



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

CARLOS PICCHI NETO

**O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL:
UMA FORMA DE VIABILIZAR A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA**

Londrina
2017

CARLOS PICCHI NETO

**O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL:
UMA FORMA DE VIABILIZAR A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz.

Londrina
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

PICCHI NETO, CARLOS.

O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL: uma forma de viabilizar a solução dos conflitos na ordem econômica globalizada / CARLOS PICCHI NETO. - Londrina, 2017.
114 f.

Orientador: TANIA LOBO MUNIZ.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Ordem Econômica Globalizada. Desterritorialização do Estado. Arbitragem Comercial Internacional. Custos da Arbitragem. Financiamento de Terceiros. - Tese. I. LOBO MUNIZ, TANIA. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CARLOS PICCHI NETO

**O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL:
UMA FORMA DE VIABILIZAR A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA
ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Priscila Machado Martins
Universidad Central de Chile - UCEN

Londrina, 30 de setembro de 2017.

Aos meus pais, que nunca saíram do meu lado e que me ensinam, todos os dias, a ser alguém melhor. E a Deus, que tudo provém.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por ser o início e a razão de tudo que chamo de vida.

Aos meus pais, maiores exemplos de caráter, honestidade e perseverança, pelo amor e apoio incondicionais sem os quais não teria chegado até aqui. A eles eu dedico não só esse trabalho, mas todas as vitórias em minha vida, as passadas e as que não de vir. Obrigado por nunca medirem esforços para me verem feliz, saudável e realizado.

Aos meus avós que são motivo de verdadeiro orgulho em minha vida, exemplos de perseverança, força e dignidade. Serei eternamente grato pela oportunidade de crescer na presença deles e compartilhar, diariamente, suas sabedorias.

Gostaria de agradecer a minha orientadora não só pela orientação deste trabalho, mas pelos ensinamentos de vida, conselhos, paciência e cuja amizade pretendo guardar.

Aos professores e colegas que me proporcionaram um crescimento significativo para os meus sonhos, compartilharam ensinamentos, trabalhos, estudos, viagens, e momentos de alegria e comemorações, cuja memória, carinho e consideração levarei por toda a vida.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à Universidade Estadual de Londrina e a todos os servidores que ali trabalham, pois desde a graduação contribuem com a minha formação.

Não te mandei eu? Esforça-te e tem bom animo; não pases, nem te espantes, porque o Senhor, teu Deus, é contigo, por onde quer que andares.

Josué 1:9

Peçam e vocês receberão; procurem e vocês acharão; batam, e a porta será aberta para vocês. Porque todos aqueles que pedem recebem; aqueles que procuram acham; e a porta será aberta para quem bate.

Mateus 7:7-8

PICCHI NETO, Carlos. **O financiamento de terceiros na arbitragem internacional**: uma forma de viabilizar a solução dos conflitos na ordem econômica globalizada. 2017. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

