual uma pessoa, quase sempre um terceiro em relação à convenção de arbitragem (financiador), financiará os gastos de uma outra pessoa (financiado) com o processo arbitral, tais como taxas de instauração e de manutenção da arbitragem, honorários do árbitro, advocatícios (contratuais e sucumbenciais), do perito. O valor pode ser para cobrir todos esses dispêndios ou apenas parte deles. Em contrapartida, o financiador receberá, do financiado, caso este logre êxito na demanda arbitral, um percentual ou valor previamente fixado sobre aquilo que ele vier a receber. (BERALDO, 2014, p. 145).

No caso de derrota, considerando o risco inerente a essa modalidade de negócio, o financiado não terá o dever de pagar nenhum montante ao financiador.

Segundo Beraldo (2014), o financiamento por terceiros surgiu a partir da verificação por algumas pessoas, físicas ou jurídicas, que vislumbraram a possibilidade de lucrar com procedimentos arbitrais. De acordo com o autor, antes mesmo da ocorrência desse tipo de negócio, no âmbito da arbitragem, tem-se que já ocorria no âmbito das demandas judiciais.

CremaDES (2012) lembra que os altos riscos envolvendo o financiamento por terceiros afastam alguns tipos de investidores. Contudo, considerando que os possíveis ganhos podem ser também muito altos, existem aqueles que veem no TPF uma boa oportunidade de investimento.

Se o financiado perder, o financiador também perderá o investimento. No entanto, se o pedido for bem sucedido, seja no processo de conhecimento ou na fase liquidação, o financiador receberá uma parcela ou porcentagem do valor recebido pelo financiado. Os investidores tradicionais podem considerar esses tipos de negócio como de "alto risco" porque eles não têm a capacidade de avaliar o resultado do caso e quando isso ocorrerá. Além disso, não há pagamentos intermediários para cobrar, não sendo possível o adiantamento daquilo que se investiu. Assim, aqueles que financiam litígios assumem riscos que os investidores tradicionais não estão dispostos suportar a fim de receber uma porcentagem substancial no êxito do financiado quando o caso for resolvido. Tal como acontece com muitos outros negócios de capital de risco, às vezes os investimentos serão perdidos, mas os investimentos bem-sucedidos resultarão em lucros consideráveis (compensando perdas nos investimentos mal sucedidos, além de proporcionar margens positivas).³⁷ (CREMADES, 2012, p. 156,

³⁷ If the funded litigant loses, the funder will lose the investment. However, if the claim is successful,

tradução nossa).

Nas palavras de Bertrand (2011), o financiamento de terceiros é geralmente estruturado e operado como fundos de investimento, referentes a portfólio de ações judiciais. Dessa forma, o fundo arrecada valores dos investidores, utilizando-os para financiar procedimentos arbitrais com pedidos que tenham bons fundamentos e geralmente de rápido retorno, recebendo, quando da condenação, parte do êxito. Caso não haja êxito, o fundo não terá que receber nada do financiado e, dependendo das disposições contratuais, poderá ter que arcar com parte ou toda a condenação, caso exista, da parte financiada.

É relevante lembrar que, não obstante o objeto de estudo deste trabalho diga respeito ao financiamento por terceiros por aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas do procedimento arbitral, é possível, e não se ignora a hipótese, que seja utilizado por aqueles que possuem capacidade de custear a arbitragem, mas que optam por mitigar os riscos envolvidos com uma demanda, fazendo uso desse tipo de financiamento. Ainda pode-se imaginar outras razões para que uma parte tenha interesse em financiar uma demanda.

Trata-se em qualquer caso de um problema de acesso ao direito e à justiça. Mas não é só a impecuniosidade que justifica o aparecimento deste modelo de financiamento de litígios. Também preocupações de gestão de tesouraria ou de aplicações de recursos financeiros podem tornar mais apetecível o recurso ao financiamento de litígios por terceiros. A realização imediata de uma entrada de caixa como produto de um financiamento da acção também forma parte das razões que estão na base do recurso a este modelo. (HENRIQUES, 2015, p. 574).

Como já mencionado, o financiamento por terceiros, ainda que em países que possuem maior experiência nesse tipo de negócio, é tema ainda envolto por muitas questões controversas e polêmicas. Shannon (2013) menciona que, nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália, países que mais possuem a utilização do TPF, as decisões que concernem ao tema são tão diversas nos tribunais que

either in litigation or settlement, the funder will receive a portion or percentage of the recovery. Traditional lenders may consider these types of loans too “high risk” because they do not have the ability to assess the outcome of the case, the maturity date is unknown, and there are no interim payments to collect on the cash advance. Thus, litigation finance companies assume risks that traditional lenders are unwilling to take because they stand to gain a substantial percentage of the litigant’s recovery when the case is settled or is won. As with many other venture capital businesses, sometimes investments will be lost, but the successful investments will result in considerable profits (offsetting losses in the unsuccessful investments, as well as providing beneficial margins).

acabam por provocar uma certa confusão prejudicial ao desenvolvimento do negócio. Neste sentido, tem existido uma tendência do Poder Legislativo desses países a regular o financiamento por terceiros, com vistas a pacificar os temas controversos que o envolvem.

Definido o que se entende por financiamento por terceiros, passa-se agora a observar a classificação contratual concernente a esse tipo de negócio.

6.2 Licitude e classificação contratual

Vem sendo entendido que não há impedimento legal ou ético para realização do financiamento, não havendo dúvidas “de que se trata de uma prática lícita, embora o contrato não seja previsto explicitamente na legislação” (WALD, 2016, p. 35). Em países do *Common Law*, o financiamento de demandas já foi considerado ilegal e ainda o é em algumas nações.

Conforme ensina Casado Filho (2014), durante muitos séculos, os chamados *maintenance* e *champerty*³⁸ foram proibidos e até criminalizados em países que fazem uso do *Common Law*. A *maintenance* diz respeito à proibição de um terceiro realizar o financiamento de um litígio sem que possua um interesse legítimo ou legal na demanda. Já a *champerty* corresponderia à mesma situação, com a diferença de que o terceiro teria um interesse indireto (apenas financeiro) no resultado da demanda.

A *maintenance* ocorre quando há um financiamento ou fornecimento de uma assistência financeira ao titular de um caso, permitindo o prosseguimento do caso, e o financiador não tem conexão ou interesse financeiro no caso.

Já a *champerty* é essencialmente um tipo de *maintenance* com a adição de que o financiador tem um interesse financeiro direto no resultado do caso. Ou seja, na *champerty* o financiador assume os custos em troca de uma fração dos danos que o caso proporcionar. (CASADO FILHO, 2014, p. 112).

A mentalidade concernente à proibição e à criminalização da *maintenance* e da *champerty* vem sendo modificada em países do *Common Law*, passando-se a permitir o financiamento por terceiros. Isso em razão da mudança do contexto histórico do motivo dos maus olhos que eram lançados ao financiamento de

³⁸ “Às vezes, essas doutrinas podem ser associadas a “barratry”, que é “incitamento vexatório ao litígio, especialmente se buscar potenciais clientes”. Barratry é considerado um crime e um delito.” (CREMADES, 2012, p. 157, tradução nossa).

demandas. Anteriormente, o que se temia era que pessoas miseráveis fossem exploradas por financiadores abastados (CASADO FILHO, 2014), bem como a propositura de demandas duvidosas ou fraudulentas por pessoas influentes, que teriam maiores chances de vencer a causa (CREMADES, 2012).

Contudo, essa situação se distingue da atual, em que o financiamento por terceiros passa a ser visto como uma forma de dar acesso à justiça. É o entendimento que vem sendo estabelecido, por exemplo, no Reino Unido:

Aparentemente, o Reino Unido tem entendido que a facilitação ao acesso à justiça, por meio de mecanismos que garantem àqueles que não têm recursos a possibilidade de ter acesso à advocacia e demais serviços ancilares ao litígio, deve ser sempre estimulada, especialmente para casos que parecem ter méritos. (CASADO FILHO, 2014, p. 117).

Nas palavras de Henriques (2015),

Na sua configuração moderna, porém, o fenômeno do financiamento de litígios por terceiros é considerado como tendo surgido nos finais dos anos noventa do século passado, desenvolvendo-se como uma forma de financiamento que ultrapassa os constrangimentos legais que se vinham impondo à dita “*champerty and maintenance*”. Com eventual prejuízo para o rigor da reconstituição histórica e jurídica, pode-se afirmar ter sido um movimento, bem sucedido, de contorno da proibição do referido instituto anglo-saxónico.

[...]

Atualmente, a prática do “*third party funder*” é admitida expressamente em várias jurisdições, como a Austrália, Estados Unidos e Inglaterra e Gales, como se viu, sendo também permitida (embora sem expressa previsão legal) no espaço Europeu. (HENRIQUES, 2015, p. 582).

De toda forma, como mencionado, a referida proibição de uso do financiamento ocorreu em países de Direito Anglo-Saxão, o que não é o caso do Brasil, que adota o *Civil Law*, de origem Romana. “As regras do *maintenance* e *champerty*, aplicáveis nas jurisdições do *Common Law*, nunca tiveram um similar pátrio, inexistindo algum tipo semelhante no capítulo Dos Crimes contra a Administração da Justiça de nosso Código Penal” (CASADO FILHO, 2014, p. 150).

Além disso, o autor ressalta que, no que concerne ao princípio da legalidade, constitucionalmente estabelecido, ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo, senão em virtude de determinação ou proibição legal. Ademais, os direitos envolvidos em demandas arbitrais são disponíveis, podendo, inclusive, ser renunciados.

Assim, no Brasil, não se vislumbra nenhum impedimento legal para o uso o TPF. Entretanto, necessário se vê compreender em qual tipo contratual se enquadra esse modelo de negócio, para que se possa compreender a sua aplicabilidade e abrangência.

Para Beraldo (2014), o contrato de financiamento por terceiros pode ser caracterizado como: 1) atípico, por não ser previsto na legislação brasileira com uma espécie de contratos; 2) misto, por ter características do contrato de mútuo e de doação; 3) real, por exigir a tradição de coisa, no caso o dinheiro, para se aperfeiçoar; 4) aleatório, em razão da prestação incerta do financiado, que dependerá de evento futuro, ou seja, o sucesso ou o insucesso na arbitragem; 5) unilateral, por ter apenas o financiado obrigação de pagar ao financiador no caso de êxito; 6) complexo, porque pode ser gratuito ou oneroso, a depender do resultado da arbitragem; 7) de execução combinada, vez que parte do dinheiro relativo ao financiamento será entregue no início do procedimento e o restante, a depender do caso, no curso do desenrolar do procedimento; e 8) negociável, por ser fruto do que as partes definirem no processo de negociação dos termos contratuais. O autor lembra que essa classificação é geral, podendo ser modificada de acordo com as particularidades de cada negócio estabelecido.