RESUMO

O estudo busca através da exposição de como o fenômeno da globalização contribuiu para evolução do comércio internacional e da demonstração sobre a incapacidade dos Estados solucionarem os crescentes conflitos decorrentes de atividades que extrapolam os seus limites territoriais, apresentar a necessidade cada vez maior de um meio apto a solucionar os conflitos nesta órbita, daí falar-se da utilização do instituto da arbitragem. Após a análise das proficuidades da arbitragem e da conclusão de que trata-se de um mecanismo adequado para solucionar os conflitos internacionais, propõe-se, então, denunciar os elevados custos que envolvem o procedimento arbitral, colocando-se em análise a tensão entre a falta de recursos para custear a arbitragem e a economicidade dos custos de transação da arbitragem, em suma, o conflito envolvendo o acesso à via arbitral a fim de apresentar uma solução para o embato – o financiamento de terceiros na arbitragem internacional. É identificado como problema principal a possibilidade de terceiros, externos ao conflito, suportarem as despesas do procedimento no lugar de uma das partes, como meio de viabilizar o procedimento arbitral, bem como os possíveis impactos e consequências desta prática. Para essa discussão, invocam-se referências às diretrizes para esse segmento da atividade arbitral propostas por entidades como a International Chamber of Commerce (ICC), sem perder de vista, também, diretrizes internacionais, como a Lei Modelo da Uncitral e a Convenção de Nova Iorque, para compreender como a arbitragem, em especial a internacional, se insere no contexto de superação do déficit jurisdicional encampado pela globalização e pelas atividades transnacionais, com foco no fortalecimento desse método alternativo para solução de litígios. Adotando a abertura metodológica e fixando como base o método hipotético-dedutivo baseado em pesquisa de revisão bibliográfica, busca-se na doutrina nacional e internacional, bem como no estudo de legislações e, sobretudo, no regulamento de instituições arbitrais de maior destaque no cenário internacional, a compreensão dos contornos atuais da relação dos financiadores de procedimentos arbitrais, a sua estrutura e os motivos da sua importância para permitir a disseminação do instituto da arbitragem, colocando em evidência que a alternativa vem a contribuir com o interesse econômico das partes que muitas vezes não poderiam custear o procedimento ou teriam seu fluxo de caixa prejudicado. Por fim, é constatado que ainda são frágeis as regulamentações a respeito do financiamento de terceiros, desse modo, a conclusão principal extraída da pesquisa desenvolvida diz respeito à necessidade de serem cunhadas regras adequadas a disciplinar o instituto.

Palavras-chave: Ordem Econômica Globalizada. Desterritorialização do Estado. Arbitragem Comercial Internacional. Custos da Arbitragem. Financiamento de Terceiros.

PICCHI NETO, Carlos. **Third-party funding in international arbitration: a way to enable the solution of conflicts in globalized economic order.** 2017. 114 p. Dissertation (Master's Degree in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

ABSTRACT

Through the exposition of how the phenomenon of globalization has contributed to the evolution of international trade and the demonstration of the incapacity of States to solve the growing conflicts arising from activities that go beyond their territorial limits, this study seeks to present the growing need for a mechanism able to solve the conflicts in this orbit, hence talking about the use of the arbitration. After the analysis of the proficiencies of the arbitration and the conclusion that it is an adequate mechanism to solve the international conflicts, it is proposed to denounce the high costs involved in the arbitration procedure, analyzing the tension between the lack of resources to fund arbitrage and the arbitration transaction costs, in brief, the conflict involving access to the arbitration channel in order to provide a solution to the problem - third-party funding in international arbitration. The main problem is identified as the possibility of third parties, external to the conflict, to bear the costs of the procedure in place of one of the parties, as a mean of facilitating the arbitration procedure, as well as the possible impacts and consequences of this practice. For this discussion, the author makes references to the guidelines for this segment of the arbitration activity proposed by entities such as the ICC - International Chamber of Commerce, without losing sight of international guidelines such as the Uncitral Model Law and the New York Convention, to understand how arbitration, especially international, is part of the overcoming of the jurisdictional deficit dominated by globalization and transnational activities, with a focus on strengthening this alternative method of dispute resolution. Adopting the methodological opening and setting as base the hypothetical-deductive method based on bibliographical review, the author searches in the national and international doctrine, as well as in the study of laws and, especially, in the regulation of arbitration institutions of greater international prominence, the understanding of the current contours of the relationship of the third part funding phenomena, its structure and the reasons for its importance to allow the dissemination of the arbitration institute, highlighting that the alternative comes to contribute to the economic interest of the parties that often could not afford the procedure or would have their cash flow impaired. Finally, it is noted that the regulations regarding the financing of third parties are still fragile, so the main conclusion drawn from the research developed concerns the need to have adequate rules in place to discipline the institute.