Para Wald (2016), trata-se de um contrato atípico, relativo a um financiamento *sui generis*, com alguns aspectos de *joint venture*³⁹ entre o financiador e o financiado. Neste sentido, o financiador entrega recursos para custear parcialmente ou totalmente o processo, sem direito ao reembolso dos valores, no caso de derrota da arbitragem. Caso o financiado saia vencedor, os contratantes dividem, nos termos estabelecidos, o valor recebido com o êxito da demanda.

O contrato de financiamento por terceiros não deve ser confundido com aquele referente a uma cessão de créditos, tendo em vista que, na cessão de créditos, o cedente não mais faz parte da relação, sendo substituído pelo cessionário, o que não ocorre no referido negócio. Além disso, a cessão de créditos ocorre, em geral, após o proferimento da decisão judicial ou arbitral, ao contrário do TPF que, em regra, ocorre antes desse evento (WALD, 2016).

³⁹ De acordo com Moraes, as associações que se configuram como *joint venture* “[...] seriam negócios ou empreendimentos entre duas ou mais pessoas com o objetivo de realização de um projeto individualizado e definido, tendo como elementos necessários i) um acordo expresso ou implícito; ii) um propósito comum a ser realizado pelos parceiros; iii) o compartilhamento de lucros e prejuízos; iv) e a divisão igualitária do controle entre os membros” (MORAES, 2012, p. 44).

Beraldo (2014) também entende não poder o contrato de TPF ser confundido com uma cessão de direitos, ou seja, com a compra do direito de propor um litígio, tampouco deve ser observado como um contrato de seguro contra o surgimento de eventual lide. No caso do contrato de seguro, tem-se uma situação jurídica na qual se estabelece a transferência do risco de um possível dano futuro, denominado sinistro, a partir do pagamento de um valor, que é denominado como prêmio. Não é esse o caso do financiamento por terceiros.

Casado Filho (2014) lembra que não se deve comparar o financiamento por terceiros com o contrato de mútuo ou empréstimo. Trata-se de uma relação com natureza de investimento, na qual o investidor assume o risco do processo, sendo possível a perda de todo o valor investido, caso se configure total insucesso da demanda. Neste sentido, não deve ser encarada como uma atividade financeira, como será melhor detalhado em seção seguinte.

Dessa forma, o TPF diz respeito a um contrato em que o financiador só auferirá lucro, caso haja êxito na demanda proposta pelo financiado, caracterizando-se um contrato atípico de investimento, com características peculiares, não devendo ser confundido com outros contratos típicos estabelecidos na legislação brasileira, como o de empréstimo ou de seguro.

Lembre-se que os contratos atípicos, como é o caso dos contratos de TPF, são aqueles que regulam “relações negociais menos comuns, *ou sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei” (VENOSA, 2008, p. 395).

Por se tratar de um contrato atípico, nos termos do artigo 425 do Código Civil de 2002⁴⁰, obedecerá às normas gerais fixadas no referido diploma.

Por fim, em relação ao momento da contratação do financiamento, pode ser realizado a qualquer momento, de acordo com a necessidade do financiado e da conveniência do financiador. Entretanto, a regra é que o contrato seja estabelecido no início ou antes da instituição da arbitragem.

6.2.1 Necessidade de regulamentação

Existe grande debate sobre a necessidade de regulamentação específica da

⁴⁰ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL, 2002).

atividade de financiamento por terceiros. É de se imaginar que a expansão do uso do TPF “conduzirá inevitavelmente a uma regulamentação com maior grau de detalhe que o actualmente existente” (HENRIQUES, 2015, p. 610). Contudo, a dúvida paira sobre qual seria a forma de normatizar esse tipo de negócio.

Cremades (2012) ensina que há a necessidade de delimitação da atividade de financiamento via *hard law*⁴¹ ou, ainda, por meio da criação de *soft law*⁴² por instituição responsável que possa regular sobre o assunto.

Casado Filho (2014) entende que não há necessidade de regulamentação desse tipo de financiamento no mercado brasileiro, sugerindo que fosse feito por meio do Código de Condutas do próprio setor ou por iniciativa de alguma entidade, como a *International Bar Association* (IBA), que poderia elaborar *guidelines* sobre o assunto.

Em sentido correlato, Shannon e Nieuweld (2012) também defendem que seria suficiente para a regulação da atividade de financiamento de demandas que o próprio setor elaborasse um código voluntário de condutas.

Schaner e Appleman (2011) entendem que seria apropriada a elaboração de *hard law* para regulação da atividade e questões relacionadas ao TPF. Defendem, contudo, que, até que isso ocorra, seria apropriado que os advogados monitorassem cautelosamente o desenvolvimento do uso desse tipo de investimento. Para os autores, o financiamento por terceiros pode ser considerado como uma opção atrativa, sendo, no entanto, necessário e recomendável que os advogados realizem análise própria sobre a conveniência desse arranjo financeiro antes de lançarem mão dele.

Como dito, a criação de alguma forma de regulamentação naturalmente ocorrerá. Entretanto, pelo que se estudou sobre o assunto, não existem argumentos substanciais que possam dar base para a análise da conveniência da criação de uma *hard law* ou uma *soft law*.

Nesse ponto, reitera-se que, pela complexidade do assunto, tem existido uma tendência dos poderes legislativos dos países que já são substancialmente usuários do TPF a regular esse tipo de negócio, com vistas a combater as controvérsias que o envolvem.

⁴¹ Que são juridicamente obrigatórias, como, por exemplo, as leis ordinárias vigentes em âmbito nacional.

⁴² Normas que não são juridicamente obrigatórias, possuindo limitação em seu valor normativo. Como exemplo, podem-se mencionar as diretrizes elaboradas pela *International Bar Association* (IBA).

Especificamente no Brasil, a edição de norma sobre o tema poderia ser interessante, vez que se trata de uma nação onde é adotado o *Civil Law*, o que incentiva a necessidade de regulamentação das situações da vida. A edição de norma seria, nesse sentido, benéfica, ainda que desnecessária, conferindo segurança jurídica e, com isso, disseminação desse tipo de negócio. A título de exemplo, pode-se mencionar o caso do uso da mediação no Brasil. Esse método passou a ser muito mais discutido e utilizado após a edição da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que a regulou, não obstante os estudiosos dessa forma de solução de litígios acreditassem ser desnecessário que isso fosse feito, inclusive colocando-se contrários à sua regulação.

Assim, conclui-se que, não obstante fosse possível que o próprio setor se regulasse, mantendo-se o negócio do TPF (como contrato atípico) submetido apenas às regras gerais dos contratos estabelecidas na legislação brasileira, o surgimento de uma norma específica, bem elaborada, poderia trazer benefícios e maior segurança jurídica ao financiamento por terceiros.

Entretanto, até que isso ocorra, é importante que as partes, os financiadores e, principalmente, os advogados que se deparem com o TPF, analisem a oportunidade de realização do financiamento, além de tomar todas as cautelas⁴³ possíveis para que o negócio tenha repercussão positiva.

6.3 Sujeitos do financiamento por terceiros na arbitragem

O financiamento por terceiros na arbitragem pode ser utilizado por qualquer pessoa que possa fazer uso da arbitragem, haja vista que não se vislumbra, no ordenamento jurídico, vedação para seu uso.

Neste sentido, para que se perceba quem pode fazer uso do financiamento por terceiros, especificamente na arbitragem, basta que se analise a arbitrabilidade dentro do contexto brasileiro⁴⁴.

⁴³ Problemas no uso do TPF serão detalhados mais especificamente na sétima seção deste trabalho.

⁴⁴ Existem dúvidas sobre a possibilidade de uso do financiamento por terceiros na arbitragem pela Administração Pública. Atualmente é cediço que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, possui arbitrabilidade subjetiva, ou seja, capacidade de ser parte em um procedimento arbitral. Entretanto, considerando que no caso do financiamento por terceiros na arbitragem a parte dispõe de parte do valor referente ao êxito da demanda, como forma de remuneração do financiador, surge a dúvida se a Administração Pública poderia realizar esse tipo de negócio. Essa é uma possível exceção, vez que o tema ainda é controverso, de impossibilidade de uso do financiamento por

Maior análise é necessária para se compreender quem pode financiar. Neste sentido, necessário é observar as características dessa atividade, com o objetivo principal de verificar se o referido negócio diz respeito a uma operação financeira e se, nesse caso, apenas as instituições financeiras, que necessitam de autorização para funcionamento, poderiam realizá-lo.

O termo instituição financeira é conceituado no artigo 17 da mencionada lei da seguinte forma:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual. (BRASIL, 1964).

O artigo 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, determina que as instituições financeiras apenas poderão ter funcionamento no país a partir de autorização do Banco Central ou de decreto do Poder Executivo, no caso de instituições estrangeiras.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras. (BRASIL, 1964).

De acordo com Oliveira,

Instituição financeira é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de

terceiros por pessoa capaz de contratar. O tema merece maior aprofundamento, não sendo, contudo, escopo da presente pesquisa.

terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes, e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de Direito público e privado.

[...]

Atividade própria ou exclusiva de instituição financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, as peculiaridades da obtenção de lucro *stricto sensu*⁴⁵ frente ao financiado ou a terceiro, e reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida. (OLIVEIRA, 1999, p. 27).

Segundo Beraldo, no Brasil, o financiamento por terceiros não é atividade exclusiva das instituições financeiras, sendo, porém, possível sustentar “a tese de que uma pessoa jurídica não poderia ser constituída exclusivamente com a finalidade de se celebrar contratos de financiamento de litígios, sejam eles arbitrais ou judiciais, pois incorreria em violação dos arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595/64” (BERALDO, 2014, p.148). O autor lembra que o próprio mútuo, realizado a partir de um contrato comumente estabelecido com instituições bancárias, pode também ser feito por particulares⁴⁶, sendo apenas vedado pela Lei da Usura (Decreto n. 22.262 de 1933) a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal⁴⁷.

No caso das empresas que realizam financiamento, essas normalmente não cobram juros, mas, em vez disso, investem em uma demanda para obter um percentual no êxito. Por esse motivo, a maioria dos financiadores evita usar a palavra *empréstimo*. O contrato geralmente é celebrado como um investimento e não como um financiamento (CREMADES, 2013).

No mesmo sentido, Casado Filho (2014) entende que o financiamento pode

⁴⁵ De acordo com Oliveira, considerando a limitação da lei de usura, numa determinada atividade de financiamento, os juros estabelecidos em até o dobro da taxa legal “estão perfeitamente abrangidos no conceito de justa e devida remuneração pelo ato de financiar, isto é, no conceito de contraprestação adequada e mantenedora do equilíbrio contratual, que propicia, autoriza e delimita a licitude da atividade de emprestar. No mesmo raciocínio, a estipulação dos juros além do limite legal remuneratório seria um *plus*, um algo a mais que a parte mutuante ganhará além da justa e repositora remuneração, sendo esse excedente qualificado, assim, como lucro *stricto sensu*.” (OLIVEIRA, 1999, p. 21).

⁴⁶ Regulado nos artigos 586 e seguintes do Código Civil de 2002.

⁴⁷ “Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.” (BRASIL, 1933).