Keywords: Globalized Economic Order. State deterritorialization. International Commercial Arbitration. Costs of Arbitration. Third Party Funding.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO DE DESTERRITORIALIZAÇÃO DO ESTADO E A INADEQUAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS	15
2.1	A GLOBALIZAÇÃO, A ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL E A REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO MUNDIAL	15
2.2	A DESTERRITORIALIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL.....	23
2.3	A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DE JURISDIÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA.....	29
2.4	A <i>LEX MERCATORIA</i> COMO RESPOSTA À NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA	35
3	A ARBITRAGEM ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	44
3.1	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O USO DA ARBITRAGEM NO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	44
3.2	COMPREENSÃO SOBRE A DINÂMICA DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM.....	51
3.3	AS PARTICULARIDADES DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUAS PROFICUIDADES	59
3.4	A ECONOMICIDADE COMO IMPORTANTE FATOR DE DESTAQUE DA ARBITRAGEM.....	67
4	A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À ARBITRAGEM E O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS	72
4.1	O ÓBICE DOS CUSTOS PARA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A NECESSIDADE DE VIABILIZAÇÃO DO ACESSO AO PROCEDIMENTO.....	72
4.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O MECANISMO DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS	80
4.3	CONFLITOS ÉTICOS E DE INTERESSE DECORRENTES DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS.....	88
4.4	O ATUAL ESTÁGIO DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS E AS PERSPECTIVAS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO	95

CONCLUSÃO104

REFERÊNCIAS.....107

1 INTRODUÇÃO

O Estado Moderno deixou como inegável legado a soberania estatal, com a consequente delimitação de fronteiras e a demarcação de territórios, os quais se encontrariam submetidos à autoridade do respectivo Estado-nação. Tem-se, assim, a ideia de territorialização, que, por muito tempo, teve acentuada vigência, mas que perde forças a cada dia com o advento do fenômeno da Globalização.

O modelo de organização que predominou nos últimos séculos tem seu principal fundamento na ideia de soberania e Estados soberanos. Este elemento sempre se apresentou como um instrumento de legitimação de poder, de sorte que seu significado continuamente esteve no centro do debate político, sofrendo variações ao longo do tempo.

Como é sabido, as regras precípua do modelo de Estado soberano repousam notadamente nos tratados da Paz de Westfália, uma série de convenções que encerraram a Guerra dos Trinta Anos, no Século XVII. Com o passar dos tempos, firmou-se a noção de Estado Moderno como um ordem jurídica impessoal, delimitando uma estrutura de autoridade que especifica a forma de controle e gestão sobre dada comunidade.

A partir do movimento constitucionalista, foram surgindo variados modelos de Estado em superação ao típico Estado Absolutista, que irrompeu com a Idade Moderna. O chamado Estado Liberal, neste sentido, origina-se a partir da crise do Estado Absolutista e da necessidade de desprendimento de seus princípios, que tolhiam a liberdade do indivíduo e das instituições.

A igualdade formal, importante bandeira defendida pelo liberalismo, acabou por ocasionar graves injustiças sociais, fazendo surgir a necessidade de mecanismos corretivos para situações de flagrante desigualdade. É a partir deste contexto que surge o Estado Social, que, por sua vez, não deu conta de realizar as inúmeras promessas que carregava em seu âmago.

Após a Segunda Guerra Mundial, assim, iniciou-se movimento de tomada de consciência da falência dos modelos de Estado que até então vigoraram. É a partir daí que se origina o *neoconstitucionalismo*¹ e o paradigma do Estado Democrático

¹“O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva. [...] Essa versão de

de Direito.

O modelo de Estado contemporâneo vigente, em especial no Ocidente, como se dá no Brasil, é o Estado Democrático de Direito, que se estrutura sobre dois princípios basilares: o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Limita-se o poder por intermédio de leis, de acordo com a Constituição, ao mesmo tempo em que se reconhece o direito humano universal de viver dignamente, em uma sociedade plural, em que são vedadas quaisquer formas de discriminação, de modo que todos os grupos sociais, ainda que minoritários, possam concorrer efetivamente para a formação da vontade política do Estado.

Um dos valores em que se baseia o paradigma de Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, colocando o indivíduo como cerne dos ordenamentos jurídicos: o ser humano é dotado de dignidade, independentemente de quaisquer características, como nacionalidade, religião, raça, condição social ou outra.

Os Estados passam, então, a se unir em prol da realização deste princípio-valor básico e universal, especialmente com a criação das Nações Unidas. Cada vez mais são cunhados tratados e convenções congregando Estados em ordem a obter a mais plena tutela da dignidade, confirmando a prevalência dos direitos humanos como mote da ordem internacional, podendo-se falar em verdadeira “comunidade internacional”.

Paralelamente a isso, o fenômeno da Globalização auxilia na desconstrução, ou relativização, dos conceitos de *território* e *soberania* em suas acepções tradicionais: não obstante permanecerem como componentes característicos do Estado, é perceptível a variação na análise destes elementos, que foram redimensionados com o passar dos tempos.

É certo que a Globalização, também chamada de terceira revolução tecnológica, é algo que já vem ocorrendo ao longo dos anos e que, por certo, continuará sendo inevitável na vida dos indivíduos, Estados e instituições. A nova configuração exigida para a sobrevivência dos Estados na ordem mundial impõe a participação neste fenômeno, que auxilia na reconfiguração da territorialização dos Estados.

constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre direito e moral. A Constituição tomada como norma abarca um plexo imenso de valores, sendo referências para a solução de problemas em várias áreas” (SANTOS, 2006, p. 172).

A globalização, como é sabido, coloca-se como um fenômeno presente que não se pode ocultar. Nesse processo em curso que visa à economia mundial, o mercado se propaga rompendo com os óbices antigos do espaço e do tempo de modo a possibilitar a transposição das fronteiras territoriais do Estado-nação, o qual sucumbe à atividade empresarial que age ao amparo das novas tecnologias e passam a ditar as regras dessa economia construída sob a forma de aldeia global. Globalização, portanto, vem a ser um termo que designa o fim das economias nacionais e a integração dos mercados. Com o avanço deste processo, alguns elementos dos Estados perdem a sua conotação tradicional para serem considerados em uma nova dimensão, como, por exemplo, a noção de soberania e também de *jurisdição*.

A partir da segunda metade do século XX, o processo de circulação transfronteiriça de riquezas intensificou o desmantelamento do Estado nacional, que antes era dotado de plena soberania interna. Há o que se pode designar por uma desterritorialização da produção e do consumo, da atividade empresarial e do mercado.

Ocorre, então, uma intensificação das relações comerciais internacionais e ampliação da interdependência dos Estados. Esse quadro levou a uma limitação da autonomia estatal, que já não atua livremente, em razão das condicionantes decorrentes das obrigações assumidas no âmbito internacional, o que gera a relativização do termo soberania.

Compreender a nova ordem internacional, caracterizada pelo incremento das relações internacionais, é necessário para se demonstrar o aumento dos litígios transnacionais e a necessidade cada vez maior de se estabelecer um sistema que garanta a solução dos conflitos desta natureza, haja vista que o desenvolvimento do comércio internacional demanda, inevitavelmente, que seja conferida segurança jurídica aos negócios.

Portanto, enquanto a globalização dos mercados exige a prática de atos jurídicos em territórios abrangidos por mais de uma jurisdição, a soberania dos Estados no exercício da jurisdição em seu território não é mais suficiente para amparar os novos paradigmas da circulação de riquezas e a interação com outros ordenamentos jurídicos torna-se essencial.

Como forma de superar os entraves, por meio dos comerciantes renasce uma forma comum e histórica de regulamentar suas relações, conhecida por *lex*

mercatoria e, representada, em essência, pela consolidação das práticas comerciais, estabelece-se à margem dos Estados um conjunto de diretrizes capazes de atender a dinâmica dos negócios internacionais, que encontram, na arbitragem, o terreno fértil para fazer valer suas diretivas e solucionar eventuais desavenças.

Partindo dessas premissas inaugurais, o presente trabalho, resultado de pesquisas realizadas no âmbito do programa de mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, tem por fito examinar a arbitragem comercial internacional e o financiamento por terceiros como forma de suprir o vazio jurisdicional internacional. O recorte metodológico proposto é, então, estudar a arbitragem neste campo específico, qual seja, do comércio internacional. Inclui-se na proposta, ainda, o exame do financiamento por terceiros, prática que já vem se verificando na atualidade, partindo de pesquisa bibliográfica, assim como de dados empíricos coletados por órgãos oficiais.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, analisa a globalização como fenômeno de desterritorialização do Estado e a inadequação da Jurisdição Estatal para solução dos conflitos de âmbito internacional. Examina, então, a atividade empresarial transnacional, como cerne do movimento globalizante, assim como a desterritorialização da soberania estatal, para, então, analisar a Jurisdição na ordem econômica globalizada e o desenvolvimento do comércio internacional, que requer, inegavelmente, segurança jurídica para se desenvolver.