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.” (BRASIL, 2002).

ser feito por qualquer pessoa com capacidade, não se tratando de operação financeira, “mas mero investimento de risco que pode ser realizado por qualquer pessoa capaz” (CASADO FILHO, 2014, p. 154). O autor menciona que, para que seja configurada a atividade financeira que determina a regulação daquele que exerce, é necessário que exista o risco e a intermediação de recursos.

Quando se fala de financiamento por terceiros, como vimos, está presente o risco do financiador de perder toda ou parte da quantia investida. Entretanto, não necessariamente a realização desse negócio deriva de uma intermediação de recursos, como ocorre, por exemplo, com os fundos de investimentos voltados para essa atividade, que, nesse caso, necessitam de autorização para funcionamento, nos termos da mencionada Lei n. 4.595/1994. Assim, quando há um investimento direto, pode-se extrair que a atividade de investimento em demandas pode ser realizada por qualquer pessoa capaz de contratar, que possua recursos e queira se enveredar nesse tipo de negócio.

Por fim, percebe-se a importância de verificar, neste contexto, se o motivo por trás do investimento não é ilícito ou tenha como objetivo fraudar direitos da outra parte.

Aceitar a utilização da ferramenta do financiamento de terceiros para fraudar a parte adversa ou para criar tumultos processuais infundados será decretar o fim de um instrumento bastante útil para a consecução da finalidade última da arbitragem (pacificação social). Afinal não são poucos os institutos que, dado a má utilização por poucos, têm grande rejeição da comunidade jurídica e pouca aplicação prática. (CASADO FILHO, 2014, p. 154).

O que se tem é que, não obstante qualquer pessoa possa investir em demandas, isso não poderá ser realizado com fins ilícitos ou fraudulentos, sob o risco de se desvirtuar o uso de uma ferramenta tão importante para acesso à justiça e para o incentivo ao uso da arbitragem.

7 QUESTÕES RELEVANTES E POSSÍVEIS PROBLEMAS DO FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM

Quando se trata do financiamento por terceiros na arbitragem, tema que traz consigo muitos pontos controversos, percebe-se um leque de questões e problemas que podem advir do seu uso. No presente trabalho, considerando o extenso número de questões que geram dúvidas sobre a aplicação do negócio objeto deste estudo, escolheu-se aquelas que são mais discutidos e recorrentes nos debates sobre o TPF, bem como os que possuem maior relevância prática sobre o tema.

Sendo assim, passa-se a estudar nesta seção sobre a confidencialidade da arbitragem e o contrato de financiamento; o impacto do uso do TPF no dever de revelação do árbitro; a possibilidade do incentivo a uma cultura de litígios a partir do uso desse tipo de financiamento de demandas; e, por fim, os impactos econômicos e financeiros resultantes da utilização desse tipo de negócio.

7.1 A confidencialidade da arbitragem e do contrato de financiamento por terceiros na arbitragem

A questão da confidencialidade no TPF talvez seja um dos assuntos mais delicados em seus diversos aspectos.

Necessariamente, para que o financiador possa aceitar financiar a demanda nos moldes do TPF, necessita ter conhecimento sobre detalhes do caso, para que possa avaliar a possibilidade de êxito da parte que o procura. O financiador realiza uma *due diligence* sobre o caso, envolvendo a participação de diversos profissionais, com vista a avaliar a demanda do ponto de vista jurídico e técnico.

Assim, o que se questiona é se há quebra da confidencialidade pela parte que busca ser financiada quanto à matéria da arbitragem. A situação é ainda mais polêmica quando se pensa que o financiador pode considerar pouco provável o êxito da demanda, rejeitando a proposta de negócio, mas passando a ter conhecimento de detalhes sobre a controvérsia.

Por outro lado, os contratos de financiamento por terceiros em geral possuem caráter confidencial, restringindo suas informações ao financiador e financiado, impossibilitando, em princípio, a divulgação de sua existência à parte contrária da

demanda e aos julgadores (no caso da arbitragem, ao Tribunal Arbitral) e, eventualmente, à câmara responsável pela administração da arbitragem.

Assim, nesta seção, pretende-se observar se a divulgação das informações de um litígio a um pretense financiador poderia acarretar em quebra do dever de confidencialidade emanado da convenção de arbitragem. Além disso, será analisado se a informação ao Tribunal Arbitral e à parte contrária sobre a existência de um *funding* seria considerada também quebra do dever de confidencialidade comumente estabelecido no contrato de financiamento.

7.1.1 A quebra de sigilo e a concessão de informações para o pretense financiador

Como se viu, a confidencialidade é uma das características mais relevantes da arbitragem e que leva os seus usuários a optarem por esse meio de solução de controvérsias. A quebra do dever de sigilo por qualquer pessoa que faça parte dos sujeitos envolvidos na arbitragem (como os árbitros, partes, peritos e funcionários da câmara responsável pela administração) poderia gerar o dever de reparação pelo descumprimento da obrigação.

Neste sentido, o que se questiona, dentro do contexto do TPF é se a concessão de informações sobre o litígio que será ou foi submetido à arbitragem pode ser considerada quebra do dever de confidencialidade pela parte.

Dentro desse tema, pode-se comparar a figura do financiador com a do advogado ou do assistente, vez que, antes mesmo de aceitar o convite para atuar no procedimento, esses profissionais recebem informações do caso, tendo assim condições de observar se terão a capacidade e a disponibilidade para figurarem como representantes de determinada parte.

Não obstante a analogia seja pertinente, é importante ressaltar que o financiador pode possuir algumas características específicas que poderiam tornar a situação um pouco mais delicada. É que é possível e comum que aqueles que financiam sejam investidores de grande porte que podem fazer uso das informações trazidas sobre o litígio para alocar seus investimentos.

Como visto, muitas sociedades empresárias que negociam seus papéis no mercado de valores optam pelo uso da arbitragem como forma de resolução de litígios exatamente por sua confidencialidade que mitiga os impactos da existência de uma demanda, por exemplo, no valor de suas ações.

Sobre o tema, Beraldo menciona que:

Talvez o ponto que nos deixe mais perplexos, num primeiro momento, seja o fato de a arbitragem ser um processo no qual a confidencialidade seja marca característica, e, para se realizar a *due diligence*, será necessário, ao terceiro-financiador, devassar toda a documentação do caso. Não bastasse, mesmo que se sustentasse que o sigilo na arbitragem não decorre da lei, ou, então, que por esse procedimento investigativo ocorrer antes do início da arbitragem, não haveria violação à confidencialidade, por ela ainda sequer existir, é possível que a cláusula que obriga as partes a manterem sigilo, com ou sem arbitragem, derive do próprio contrato entabulado entre as partes. *Quid iuris?* (BERALDO, 2014, p. 150).

A situação é sensível, pois, caso a entrega de informações ao financiador seja considerada como quebra do dever de sigilo pela parte, como poderia essa buscar o financiamento de sua demanda?

Para Beraldo (2014), é importante a análise do conteúdo da convenção de arbitragem. Caso a convenção preveja de forma expressa a impossibilidade de financiamento por terceiros, a parte interessada do negócio estaria impossibilitada de fornecer informações para eventual *due diligence*. Nesse caso, a entrega de dados da demanda poderia, então, ensejar a necessidade de reparação por quebra de sigilo da parte.

No entendimento de Beraldo (2014), seria importante que a parte não desrespeitasse a regra estabelecida na convenção de arbitragem⁴⁸, para não correr o risco de responder por isso, agindo sempre com boa-fé, ainda que a omissão sobre a tentativa ou existência de um financiamento dificilmente fosse descoberta pelos outros envolvidos na demanda, dado que esse tipo de negócio se estabelece por meio de contrato que também possui cláusula de confidencialidade.

Ainda, para o referido autor, caso não haja impedimento para o uso do financiamento por terceiros na convenção de arbitragem, “presumir-se-á que é lícita a sua contratação” (BERALDO, 2014, p. 151), sendo, noutra giro, lícita a inserção da convenção de arbitragem de impedimento do uso do financiamento por terceiros.

Contudo, há que se observar novamente o que foi colocado neste estudo quando se falou sobre a possibilidade de afastamento da incidência da convenção de arbitragem ou a modificação de seu conteúdo, ainda que temporariamente, com o

⁴⁸ Acrescenta-se nesse sentido, a verificação do regulamento de arbitragem aplicável ao caso, que, de certa forma, passa a fazer parte do conteúdo da convenção. O que se quer dizer com isso é que, caso haja algum item do regulamento referente à situação de financiamento da demanda, esse deve ser observado como conteúdo da convenção que elegeu suas regras para aplicação em eventuais demandas.

intuito de garantir o acesso à justiça à parte.

Como já mencionando, na arbitragem, não há a existência de uma justiça gratuita. O financiamento por terceiros seria uma forma de dar à parte a possibilidade de acessar a justiça, por meio da resolução de uma demanda pela forma mais adequada ao tipo de litígio, quando essa não possua recursos próprios para tanto.

Neste sentido, não obstante possa se entender que a prevalência do princípio da autonomia privada poderia impedir que uma parte utilizasse o financiamento por terceiros, não se pode considerar impossível o afastamento desse impedimento em casos extremos e de comprovação cabal de incapacidade financeira da parte.

Se, como visto, se pode pensar em alterar o conteúdo da convenção de arbitragem com a finalidade de possibilitar sua instauração, como no exemplo da modificação do número de árbitros que atuarão na solução da demanda, qual seria o problema de se afastar esse impedimento do uso do financiador para que fosse possível utilizar a arbitragem que fora convencionada por ambas as partes em seu próprio benefício?

Obviamente, qualquer caso de ação que se considere eivada de má-fé, que pode estar dentro de um contexto de quebra de confidencialidade, deve ser punida e repelida, tanto pelo Tribunal Arbitral, como também pelo Poder Judiciário, caso esses sejam acionados e venham a se manifestar sobre questões que envolvam o litígio ou futuro litígio que será submetido ao procedimento arbitral. Entretanto, pela complexidade que envolve o assunto e as relações que se estabelecem atualmente, entender pela possibilidade de afastamento irrestrito do uso do financiamento por terceiros seria colocar objetivamente o acesso à justiça como um princípio inferior ao da autonomia privada, sem considerar todo o contexto que pode envolver um caso concreto.

Neste sentido, não se afastando a necessidade de manutenção e segurança jurídica do que se estabelece entre as partes, em um contexto privado, não se pode ignorar outros enfoques, como o de acesso à justiça, para a solução do caso.

Pensando do ponto de vista prático, quando houver a previsão de impossibilidade de uso desse tipo de negócio na convenção de arbitragem ou no regulamento de arbitragem, para se evitar problemas com a responsabilização pela quebra de sigilo, a parte, fazendo uso da boa-fé, poderia informar à outra sobre a pretensão de uso do financiamento, pedindo autorização para submissão do caso

para realização de *due diligence*. Caso a parte não concordasse, teria que buscar judicialmente o afastamento, ainda que temporário, da disposição impeditiva constante na convenção ou regulamento de arbitragem para que pudesse fazer uso do financiamento por terceiros e, com isso, ter sua demanda resolvida por arbitragem.