No segundo capítulo, ingressa no estudo da arbitragem enquanto mecanismo de acesso à justiça adequado à solução de conflitos no comércio internacional. Apresenta resumo histórico sobre o uso deste método extrajudicial de resolução de disputas, assim como discorre sobre a dinâmica do instituto, suas particularidades e proficuidades, com especial enfoque para a economicidade.

O terceiro e último capítulo, ponto crucial do presente estudo, realiza exame sobre a relevância do financiamento de terceiros para se obter acesso à via arbitral. Observa o famigerado óbice relativo aos custos para a instauração da arbitragem internacional e a necessidade de viabilização do acesso a esta forma de procedimento. Traça considerações sobre o mecanismo de financiamento de terceiros, aportando noções sobre possíveis conflitos éticos e de interesse decorrentes desta forma de financiamento. Ao final, deságua no atual estágio do financiamento de terceiros e as perspectivas para o seu desenvolvimento, para,

enfim, serem apresentadas conclusões extraídas ao longo do estudo ora desenvolvido.

2 A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO DE DESTERRITORIALIZAÇÃO DO ESTADO E A INADEQUAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS

A arbitragem emerge como mecanismo adequado para solução de conflitos decorrentes das atividades comerciais internacionais por ser capaz de atender às expectativas e peculiaridades dessas relações, bem como aplicar a *lex mercatoria*, conjunto de regramentos desenvolvidos pelos comerciantes na busca pela segurança jurídica e como alternativa à crescente desterritorialização do Estado e sua hipossuficiência para atender as necessidades provenientes da intensificação do comércio internacional, fruto da globalização.

Partindo destas premissas, neste capítulo são feitas considerações preliminares sobre a nova ordem internacional caracterizada pelo incremento das relações internacionais, pressuposto necessário para se demonstrar o aumento dos litígios transnacionais e a necessidade, cada vez maior, de se estabelecer um sistema que garanta a solução dos conflitos desta natureza.

Após, verifica-se que o exercício da jurisdição, adstrita ao território estatal, não é mais suficiente para amparar os novos paradigmas da circulação de riquezas e que a interação com outros ordenamentos jurídicos se torna, por assim dizer, essencial. Por conseguinte, analisa-se, especificamente, a jurisdição na ordem econômica globalizada para, a partir de então, ser possível abordar a necessidade de segurança para o desenvolvimento do comércio internacional e apresentar a *lex mercatoria* como alternativa elaborada pelos próprios comerciantes.

2.1 A GLOBALIZAÇÃO, A ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL E A REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO MUNDIAL

A globalização é um fenômeno multifacetado com repercussão nos estudos de inúmeras áreas do conhecimento. Cada esfera do saber, no intuito de compreendê-la e explicá-la, realiza uma abordagem diferente na busca de suas causas, propósitos, origens e consequências, o que produz análises e conclusões diferentes, impossibilitando uma leitura unânime e unidirecional sobre o fenômeno.²

²Para um estudo sobre as demais faces da globalização, ver: BARRETTO, Vicente de Paula. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: TRINDADE, Augusto Cançado;

Contudo, em que pese não seja possível determinar uma explicação que atenda a todas as facetas da globalização³, impossibilitando conceituá-la de uma maneira que se estabeleça uma unidade de pensamento diante da pluralidade de modos de realizar a sua abordagem, fato é que se trata de fenômeno atual e presente na sociedade.

Diante dos múltiplos elos que compõem o processo globalizante, não é possível fixar uma origem única e nem estabelecer uma lógica linear que exponha todas as suas variáveis; por outro lado, para os fins deste estudo, é suficiente dar ênfase aos argumentos das ciências econômicas, importando em uma análise do âmbito do mercado que é um dos principais motivadores do processo globalizante.⁴

Dado esse parâmetro, a exposição fica restrita às questões de ordem jurídica decorrentes da atividade empresarial. Isso porque as relações da atividade empresarial possuem conotação econômica e engendram os interesses do mercado, o que, por sua vez, acarreta reflexos na ordem jurídica.⁵⁻⁶

Cabe, então, identificar os principais fatores que constituem e dão azo ao processo globalizante, o qual projeta, por meio da economia, influências na soberania do Estado e consequências do desenvolvimento comercial, sem, contudo, ter a intenção de precisar a linearidade dos fatos históricos sob o rigor de nexos da causalidade. Com efeito, o termo globalização é delimitado ao âmbito da atividade empresarial, uma vez que ganha relevância em face do “[...] paradigma que o direito enfrenta no contexto globalização, pois tem força de debilitar o grau de territorialidade das economias nacionais, tornando-as parte de um cenário mais amplo daquele controlado pelos limites da jurisdição local” (FERREIRA NETTO, 2007).

PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.941-960.

³ Na tentativa de definir globalização, Paula Christine Schlee (2004, p.55), afirma ser “o conjunto de transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, em curso, ocasionado e facilitado pelo surgimento e desenvolvimento das tecnologias de informação e da desregulamentação dos mercados mundiais de capitais, que resultam na interligação profunda desses mesmos mercados, com reflexos nos mercados mundiais de bens e serviços e ocasionando uma nova divisão internacional do trabalho”.

⁴ Para Jayme de Mariz Maia (2007, p. 273), “[...] a globalização é a unificação do mercado em escala mundial”.

⁵ Com efeito, GODOY (2014, p.134) complementa que “[...] a globalização é metáfora que exprime condição econômica e cultural, com fortíssimos reflexos no direito brasileiro”.

⁶ Determinar para o cenário global uma causa e uma consequência da globalização não é tarefa que pode ser cumprida satisfatoriamente uma vez que o mundo não para de se interligar. Ademais, não é possível precisar sua origem, pois remonta as mais antigas relações humanas; porém, é certo que teve início antes mesmo dos escambos entre os feudos (FERREIRA NETTO, 2007). No entanto, é imperioso destacar alguns fatos recentes que contribuíram para intensificar o fenômeno econômico.

A globalização, em si própria, não pode ser considerada como um fenômeno do mundo jurídico; no entanto, não significa que não traga implicações que interessem ao ambiente jurídico, afinal, tudo aquilo que é suscetível de apreciação econômica ou possui conotação econômica interessa ao Direito (CRETELLA NETO, 2006, p. 88).

Em razão da inexatidão do significado de globalização, mas almejando uma compreensão de como considerá-la, é possível sintetizar seus aspectos mais notáveis para lançar mão de uma definição, a seguir apresentada:

[...] considerando-a um processo de estruturação ligado à circulação de pessoas, à interpenetração de culturas, ao intercâmbio de bens e serviços e à transferência de capitais, provocando a ampliação do movimento de integração dos mercados a novos domínios e a coordenação, a partir de um ou mais centros de decisão, das atividades econômicas, dos mercados e dos diversos sistemas jurídicos nacionais. (CRETELLA NETO, 2006, p. 91)

O processo de globalização encontra seu alicerce e um terreno fértil em circunstâncias que possibilitam o seu desdobramento, tais como: a integração econômica e política das nações⁷; o surgimento e fortalecimento econômico das empresas transnacionais; o avanço da tecnologia, que possibilita meios de transporte e de comunicação mais eficazes, o que diminui, subjetivamente, a distância dos polos no mundo; diminuição das barreiras nacionais para os mercados. Em apertada, porém significativa síntese, “[...] globalização é um termo que designa o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados” (FERREIRA NETTO, 2007).

Não se pode perder de vista que o fenômeno, por excelência, anda em sintonia com a internacionalização dos negócios ao longo das últimas décadas, aqui compreendido o aumento não só do comércio internacional como, também, do tráfego de capital.⁸

Como aponta Habermas (2001, p. 55), a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII na Inglaterra impulsionou em cadeia o modo de produção dos outros países. O autor classifica como motor desse desenvolvimento a introdução de

⁷ Nesse sentido, MAIA (2007, p. 275) afirma que “[...] evidentemente, a globalização fez crescer a interdependência das nações”.