Obviamente, a convenção sobre a impossibilidade de uso do TPF não poderia ser afastada nos casos de mera conveniência econômica de qualquer das partes, possuidora de recursos para pagamento da arbitragem, vez que nessas situações prevaleceria o que fora pactuado a partir da autonomia privada das partes.

Quanto às situações em que não haja impedimento na convenção ou no regulamento de arbitragem, ainda que a entrega de informações a um pretense financiador seja considerada lícita, obviamente, quando realizada de boa-fé pela parte, também do ponto de vista prático, é relevante que haja um grande cuidado daquele que busca o financiamento em realizar um contrato anterior, determinando que as informações fornecidas não poderão ser utilizadas com outra finalidade que não a de realização da análise da pertinência do investimento na demanda.

Esse cuidado deve ser tomado nos casos de entrega de informações a qualquer pessoa que possa vir a atuar no caso, como advogados e assistentes. Contudo, como dito, considerando que o pretense investidor pode fazer uso dos dados para decidir sobre alocação de seus investimentos em outros negócios, esse cuidado deve ser ainda maior, evitando que a parte seja futuramente responsabilizada por danos causados em razão de quebra de seu dever de confidencialidade.

7.1.2 A confidencialidade do contrato de financiamento por terceiros e o dever de revelação

Lévy e Bonnan (2013) ensinam que, em regra, o contrato de TPF possui cláusula de confidencialidade. Com isso, a parte poderia se ver em uma situação difícil. Ao mesmo tempo que teria o dever de revelar aos demais envolvidos na resolução da demanda a existência do financiamento, teria também a obrigação de manter sigilo sobre a existência do financiamento.

O dever de revelação, em regra, é direcionado aos árbitros, e essa obrigação diz respeito a informar, no que tange à sua relação com as partes, aquilo que o

profissional sabe ou tem condições de saber a partir de uma pesquisa feita de maneira razoável (FERRO, 2013).

Entretanto, no contexto do financiamento por terceiros, o árbitro pode não saber, caso a parte financiada não informe, sobre a existência de um TPF que possibilite sua revelação sobre eventual relação existente entre si e o financiador da demanda.

Nesse caso, questiona-se se a parte teria o dever de informar sobre a existência do financiamento, com o intuito de permitir ao árbitro que revelasse eventual relação entre si e o financiador.⁴⁹

Por outro lado, e dentro desse dever de informação sobre a existência do financiamento, interroga-se se a parte contrária teria o direito de saber sobre o negócio, vez que a existência de um financiador poderia alterar os interesses envolvidos na demanda e a postura da parte diante do procedimento.

De acordo com Wald, a doutrina diverge quanto à forma que exigiria a informação a respeito do financiamento. Há, segundo o autor, o entendimento de que essa exigência deveria constar dos regulamentos de arbitragem das câmaras. Outros, na lição de Wald, argumentam que a convenção deveria ter esse tipo de informação expressa (WALD, 2016, p. 39).

Lembre-se que não há na legislação brasileira nenhuma imposição legal expressa que determine o dever de informar sobre a existência de um investidor. Neste sentido, necessário é observar se, dentre os deveres referentes à postura das partes, em uma arbitragem, há algum que indique a necessidade de revelação sobre o TPF.

Ferro (2013) ensina que, com a existência do TPF, o resultado da arbitragem possui repercussão na esfera de interesses de outra pessoa que, não obstante não seja formalmente parte, obterá vantagens a partir do êxito daquele que financia. O terceiro financiador não é parte do processo, mas deve ser considerado como se parte fosse, do ponto de vista de revelação dos árbitros, assim como já é entendido

⁴⁹ No Brasil, o dever de revelação dos árbitros está insculpido no artigo 14, § 1º, da Lei n. 9.307/1996: “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 juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.” (BRASIL, 1996).

nos casos de terceiros integrantes de mesmo grupo econômico do qual participa a parte.

Parece-nos que a solução deva ser a mesma em se tratando da análise da independência do árbitro quando presente relações contratuais entre a parte e o terceiro financiador, que torna este último diretamente interessado no resultado do processo. Com efeito, o que justifica a falta de independência do árbitro quando se trata de parte e terceiro integrantes de mesmo grupo econômico é a convergência de interesses decorrentes da unicidade de controle. Tal convergência de interesse também se verifica na relação entre financiador e a parte financiada, e de maneira ainda mais intensa, como já dito, a remuneração do primeiro só existirá se houver êxito na segunda. (FERRO, 2013, p. 627).

Entendendo-se, nesse sentido, que, do ponto de vista de revelação dos árbitros, o terceiro financiador deve ser considerado como parte, Ferro (2013) lembra que existe, para as partes, um dever de cooperação no sentido de fornecer aos árbitros os elementos necessários para que sua obrigação seja devidamente cumprida. Em outras palavras, as partes devem conceder aos árbitros as informações necessárias para que verifiquem se há, e em qual grau, algum motivo de revelação que possa, inclusive, ensejar em sua opção por declinar do convite para figurar como julgador da demanda.

Neste sentido, extrai-se que “a existência de um financiamento pode ser relevante para a validade da constituição do Tribunal Arbitral, considerando que as partes podem estar sendo financiadas por um terceiro que possua conflitos de interesses com os árbitros”⁵⁰ (LÉVY; BONNAN, 2013, p. 80, tradução nossa).

É difícil imaginar que a parte contrária ou qualquer envolvido no procedimento fique sabendo da existência do financiamento, caso essa informação não seja dada por aquele que é financiado. Contudo, caso isso ocorra, e estando algum dos árbitros impedidos de atuar no caso por eventual relação com o financiador, todo o procedimento poderia ser prejudicado, afetando, inclusive, a validade da sentença arbitral, criando uma “grande margem para a nulidade com base no artigo 32, II, da Lei 9.307 de 1996” (FERRO, 2013, p. 631). Acrescente-se aqui a possibilidade de enquadramento também no inciso VIII do referido artigo⁵¹.

⁵⁰ The funding agreement may be relevant for the valid constitution of the tribunal, since one of the parties could be funded by a third-party funder with which one of the arbitrators has a conflict of interest.

⁵¹ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] II - emanou de quem não podia ser árbitro; [...] VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.” (BRASIL, 1996).

Além disso, Ferro (2013) lembra que o artigo 422 do Código Civil de 2002 se aplica às convenções de arbitragem, devido à sua natureza contratual. O dispositivo afirma o princípio da boa-fé nesse tipo de instrumento jurídico, determinando: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002). Neste sentido, as partes devem se portar de forma a garantir um resultado útil e satisfatório da arbitragem, agindo de maneira a não atrasar ou prejudicar a sentença arbitral.

No mesmo sentido, Lévy e Bonnan (2013) sustentam que as partes na arbitragem possuem o dever geral de boa-fé, que possui relação próxima com a máxima do *pacta sunt servanda* e emana também das regras gerais de adequada postura das partes em um procedimento.

Outro ponto que pode ser relevante para compreensão da situação diz respeito às diretrizes da *International Bar Association* (IBA) sobre conflito de interesses, publicadas em 2004 e revisadas em 2014. As *guidelines* da IBA têm sido frequentemente utilizadas pela comunidade arbitral em todo o mundo quando questões complexas têm que ser resolvidas. Trata-se de uma *soft law* amplamente utilizada na arbitragem.

Quando o assunto é revelação dos árbitros, as regras da IBA vêm sendo mencionadas, principalmente, dentro de contextos internacionais. Sobre os deveres das partes, há um item de relevância, nas mencionadas *guidelines*, que contempla a situação em que uma parte é financiada. É o item 7:

(7) Dever das Partes e do Árbitro (a) Uma parte deve informar a um árbitro, ao Tribunal Arbitral, às outras partes e à instituição de arbitragem ou outra autoridade competente (se houver) sobre qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra companhia do mesmo grupo de companhias, ou um indivíduo que tenha a influência de controle sobre a parte na arbitragem), ou entre o árbitro e qualquer pessoa ou entidade com um interesse econômico direto no prêmio a ser entregue por meio da arbitragem ou com um dever de indenizar uma das partes por ele. A parte deve fazê-lo por sua própria iniciativa na primeira oportunidade. (b) Uma parte deve informar ao árbitro, ao Tribunal Arbitral, às outras partes e à instituição de arbitragem ou outra autoridade competente (se houver) sobre a identidade de seu advogado que aparecerá na arbitragem, bem como sobre qualquer relação, incluindo adesão às mesmas câmaras de advogados, entre seu advogado e o árbitro. A parte deve fazê-lo por sua

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” (BRASIL, 1996).

própria iniciativa, na primeira oportunidade e em qualquer mudança na sua equipe de advogados. (c) Para cumprir a Norma Geral 7(a), a parte deve realizar questionamentos razoáveis e fornecer qualquer informação relevante à sua disposição. (d) Um árbitro está obrigado a fazer questionamentos razoáveis para identificar qualquer conflito de interesses, bem como quaisquer fatos ou circunstâncias que podem razoavelmente dar ensejo a dúvidas como as relativas a sua imparcialidade ou independência. A ausência de divulgação de um conflito não é justificada pela falta de conhecimento, se o árbitro não realizar tais questionamentos razoáveis. Explicação da Norma Geral 7: (a) Requer-se das partes que divulguem qualquer relação com o árbitro. A divulgação de tais relações devem reduzir o risco de um desafio sem mérito à imparcialidade ou à independência de um árbitro, baseado em informação obtida após a nomeação. O dever de divulgação das partes de qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra companhia do mesmo grupo de companhias, ou um indivíduo que tenha a influência de controle sobre a parte na arbitragem) foi estendido a relações com pessoas ou entidades que tenham um interesse econômico direto no prêmio a ser entregue por meio da arbitragem, tais como uma entidade que forneça financiamento para a arbitragem ou tenha um dever de indenizar uma parte pelo prêmio. (b) Advogado que apareça na arbitragem, nomeadamente, as pessoas envolvidas na representação das partes na arbitragem devem ser identificadas pelas partes na primeira oportunidade. O dever de divulgação da parte da identidade do advogado que apareça na arbitragem estende-se a todos os membros da equipe de advogados daquela parte e surge desde o início dos procedimentos. (c) para satisfazer seu dever de divulgação, requer-se das partes que investiguem qualquer informação relevante que esteja razoavelmente à sua disposição. Além disso, requer-se de qualquer parte em uma arbitragem, desde o início e de forma contínua durante todos os procedimentos, que faça um esforço razoável para verificar e divulgar informação disponível que, aplicando a Norma Geral, possa afetar a imparcialidade ou a independência do árbitro. (d) Para satisfazer seu dever de divulgação sob as Diretrizes, requer-se que os árbitros investiguem qualquer informação relevante que esteja razoavelmente à sua disposição. (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2014, tradução nossa)⁵².