⁸ “Com isso, dia-a-dia, o mundo vai se transformando num só mercado, o mercado global. Essa situação favorece as grandes empresas, porque elas têm produção em larga escala, o que reduz custos e torna-as mais competitivas” (MAIA, 2007, p.274).

métodos de produção mais eficazes que aumentam a produtividade e que economizam trabalho.

Dentro desses métodos, as empresas buscam potencializar suas vantagens por meio da redução dos custos de produção, ainda que isso implique a necessidade de estarem presentes em Estados diferentes, surgindo o paradigma da produção em rede. Ocorre, assim, “[...] uma fragmentação da produção, ou transferência de partes do processo produtivo, conforme equação favorável à diminuição de custos” (DE ALBUQUERQUE, 2006, p. 299).⁹

Esse progresso industrial, técnico e científico, fomentado pelas novas formas de energia, novas tecnologias, meios de transporte e comunicação eficientes, atravessa os séculos revolucionando a circulação econômica. A título exemplificativo, Habermas (2001, p. 55) menciona que os transportes aéreos e automobilísticos aceleraram o transporte de pessoas e bens, de modo que as distâncias são encolhidas do ponto de vista subjetivo.

Essa alteração fática é justificada, dentre outros motivos, pelo realce conquistado pela atividade empresarial no mundo contemporâneo, motivado pelo avanço tecnológico que introduziu novas práticas comerciais e pelo fenômeno da globalização, sendo estes indissociáveis (LEAL JÚNIOR, 2008). Não é demais acrescentar que a globalização é, ainda, um processo em curso de integração de mercados e economias que continuamente redesenha o plano mundial.

Deste modo, a empresa ganha destaque nos campos econômicos e jurídicos dos países espalhados pelo globo. Nesta ordem de ideias, verifica-se ter se tornado comum a transnacionalidade empresarial, já que muitas empresas com sede em um país detêm filiais em diversos outros, isso para não dizer que a produção muitas vezes é fragmentada em mais de um país (LEAL JÚNIOR, 2008). Daí dizer que a entidade de maior relevância no processo de globalização é a empresa transnacional.¹⁰⁻¹¹

⁹ O que resta bem exemplificado no trecho do relatório global seguinte: “[...] transnational corporations are frequently able to serve global markets with networks that are concentrated on a regional or subregional basis. Prominent examples include the automobili industry. Honda, Nissan and Toyota are all establishing regional networks for the production and distribution of automobiles in each of the major triad regions. Each network is linked to the parent corporation through ownership and tecnologia, and obtains materials and componentes from affiliates and non-affiliated firms outside its region.” Conforme relatório da World Investment Report. Transnational Corporations and Integrated International Production, 1993, p. 131.

¹⁰ Em que pese não seja o objetivo do trabalho discorrer sobre a distinção entre empresas internacionais, multinacionais e transnacionais, cumpre estabelecer que, na presente abordagem foi feito uso da expressão transnacional por ser, segundo Maria de Sá Ribeiro (2008, p. 465), mais

Por empresas transnacionais, consideram-se aquelas capazes de orientar as suas operações em diversas localidades do mundo; dotadas de planejamento global, investem na redução dos custos e na expansão de sua influência aos mercados potenciais consumidores. Nesse plano, atuam através de filiais e subsidiárias em um mercado mundial, portanto, suas negociações e decisões correm para além das fronteiras dos países (BAPTISTA, 1987, p.25-29).

A empresa assume, cada vez mais, o papel de protagonista e regente das diversas relações de produção e transação que se dão por meio de uma rede de relações transnacionais, cujo objetivo consiste em promover seus interesses globais, colocando, por ora, os interesses dos Estados em segundo plano.