⁵² (7) Duty of the Parties and the Arbitrator (a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity. (b) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of the identity of its counsel appearing in the arbitration, as well as of any relationship, including membership of the same barristers' chambers, between its counsel and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity, and upon any change in its counsel team. (c) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it. (d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries. Explanation to General Standard 7: (a) The parties are required to disclose any relationship with the arbitrator. Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence based on information learned after the appointment. The parties' duty of disclosure of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration) has been extended to relationships with persons or entities having a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration, or having a duty to indemnify a party for the award. (b) Counsel appearing in the

Pelo conteúdo das diretrizes da IBA, pode-se perceber que houve uma opção pelo entendimento de que a existência de um financiador da arbitragem é algo que deve ser revelado pela parte, em razão de seu interesse envolvido, e que a relação do árbitro com esse terceiro é importante e pode ter como consequência a impossibilidade de sua atuação no procedimento arbitral.

Dessa forma, pode-se extrair que a existência de um terceiro financiador pode acarretar em um leque de conflito de interesses que precisam ser observados pelo Tribunal Arbitral. Pode-se imaginar, por exemplo, a situação em que um árbitro pode ser um investidor do fundo financiador ou atuar em escritório de advocacia que representa o fundo (CASADO FILHO, 2014, p. 165).

É de se ressaltar que a parte pode não querer revelar a existência do financiamento por receio de demonstrar uma suposta fraqueza ao polo processual contrário. Não obstante possa-se imaginar que esse seja um receio plausível, destaca-se que, de fato, a existência do financiamento pode fortalecer a parte. Isso em razão de que, em regra, aqueles que realizam o financiamento são profissionais, que têm o cuidado de escolher litígios com boa probabilidade de êxito, e que possuem grande experiência em processar demandas, bem como recursos financeiros para tanto. Neste sentido, se o uso do financiamento pode aparentar em um primeiro olhar uma fraqueza financeira⁵³, contudo, a presença do financiador pode ser vista como um fortalecimento da parte pela probabilidade de pertinência de seu direito e alegações, bem como em razão da estrutura, recursos e experiência para litigar que possuem aqueles que financiam demandas.

Corroborar-se a essa ideia a declaração dada por Leonardo Viveiros em

arbitration, namely the persons involved in the representation of the parties in the arbitration, must be identified by the parties at the earliest opportunity. A party's duty to disclose the identity of counsel appearing in the arbitration extends to all members of that party's counsel team and arises from the outset of the proceedings. (c) In order to satisfy their duty of disclosure, the parties are required to investigate any relevant information that is reasonably available to them. In addition, any party to an arbitration is required, at the outset and on an ongoing basis during the entirety of the proceedings, to make a reasonable effort to ascertain and to disclose available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality or independence. (d) In order to satisfy their duty of disclosure under the Guidelines, arbitrators are required to investigate any relevant information that is reasonably available to them.

⁵³ O que nem sempre é real. Como já mencionado neste trabalho, o financiamento por terceiros pode ser e é utilizado por aqueles que, ainda que tenham saúde financeira, desejam mitigar seus riscos de fracasso no procedimento, ou mesmo alocar seu capital em investimentos que entenda mais importante.

entrevista realizada pela INOVARB⁵⁴. O referido profissional atua, desde 2014, na *Leste Litigation Finance*, considerada a primeira empresa a estruturar *funding* para arbitragens no Brasil.

O entrevistador informou, considerando sua experiência profissional, que:

[...] existe uma questão de lealdade aos árbitros e advogados, que provavelmente gostariam de saber se existe uma empresa financiando umas das partes submetidas à sua jurisdição arbitral. De outro lado, a revelação do financiamento, a meu ver, pode viabilizar acordos. Tivemos um caso em que houve a revelação do financiamento e, nos dias seguintes, iniciaram-se negociações de acordo, o qual acabou assinado em poucas semanas, sem que houvesse a necessidade de qualquer aporte de valores. Nesse caso específico, havíamos entendido que era estratégia da parte contrária a asfixia financeira, isto é, a parte contrária entendia que nosso financiado não teria condições financeiras para participar por dois, três anos de uma arbitragem. E isso se confirmou quando houve a revelação do financiamento. Assim, esse exemplo ratificou a minha tese de que o *third party funding* pode viabilizar acordos. (VIVEIROS, 2017).

Ainda, é importante observar o direito que a parte contrária possui em saber com quem litiga. Não obstante o financiador não seja efetivamente parte, como dito, a sua existência altera os interesses envolvidos na disputa. Dessa maneira, a questão da revelação sobre a existência de um financiamento não é relevante somente no que diz respeito à revelação dos árbitros. A parte contrária também deve estar ciente sobre todos os envolvidos, para que tenha melhores condições de determinar suas estratégias dentro do procedimento. Não obstante o financiador não seja formalmente parte, como dito, seus interesses passam a fazer parte do contexto da demanda.

Lévy e Bonnan (2013) lembram que podem existir interesses que não possuam caráter puramente financeiro. A título de exemplo, em uma demanda que envolva a disputa pela titularidade de uma patente, pode ser que o financiador tenha interesse no êxito da parte, a fim de impedir que seu concorrente tenha direito a produzir determinado bem, passando a ter a possibilidade de comprá-lo daquele que está sendo financiando.

Assim, a ausência de ciência da parte contrária sobre a existência do TPF gera um desequilíbrio de informações entre as partes. Como outro exemplo que demonstra essa afirmação, pode-se mencionar que a parte que não sabe sobre a

⁵⁴ A INOVARB é um grupo com viés institucional e acadêmico ligado à *American Chamber Brasil* (AMCHAM Brasil), que possui como objetivo promover a integração entre jovens estudantes e profissionais que se interessem em assuntos relacionados à arbitragem internacional e nacional.

existência de um financiador não terá condições de pesquisar da mesma forma que a parte financiada sobre a eventual existência de um conflito de interesses em relação a algum dos membros do Tribunal Arbitral.

Ainda sobre o dever de revelação, Henriques faz importante observação:

Todos os financiadores de litígios conservam estrito e rigoroso sigilo sobre os valores envolvidos nos seus investimentos e sobre o tipo de investimentos que são realizados. A esmagadora maioria de acordos de financiamento de litígios que são conhecidos publicamente resultam do cumprimento de ordens de tribunais judiciais e / ou arbitrais para proceder à revelação da sua existência e da entidade do financiador, representando no entanto uma fracção mínima. (HENRIQUES, 2015, p. 586).

Dessa forma, o ideal é que o dever ou não de revelação esteja explicitado na convenção de arbitragem ou nos próprios regulamentos de arbitragem das câmaras. Poderia também ser objeto de regras referentes à autorregulação do próprio setor, como já mencionado neste trabalho. Tem-se notícias⁵⁵ – e tal procedimento pode ser uma solução até que os regulamentos das câmaras sejam alterados ou as demais regras estabelecidas⁵⁶ – de que algumas câmaras começam a inserir, no modelo de Termo de Arbitragem, a necessidade de declaração expressa pelas partes da existência ou não de financiador, com o intuito de preservar o procedimento e a futura sentença de possíveis nulidades.

Ainda, nesse contexto, considerando a grande possibilidade da parte não revelar a existência de um financiador, e mesmo que não seja exigida essa declaração no Termo de Arbitragem, na convenção ou no regulamento de arbitragem aplicável ao caso, os próprios árbitros poderiam, como solução, adotar a postura de sempre exigir que as partes informem sobre o assunto. Essa opção inclusive é corroborada e permitida no item 7, alínea d⁵⁷, das diretrizes da IBA sobre conflito de interesses que determina aos profissionais, convidados para compor o Tribunal Arbitral, que façam as perguntas pertinentes às partes com o intuito de

⁵⁵ Tal informação tem como base notícias não oficiais obtidas a partir de conversas da autora com pessoas atuantes no meio arbitral. Entendeu-se pela inserção desse conteúdo com o intuito de indicar possíveis soluções para as questões envolvidas.

⁵⁶ Por meio de *hard law* ou *soft law*

⁵⁷ “(d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries.” (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2014).

identificar qualquer conflito de interesses, fatos ou circunstâncias que, razoavelmente, possam criar dúvidas sobre sua imparcialidade ou independência.

Quanto à possível configuração de quebra de sigilo do contrato de TPF, que comumente possui cláusula de confidencialidade, questiona-se, como dito, se a exposição voluntária ou por determinação do Tribunal Arbitral poderia gerar responsabilidade pelos danos causados.⁵⁸

Como visto, a obrigação sobre a revelação sobre a existência de um financiador, ainda que não esteja determinada expressamente na lei brasileira, na convenção e no regulamento de arbitragem, é devida por todas as razões indicadas.

Segundo Ferro (2013), quando se fala sobre o dever do Tribunal Arbitral exigir a informação sobre a existência ou não de um financiamento, considerando os interesses envolvidos, e ponderados os valores em jogo, aparentemente, a melhor solução seria solicitar a informação à parte financiada, que poderia se isentar da responsabilidade por danos causado pela quebra de confidencialidade, tendo em vista o cumprimento de determinação emanada de um Tribunal Arbitral, que nada mais é do que uma autoridade legal, o que é pacificamente compreendido como uma excludente de aplicação da cláusula de confidencialidade.

Ressalte-se que a revelação sobre a existência de um financiador não se direciona tão somente a beneficiar à parte contrária e aos árbitros, tampouco a entregar-lhes todos os detalhes do que foi estabelecido no contrato de TPF.

É que, como visto, com a revelação, estariam preservadas a utilidade do procedimento e a validade da sentença arbitral. Assim, pode-se extrair que estariam também garantidos os interesses do financiador e do financiado, na medida em que a revelação protege o procedimento de futura alegação de nulidade, que poderia, inclusive, acarretar na ineficácia de uma sentença arbitral exitosa para o financiado.

Por outro lado, a revelação pode ser restrita à identidade do financiador, seja

⁵⁸ Há uma natural e clara preferência dos financiadores em não informar o seu envolvimento na arbitragem. Normalmente eles inserem alguma previsão de confidencialidade no contrato de financiamento indicando que a revelação sobre a existência do fundo só poderá ocorrer com a sua autorização (LANDI, 2012). Além dos motivos expostos sobre o receio da parte em informar sobre o contrato de financiamento, tem-se que o próprio fundo pode ter interesse em não revelar quem e qual litígio financia. “Há inúmeras razões para essa obsessão pelo sigilo. Por parte do Fundo Financiador, pode-se tratar de uma questão estratégica, pois muitas vezes o mercado financeiro não quer passar informações importantes sobre seus investimentos a terceiros, tais como taxa de retorno, capital investido, entre outros. Na verdade, uma vez que o mercado tem acesso aos números econômicos do contrato, a posição negocial do Fundo fica seriamente comprometida, pois outras partes podem passar a inferir qual o limite do Fundo, o que desequilibra a relação deste com os potenciais futuros clientes.” (CASADO FILHO, 2014, p. 160).

pessoa física ou jurídica, apenas com o intuito de possibilitar aos árbitros a investigação adequada sobre eventual existência de questões que abalem sua imparcialidade e independência, bem como para que a parte contrária saiba com quem está litigando. Não há, nesse sentido, a necessidade de revelar detalhes sobre o contrato que possam expor e prejudicar o financiador e o financiado.

7.2 A criação de uma cultura de litígios

Como mencionado, quando se tira uma barreira de acesso à justiça, como ocorre com o uso do TPF, muitas vezes, são criados problemas como consequência.

Quando se fala sobre financiamento por terceiros de litígios, surge o questionamento sobre o incentivo à litigiosidade que seu uso poderia acarretar, culminando em um número maior de propositura de demandas, “podendo também ensejar arbitragens descabidas, sem fundamento jurídico, que constituem verdadeiras ‘aventuras jurídicas’” (WALD, 2016, p. 39).

Poder-se-ia extrair que o risco de ter que arcar com os custos relativos à perda de uma demanda, como a sucumbência e aquele investido para processamento da causa, desestimulariam a propositura de ações frívolas. O financiamento por terceiros poderia, então, incentivar a uma cultura de litigar por motivos não relevantes, pelo simples fato da facilitação financeira advinda desse tipo de negócio.

Nas palavras de Casado Filho, “[...] a parte financiada, ao saber que esse custo não será por ela suportado, tenderia a ‘aventuras jurídicas’, ou seja, proporia demandas que saberia infundadas, apenas para tentar a sorte e, quiça, receber alguma recompensa” (CASADO FILHO, 2014, p. 132).

De fato, no contexto brasileiro, pode-se observar a situação correlata na criação dos juizados especiais, voltados para demandas de menor valor e complexidade. Nesse caso, a barreira de custos com advogados e despesas processuais foi reduzida ou retirada. No entanto, percebeu-se que o surgimento dos juizados possibilitou a propositura de muitas demandas de pouca relevância, retirando a pretendida efetividade de sua criação, encontrando-se hoje abarrotado de ações, tornando-se um meio moroso e menos eficiente para resolução de conflitos.

Contudo, importa destacar que o financiamento por terceiros, não obstante retire da parte o risco de arcar com as despesas da demanda, é realizado por pessoas que escolhem investir naquelas controvérsias que realmente possuem grandes possibilidades de êxito.

De acordo com Shannon e Nieuweld (2012), os financiadores podem ser considerados, inclusive, como filtros contra pretensões improcedentes, uma vez que, quando a demanda possui pouca probabilidade de êxito, a proposta de financiamento é rejeitada, concedendo à parte um norte sobre suas reais possibilidades de ganhar a causa.

Neste sentido, é possível extrair que, ao submeter ao financiador a análise sobre o litígio, esse, de forma imparcial, poderá avaliar para a parte a conveniência de propor a demanda, podendo a mesma, a partir de uma negativa, buscar outras formas não contenciosas de resolver o problema ou mesmo desistir de perseguir o pretense direito.

Ressalte-se que investidores não se arriscariam em “aventuras jurídicas”. Como mencionado, em regra, para que uma demanda seja financiada, o financiador realiza profunda análise, geralmente, a partir de uma *due diligence* sobre o caso, muitas vezes, envolvendo profissionais de diversas áreas correlatas ao litígio, como advogados, engenheiros e contadores, com o intuito de verificar as possibilidades de êxito da demanda. Apenas a partir da constatação das boas chances do financiado ser vencedor da causa, o negócio é realizado.

Landi (2012) ensina que a ideia de que o investimento por terceiros poderia encorajar demandas frívolas ou abusivas não é convincente, uma vez que é difícil imaginar que um financiador profissional, que, em regra, tem o cuidado de realizar diligências com a finalidade de investigar a pretensão e direito da parte, pudesse investir em um caso frívolo ou com poucas chances de sucesso.

Em outras palavras, o investidor não incitará nenhum procedimento que não tenha um bom fundamento, uma boa probabilidade de sucesso. É a lógica do próprio mercado de investimento.

Ao contrário das demandas comuns, em que interesses pessoais e momentâneos podem estimular o ajuizamento de demandas sem fundamento, no *Third Party Funding* os processos costumam passar por um escrutínio, uma *due diligence* que verifica a probabilidade de sucesso da demanda, levando em consideração não apenas a tese jurídica, mas os documentos existentes e as provas que podem ser produzidas. (CASADO FILHO, 2014, p. 133).

Outro ponto que pode ser mencionado dentro desse contexto diz respeito à possibilidade de extensão da produção de provas durante a arbitragem, atrasando a solução da demanda. De fato, não é difícil imaginar que o financiador, percebendo a possibilidade de êxito e, em consequência disso, recebendo a remuneração por seu investimento, bem como dispendo de recursos suficientes, pudesse querer produzir uma gama maior de provas. Essa situação poderia esticar o tempo de processamento até a decisão da causa.

Entretanto, deve-se ressaltar que a possibilidade de produzir as provas adequadamente também confere inúmeros benefícios ao deslinde do procedimento e permite que a parte possa comprovar suas alegações.

Como mencionado anteriormente neste trabalho, a celeridade deve ser sempre perseguida, mas não em detrimento do processamento adequado da demanda, que permita às partes demonstrarem seus argumentos, entregando ao julgador os elementos necessários para seu posicionamento e formação de seu convencimento sobre o caso.

Por outro lado, não obstante o financiado possa ter em mente produzir mais provas do que a própria parte teria, é relevante ressaltar que, no caso da arbitragem, o Tribunal Arbitral terá em suas mãos o controle do procedimento, repelindo más condutas, como a produção excessiva de provas, que protelariam o andamento do procedimento, desde que entendesse pela desnecessidade do ato. Esse é, inclusive, um papel fundamental do Tribunal Arbitral, tendo em vista que, como dito, a arbitragem possui como característica a flexibilidade. Sendo assim, é relevante que os árbitros, juntamente com as partes, definam a melhor forma de produção de provas e encaminhamento do procedimento, com o intuito de, de fato, obter os benefícios dessa característica da arbitragem.

7.3 Impactos econômicos e financeiros

Nesta seção, pretende-se observar, dentro do que se entende sobre a abordagem econômica do Direito, as influências e implicações econômicas advindas do uso da arbitragem e do financiamento por terceiros, entendido esse como um garantidor do uso do método.

Lemes (2007) apresenta a relação existente entre *Direito & Economia* e a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias, no intuito de

observar o impacto da economia no direito e também do direito na economia, considerando ter sido observada a influência que ambos exercem entre si.

O estudo da influência das instituições jurídicas na Economia começou a ser realizado nos Estados Unidos, de forma proeminente, na década de 1960. Surge, nesse contexto, uma matéria caracterizada por sua interdisciplinaridade, denominada *Direito e Economia*.

O estudo do Direito pela vertente do *Law and Economics* parte de três premissas fundamentais: (i) os indivíduos buscam maximização racional das suas necessidades e interesses; (ii) neste processo, os indivíduos recebem a influência dos incentivos econômicos, inclusive do sistema de preços; e (iii) os incentivos são moldados pelo ordenamento jurídico e, portanto, o Direito influi nas decisões de investimentos, produção, troca, consumo, etc. (SOARES; NEVES, 2012, p. 22).

A referida “disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas” (SALAMA, 2008, p. 02). Para Salama, esse movimento é tido por muitos como o “de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado” (SALAMA, 2008, p. 03).

Dentro disso, de acordo com Lemes (2007), os contratos são especialmente considerados, vez que são instrumentos jurídicos reguladores de obrigações e direitos entre aqueles que os firmam. São considerados também como instrumentos econômicos, uma vez que possibilitam a circulação de riquezas. Zylbersztajn e Sztajn (2005) ensinam que as instituições jurídicas geram impacto direto no comportamento dos agentes econômicos, impacto esse que ocorre em razão dos custos de transação terem intrínseca relação com as formas e instituições organizacionais do ambiente social.

Segundo Kupfer (2002), os custos de transação são os gastos que os agentes econômicos enfrentam todas as vezes que recorrem ao mercado, ou seja, são custos advindos por negociar, redigir e garantir o cumprimento dos contratos.

Segundo Coase (2008),

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente

para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 2008, p. 12).

Dessa forma, as questões que possuem relação com contratos também possuem relevância econômica, incluindo-se, dentro disso, a eventual existência e a resolução de controvérsias.

De acordo com a Teoria dos Custos da Transação, é possível que se prevejam os futuros possíveis problemas contratuais. Entretanto, considerando a racionalidade limitada humana, inevitavelmente, alguns obstáculos não podem ser previstos logo no momento da contratação, criando-se a possibilidade de lacunas no instrumento. Dessa maneira, os agentes⁵⁹ oportunistas recebem estímulos, em razão da existência de lacunas, a inadimplir o que fora contratualmente estabelecido. Assim, surge a necessidade de que as normas sejam adequadas e eficientes, capazes de preencher as referidas brechas, e que o processamento da demanda seja realizado adequadamente e com celeridade. Isso atenuaria a ação de agentes oportunistas, vez que reconhecem que eventual descumprimento contratual culminaria em sua devida responsabilização de forma eficiente e rápida, repelindo atos de má-fé, tornando desinteressante o não cumprimento do que fora firmado (LEMES, 2007).

Gonçalves menciona que,

Para a Teoria Econômica dos Contratos, um ponto importante é estabelecer a razão pela qual as partes não cumprem contratos. O inadimplemento contratual ocorre quando o não cumprimento da promessa é mais vantajoso que o adimplemento. Isso significa que a penalidade imposta no contrato pelo não cumprimento gera menos custos do que geraria o cumprimento do contrato. Se o custo do promitente em cumprir sua promessa é mais alto que a perda do prometido em função da inadimplência, então, a ruptura do contrato é estimulada. Caso o custo do promitente em cumprir a sua promessa seja mais baixo que a sua perda, então, o cumprimento do contrato é a solução mais eficiente. Se os custos de rompimento do contrato forem maiores do que os benefícios de seu adimplemento, os agentes serão estimulados a cumprir o contrato. Ou seja, o comportamento oportunista induz a verificação dos custos envolvidos com a ruptura do contrato; se estes forem menores, o contrato deixará de ser honrado. Note-se que os custos também estão associados aos reflexos na sociedade, tais como os da área privada (perda de reputação) ou pública (ser réu em ação judicial). (GONÇALVES, 2010, p. 48-49).

De acordo com Camargo Conceição (2001), quando se percebe que é possível o surgimento de custos para que uma determinada transação se

⁵⁹ No caso, o contratado ou contratante.

concretize⁶⁰ – como pela possibilidade de um julgamento de eventual litígio de forma demorada ou em razão da existência de leis pouco eficientes – há, como consequência, um impacto econômico negativo na forma como os agentes se comportarão na estrutura e hierarquia de sua organização e na forma de desenvolvimento de suas atividades. Isso se dá em razão da observação pelos agentes econômicos de todos os possíveis obstáculos percebidos, incluindo dificuldades relativas ao cumprimento das obrigações. Todo esse cenário norteia as decisões dos referidos agentes que, a depender de suas percepções, podem desistir daquele mercado, recorrendo a outras opções.

Assim, considera-se que “quanto maiores forem os esforços das partes em fazer valer as obrigações contratuais, maiores serão os custos de transação do negócio” (SOARES; NEVES, 2012, p. 23). Dessa forma, a eficiência do corpo legal disponível e o processamento adequado e célere de eventuais demandas estabelecem benefícios econômicos às relações contratuais, reduzindo os custos de transação, conferindo estabilidade aos agentes em suas transações.

Para Salama,

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo. (SALAMA, 2008, p. 02).

Neste sentido, considerando que a arbitragem possui características, como já explicitado neste estudo, que a tornam um meio célere e eficaz de solução de controvérsias quando comparado ao Poder Judiciário brasileiro, o seu uso acarretará um impacto econômico positivo, vez que reduz os custos de transação.

Sobre o assunto, Soares e Neves ensinam que:

O reflexo das soluções de conflito na economia das organizações tem gerado preocupação entre os empresários. Os custos dos litígios influenciam a otimização dos recursos e do retorno financeiro dos negócios, comprometendo não somente os resultados econômicos, mas também a imagem institucional da empresa no mercado. [...] Com efeito, a escolha da arbitragem é influenciada pelos aspectos econômicos do negócio, sendo elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato e

⁶⁰ Os custos sempre existirão, mas podem ser muito grandes em comparação com outro ambiente.

implicando a diminuição dos custos de transação dos contratos complexos. (SOARES; NEVES, 2012, p. 21).

Em adição, o uso do método confere adequação a determinados tipos de causas, que geralmente envolvem relações de grande complexidade, tendo em vista sua flexibilidade e especialidade dos julgadores. Em outras palavras, os árbitros possuem condições de julgar a demanda de forma precisa, e o procedimento poderá ser realizado de acordo com a necessidade de instrução e processamento de cada conflito em específico.

Dessa maneira, o uso da arbitragem confere impacto econômico positivo, reduzindo os custos de transação, vez que desestimula a ação de agentes oportunistas, considerando que eventual descumprimento contratual acarretará em uma responsabilização, de forma célere e eficiente⁶¹, desestimulando atos de má-fé ou oportunistas das partes⁶².

Neste cenário, a eleição da arbitragem se apresenta como melhor opção para resolver os eventuais conflitos surgidos entre as partes contratantes, com menos esforços, mais eficiência econômica e segurança jurídica, face à celeridade do procedimento, especialização dos árbitros e ausência de recursos contra a sentença arbitral. Assim [...] afirma-se que os custos de transação em contratos que elegem a arbitragem como forma de solução de conflitos são menores do que aqueles que preveem a tradicional solução judicial. (SOARES; NEVES, 2012, p. 23-24).

Alvarenga acrescenta que:

A sociedade contemporânea apresenta demanda crescente e exige novas soluções. O cumprimento do mandato constitucional de desenvolvimento da ordem econômica passa necessariamente pela valorização e fortalecimento da empresa, bem como oferecimento de meios de solução de controvérsias confiáveis, que não onerem demais a atividade empresária e sejam compatíveis com as necessidades atuais. (ALVARENGA, 2013, p. 69).

⁶¹ Sobre a eficácia da decisão arbitral, Gonçalves (2010) demonstra por pesquisa de campo que mais de 80% das decisões arbitrais observadas no estudo foram espontaneamente cumpridas pelas partes condenadas, indicando a efetividade da solução arbitral.

⁶² Alvarenga (2013) ensina que a expansão do conhecimento e o aumento da utilização da arbitragem conduz a um cenário interessante que cria uma concorrência mais equânime entre o uso do Poder Judiciário e da arbitragem, dando aos agentes maiores possibilidades de escolher de forma adequada e racional o meio de solução de controvérsias para as relações estabelecidas. O menor uso da arbitragem e a menor divulgação de sua existência, bem como as barreiras para seu acesso causam uma obstrução à utilização do método, criando uma situação monopolística, pouco favorável aos agentes econômicos, em que o Estado é o único prestador do serviço. Neste sentido, a autora entende que a concorrência entre o Poder Judiciário e a Arbitragem é benéfica à sociedade.

Entendido o impacto econômico e financeiro do uso da arbitragem nas relações contratuais, extrai-se que o financiamento por terceiros pode ser considerado também como um fator de redução dos custos de transação.

O fortalecimento desse tipo de negócio tornará ainda menos vantajoso o descumprimento oportunista de contratos, vez que, ainda que uma das partes se encontre em uma situação financeira delicada, terá condições de lançar mão da arbitragem para solução de eventual litígio.

Ainda, mesmo que esteja saudável financeiramente, terá a possibilidade de não ter que alocar seus recursos no processamento de uma demanda, utilizando-os para investimento em outras áreas e atividades.

Dessa forma, conclui-se que o uso da arbitragem e o fortalecimento do TPF no Brasil acarretará um impacto econômico positivo nos negócios que são estabelecidos por meio de contratos, impactando de forma benéfica o desenvolvimento econômico do país.

8 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo observar o financiamento por terceiros na arbitragem, como forma de acesso à justiça, com foco na aplicação desse tipo de negócio em âmbito nacional.

Inicialmente, buscou-se compreender a arbitragem, seu florescimento principalmente no contexto brasileiro e suas características principais. Foi entendido que esse tipo de método possui peculiaridades que determinam a sua escolha pelos usuários. A celeridade, a confidencialidade, a especialidade dos julgadores e a flexibilidade são particularidades da arbitragem que permitem a sua adequação para determinados tipos de demandas, sobretudo, aquelas que envolvem sociedades empresárias, grande valor monetário e questões de grande complexidade, e que, por isso, necessitam de análise técnica específica.

Em relação ao acesso à justiça, direito essencial a ser garantido em um Estado Democrático de Direito, restou percebido que sua abordagem atual diz respeito não só à possibilidade de acesso a uma forma de processamento de demandas, mas também, e de forma mais importante, à uma solução tempestiva, eficiente e justa para cada caso.

Neste contexto, os métodos adequados de solução de controvérsias, considerando as peculiaridades que cada um possui, passaram a ser considerados como capazes de solucionar litígios de forma devida, não restando apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de conceder acesso à justiça. Aliás, como se observou, em âmbito mundial, o Poder Judiciário sofre de uma incapacidade de devolver à sociedade respostas justas e eficientes às ações que lhe são submetidas. Isso ocorre em razão do aumentado número de controvérsias que chegam para ser solucionadas e que são caracterizadas cada vez mais por especificidades que exigem a adequação do método para a solução de cada tipo de causa.

Dentro disso, verificou-se que a arbitragem é adequada para determinados tipos de demanda e que, em casos específicos, e dadas as particularidades do litígio, o seu uso é importante para que seja acessada a justiça da forma devida, entregando às partes uma decisão justa, tempestiva e efetiva.

Foi observada também, pelo presente estudo, a possibilidade de afastamento da convenção de arbitragem por ausência de condições financeiras das partes. Nesse tipo de situação, o que se observa é um conflito entre os princípios de acesso

à justiça e da autonomia privada das partes, que convencionaram pelo uso da arbitragem para solução de eventual demanda surgida no contexto da relação jurídica estabelecida.

Em análise a esse tipo de situação, verificou-se a necessidade de observação do julgador na aplicação do princípio prevalente, pautado pelo cuidado de intervir da forma devida e somente quando estritamente necessário, naquilo que, por livre vontade, foi determinado pelas partes, acurando-se em observar todos os fatores, inclusive econômicos, que podem impactar na alteração daquilo que fora contratado pelas partes.

Neste contexto, sugere-se que seja adotado o modelo complexo ou sistêmico de contratos, o qual propõe a integração dos vários sistemas e questões que se conflitam e envolvem uma relação contratual. Nesse modelo, há a possibilidade de mitigação do *pacta sunt servanda*, permitindo uma intervenção pelo julgador, desde que de forma racional e sistêmica, observando-se os diversos aspectos envolvidos na relação, prevenindo-se um resultado prejudicial às partes e à sociedade.

Por meio da aplicação desse modelo complexo, considerando a natureza contratual da convenção de arbitragem, observou-se ser possível a alteração ou o afastamento casuístico, ou seja, apenas temporário, da cláusula ou compromisso. Essa situação deve ser vista como uma exceção aplicável aos raros casos em que a parte conseguir cabalmente demonstrar sua incapacidade financeira⁶³, dependendo de prova incontroversa dessa circunstância. Essa possibilidade tem o condão de permitir que a parte, inserida em casos extremos de impecuniosidade, possa acessar a justiça, de algum modo, ainda que não da melhor forma, seja por meio da mudança do estabelecido na convenção, que permita o uso da arbitragem de maneira diversa da pactuada, seja por meio do acesso ao Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, o financiamento por terceiros na arbitragem poderia ser considerado com uma forma de conferir à parte, impedida financeiramente de arcar com as despesas para processamento de uma demanda pela via arbitral, condições de acessar adequadamente a justiça, vez que o meio pactuado certamente será o mais eficiente para tanto.

Assim, pode-se extrair que o financiamento por terceiros na arbitragem seria uma forma de conferir à parte a possibilidade de acessar adequadamente a justiça,

⁶³ Incluindo a impossibilidade de realizar empréstimos ou financiar a demanda.

nos moldes em que essa é abordada na atualidade, tendo em vista que esse tipo de negócio permite que aquele que não possui condições financeiras processe a demanda pela via da arbitragem.

O financiamento por terceiros, como visto, diz respeito a um contrato atípico de investimentos que não deve ser confundido com nenhum outro contrato típico existente na legislação brasileira. Em termos gerais, trata-se de um tipo de investimento em que o financiador custeia uma demanda recebendo, caso a parte financiada seja exitosa, uma fração do valor a ser por esta recebido. Ressalte-se que, caso a parte não ganhe a causa, não terá o dever de ressarcir o financiador.

Sobre o TPF, verificou-se que, no ordenamento pátrio, não existem impedimentos para seu uso, não devendo esse tipo de negócio ser confundido com uma atividade tipicamente financeira. Neste contexto, a princípio, qualquer pessoa capaz de contratar teria permissão para financiar e ser financiado. Ressalte-se que, a depender da forma de exercício da atividade de investimento pelo financiador, esse terá que se constituir como instituição financeira, nos moldes legalmente estabelecidos.

Ainda, o presente trabalho se propôs a analisar os principais temas controversos e sensíveis que envolvem o financiamento por terceiros na arbitragem. Neste contexto, foram observados os pontos referentes à confidencialidade da arbitragem e do contrato de TPF, essencialmente sobre a possibilidade de responsabilização da parte pela quebra do dever de sigilo nos dois contextos. Além disso, verificou-se sobre a necessidade de revelação da parte financiada aos demais envolvidos na arbitragem sobre a existência do financiamento, bem como o impacto da existência de um financiador no dever de revelação do árbitro. Em adição, observou-se se o uso do TPF poderia incentivar uma cultura de litígios e, por fim, analisou-se os impactos econômicos e financeiros advindos do uso desse tipo de negócio.

Verificou-se, pelo presente estudo, que a existência de um financiador é de grande relevância no que tange ao dever de revelação do árbitro. Neste contexto, o financiador deve ser considerado como parte, em razão dos interesses que possui no resultado da demanda. Constatou-se a existência do dever daquele que é financiado de informar sobre a existência do financiamento, para que seja possível a adequada revelação do árbitro, bem como a isonomia de informações entre as

partes, preservando-se o bom andamento do procedimento, sua validade, bem como a validade da futura sentença arbitral.

Em relação à possível criação de uma cultura de litígio advinda do uso do TPF, observou-se que esse entendimento não deve prosperar, considerando que os financiadores, por óbvio, antes de investir no processamento da demanda, verificam a probabilidade de êxito da causa. Assim, apenas aquelas partes que possuem boas chances de êxito são financiadas, afastando-se o uso do TPF com a finalidade de propor demandas frívolas e descabidas.

Por fim, em relação ao impacto econômico e financeiro advindo do uso da arbitragem e do TPF como seu garantidor, percebeu-se que há impacto econômico e financeiro positivo na relação estabelecida em razão da redução dos custos de transação. O que se tem é que, com o uso da arbitragem, meio célere e eficaz de solução de controvérsias, os agentes oportunistas são desestimulados a descumprir os contratos, vez que sabem que referido ato será punido de forma rápida e eficiente, tornando o cenário pouco favorável ao inadimplemento de suas obrigações.

Por todo exposto, foi possível observar que o financiamento por terceiros na arbitragem é um instrumento capaz de garantir o acesso à justiça. Entretanto, é de suma importância, essencialmente por ser esse um negócio novo em âmbito nacional, que os envolvidos nessa relação (como as partes, os financiadores, as câmaras e os árbitros) se portem com zelo e cautela, com a finalidade de garantir o bom uso desse tipo de negócio, bem como para preservar a validade do procedimento e futura sentença arbitral.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Sílvia Tamberi. **Escolha racional da Arbitragem**: motivações jurídicas e econômicas. Belo Horizonte: Initia Via, 2013.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AZEVEDO, André Gomma. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACELO, Joice. Arbitragem desperta interesse de fundos. **Valor Econômico**, São Paulo, 04 Nov. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4299574/arbitragem-desperta-interesse-de-fundos>>. Acesso em: 02 Maio 2017.

BACELO, Joice. Valores de disputas arbitrais no país dobram e chegam a R\$24 bi. **Valor Econômico**, São Paulo, 15 Maio 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4967860/valores-de-disputas-arbitrais-no-pais-dobram-e-chegam-r-24-bi>>. Acesso em: 29 Maio 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. **ASA Bulletin, Kluwer Law International**, v. 29, n. 3, p. 607- 615, 2011.

BONIFÁCIO, Ivan Gomes; SCHULZE, Jair Clênio. A contribuição fiscal do Poder Judiciário. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIX, n. 65, p. 7-14, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1999/1930>>. Acesso em: 04 Set. 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Orgs.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 131-146.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. Código Comercial (1850). Código Comercial. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 353-378.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 22.626, de 7 abril de 1933. Dispõe sobre juros nos contratos e dá outras providências. **CLBR**, Rio de Janeiro, 07 Abr. 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 Maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 31 Jan. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 Set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 30 Maio 2017.

CAMARGO CONCEIÇÃO, Octávio Augusto. **Instituições, crescimento e mudanças na ótica institucionalista**. 2001. 228f. Tese (Doutorado) - Fundação de Estatística Siegfried Emanuel Heuser, Porto Alegre, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. 2015. 2018 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAVANI, Renzo. "Decisão Justa": Mero Slogan? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 119-155, 2014.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. 2012. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acesso em: 02 Maio 2017.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional – o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 138, p. 79-91, jun. 2006.

CREMADES, Bernardo M. Third Party Funding in International Arbitration. **Buenos Aires Arbitration Review**, edición n. 1, p. 4-8, Abr. 2013. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/638100_9f265e9b054c409eb1bf2c84517040c5.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

CREMADES, Bernardo. M. Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration. In: FERNANDÉZ-BALLESTERO, Miguel Ángel; ARIAS, David. (EE.) **Spain Arbitration Review**. Madrid: Wolters Kluwer, 2012. Cap. 13, p. 155-187.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 98, 1998.

DIMAS, Isabel Cristina Dórdio; LOURENÇO, Paulo Renato; MIGUEZ, José. (Re)Pensar os conflitos intragrupais: desempenho e níveis de desenvolvimento. **Psicologia**, Lisboa, v. 21, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492007000200011>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. Parte especial: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Érico Esteves; MENDES, Flávio Pedroso. A ciência da guerra: epistemologia e progresso nos estudos estratégicos. **Revista Brasileira de Estudos de Defesa**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 129-150, jul./dez. 2015.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O Princípio da Autonomia Privada e a Função Social da Empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves; SÁ, Maria de Fátima Freire. (Coord.). **Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 495-524.

FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. et al. (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Cap. 2, p. 620-639.

FIUZA, César Augusto. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GABARDO, Rodrigo Araujo. **A insuficiência de recursos financeiros na instauração da Arbitragem Comercial**: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GAILLARD, Emmanuel. Impecuniosity of parties and its effects on Arbitration. A French View. LABES, Hubertus W. (Org.) **Financial capacity of the parties: a condition for the validity of arbitration agreements?** Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. Cap. 4, p. 67-96.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Lei n. 9.307/96: Natureza, historicidade e constitucionalidade da Arbitragem no Brasil. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 1-28.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/6/12>>. Acesso em: 04 set. 2017.

GENY, F. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Sirey. 1913. 4 v.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no Direito Tributário Brasileiro: Possibilidade e Procedimentos**. 2017. 390 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. **Arbitragem em contratos: análise econômica**. 2010. 90 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010.

HANOTIAU, Bernard. **Arbitration in banking and financial matters**. ASA Swiss Arbitration Association Conference in Geneva of January 31, 2003: presentation. Edited by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Viviane Frossard. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 2003.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third party funding* ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 75, n. 3-4, p. 573-624, jul./dez. 2015.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION.

Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice Rules and Guidelines>. Acesso em: 01 Abr. 2017.

KUPFER, David. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

- LAKATOS, Imre. History of science and its rational reconstructions. In: HACKING, I. (Org.) **Scientific revolutions**. Hong-Kong: Oxford University, 1983.
- LANDI, Niccolò. Chapter II: The Arbitrator and The Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview. In: KLAUSEGGER, Christian. et al. (EE.). **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Manz'sche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2012. p. 85-104.
- LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.
- LEVY, Daniel de Andrade. A Arbitragem e o Albatroz: em busca do “pragmatismo arbitral”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 12, n. 45, jan./mar. 2015.
- LEVY, Daniel de Andrade. Anotações sobre a Arbitragem em matéria de propriedade intelectual. **Revista Brasileira de Arbitragem** – edição especial Arbitragem e Mediação em matéria de propriedade intelectual. Curitiba: Síntese, 2014. p. 207-228.
- LÉVY, Laurent; REGIS, Bernard. Third Party Funding. Disclosure, joinder and impact on international procedures. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. **Third-party funding in international arbitration**. Paris: Dossiers – ICC, 2013. Cap. 7, p. 78-94.
- LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RENNÓ, Leandro. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção Arbitral no Direito Brasileiro. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 209-240.
- MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral: aspectos controversos e regramento dogmático**. 2004. 292 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Convenção de Arbitragem**. 2000. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.
- MATUMOTO, Fernanda Garcia Velasquez. O acesso à justiça à luz da teoria crítica do direito. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Paraná, v. 6, p. 161-170, jul./dez. 2003.
- MONNET, Jean. **Memórias: a construção da unidade europeia**. Tradução de Ana Maria Falcão. Brasília: EdUnB, 1986.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOORE, Christopher W. **O Processo de mediação**. Estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem como meio de solução de controvérsias nas Joint Ventures. **Revista de Arbitragem** - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012.

MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. A exoneração da responsabilidade civil dos contratantes na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial** – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, São Paulo, ano II, n. 3, jan./jun. 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

NOGUEIRA, Sabrina Colares. Aplicabilidade da Arbitragem aos contratos de parceria público-privada. **Revista de Arbitragem** - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012.

NUNES, Thiago Marinho. Reflexões sobre a internacionalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). **Revista de Arbitragem** - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, número especial: Arbitragem – Questões Polêmicas, jul./dez. 2012. Cap. 8, p. 243-274.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. As instituições financeiras no Direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 11, n. 1, jan./mar. 1999. p. 15-28.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 Abr. 2017.

RANZOLIN, Ricardo. O procedimento arbitral. In: MOTTA JR., Aldemar. et al. **Manual de Arbitragem para advogados**. Brasília: CFOAB/CACB, 2015. p. 96-108.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. In: MOTTA JR., Aldemar. et al. **Manual de Arbitragem para advogados**. Brasília: CFOAB/CACB, 2015. p. 10-17.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 3, p. 49-62.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: 12 Jul. 2016.

SCHANER, Lawrence S.; APPLEMAN, Thomas G. The Rise Of 3rd-Party Litigation Funding. **Law 360**, Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.law360.com/articles/218954/the-rise-of-3rd-party-litigation-funding>>. Acesso em: 10 Abr. 2017.

SHANNON, Victoria. Recents developments in Third-Party Funding. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 30, n. 1, p. 443-452, 2013.

SHANNON, Victoria; NIEUWVELD, Lisa Bench. Third-Party Funding no Reino Unido. **Third-Party Funding em Arbitragem Internacional**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Direito Internacional, p. 95-116, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 13-25, 2014.

SILVEIRA, Fernando Land da. A metodologia dos programas de pesquisa: a epistemologia de Imre Lakatos. **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 13, n. 3, 1996.

SILVEIRA, Newton; TRIGUEIROS, Eduardo Dietrich. Confidencialidade e especialização na solução de conflitos envolvendo propriedade intelectual: campo da arbitragem. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 121-128.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública**. 2008, 123 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SOARES, Pedro Silveira Campos; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e custos de transação dos contratos complexos. In: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). **Revista de Arbitragem** - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, número especial: Arbitragem – Questões Polêmicas, jul./dez. 2012. Cap. 1, p. 19-32.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. São Paulo: Forense, 2009. v.

2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juízo arbitral e a ação de nulidade. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 67-90.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. V. 2. (Coleção Direito Civil)

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Aplicabilidade da Arbitragem na resolução de conflitos societários no âmbito da sociedade limitada. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 129-155.

VILLELA, João Baptista. **Direito, coerção e responsabilidade**: por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

VIVEIROS, Leonardo. **Entrevista**: Leonardo Viveiros. (S.I.): INOVARB, 2017. Entrevista concedida à INOVARB – Novas perspectivas sobre a prática de Arbitragem. Disponível em: <<http://estatico.amcham.com.br/emkt/2017/files/entrevista-inovarb-amcham.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, v. 49, ano 13, abr./jun. 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Cap. 3, p. 87-94.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). **Direito & Economia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1–15.