A globalização constitui, portanto, um processo em que a compra e venda transcendem barreiras nacionais, havendo intensa circulação de mercadorias, em que as tradicionais fronteiras dos Estados perdem significado. “Enquanto a aceleração e condensação da comunicação e do tráfego faz com que as distâncias espaciais e temporais se atrofiem, a expansão dos mercados atinge as fronteiras do planeta e a exploração dos recursos, os limites da natureza” (HABERMAS, 2001, p. 72).

Há uma relativização dos conceitos de espaço, tempo e território, de modo que, em decorrência das atividades transnacionais, afirma-se que “[...] os tradicionais domínios jurídicos parecem ficar menos nítidos devido a manifesta interdependência dos fenômenos que se desenrolam e ao enfraquecimento da soberania dos Estados” (CRETILLA NETO, 2006, p. 91).

O desenvolvimento econômico e a crescente interdependência dos países são fenômenos que ocorrem simultaneamente e têm evoluído, em especial, desde que se deu início ao mundo econômico moderno no final do século XVIII. John Williamson (1998, p. 14-15) destaca que os dois períodos de prosperidade mundial ocorreram no final do século XIX e após a II Guerra Mundial, lapsos esses que fomentaram o sistema internacional e viabilizaram o crescimento de determinados países, interligando a economia mundial.

apropriada, e diz respeito à existência de uma matriz em uma nacionalidade que atua além das fronteiras estatais, inclusive, segundo aponta, essa tem sido a terminologia empregada pela ONU e pela OCDE, contudo, a posição não é livre de divergências.

¹¹ Sobre a definição de empresa transnacional, seriam aquelas: i) capazes de, por meio da sua atividade, exercer influência em diversos países; ii) constituídas em sociedades comerciais com poder decisório disperso entre suas áreas de atuação; iii) que possuem atuação no mercado estrangeiro; iv) possuem diversidade jurídica através de unidades econômicas distribuídas em diferentes nacionalidades.

Outra interessante passagem que pode ser destacada para traçar os caminhos da globalização é a ocorrência do crash da bolsa de Nova York na década de 1930 que desencadeou uma das primeiras crises econômicas de repercussão mundial (WILLIAMSON, 1988, p.14). Merece destaque, ainda, uma origem próxima do processo de globalização, identificada nos movimentos do capital que foram alterados de forma significativa desde 1973, com o choque do petróleo (1973 e 1979), períodos que mostraram a dependência dos países com esta fonte de energia, uma vez que o aumento do preço do barril refletiu nos custos de produção, inflação, endividamento e estagnação das economias (DE ALBUQUERQUE, 2006, p. 299). Ater-se ao capital e às crises é um importante norte para assimilar a magnitude da interdependência dos países em escala global.

É nesse cenário que duas perspectivas de orientação das políticas econômicas do Estado, e que muito influenciaram as atuais perspectivas do capitalismo, dos Estados e do comércio ganharam nome. Segundo José Eduardo Faria (2009, p.2), Keynes defendia uma maior intervenção do Estado na economia com o fim de assegurar o pleno emprego; ressaltando importância aos níveis de produção e ao emprego, pregava o aumento dos gastos públicos como forma de estimular as demandas privadas nas situações de recessão e advertia por políticas fiscais e monetárias que favorecessem o consumo. Para ele, os mercados não regulados tendem a ser dominados por forças especulativas que os convertem em cassinos, fugindo do controle estatal. Em síntese, o pensamento do Keynes valoriza um tipo de Estado que preza pelo planejamento, pela regulação econômica e por políticas de pleno emprego.

Contraopondo-se a este pensamento, Schumpeter defende que o Estado deveria estimular a abertura econômica, a competitividade, a inovação científica, a flexibilização organizacional; assim, enquanto Keynes caminha pelo equilíbrio e estabilidade econômica, Schumpeter dá atenção ao crescimento, acreditando que o livre jogo de mercado produziria o resultado de bem estar (FARIA, 2009, p. 2).

Destacando a recente crise econômica de 2008, José Eduardo Faria (2009, p. 3), após análise da polêmica entre os que reivindicam mais intervenção do poder público no mercado e os que defendem uma atuação limitada do Estado apenas para garantir as condições de estabilidade macroeconômicas e a livre concorrência, afirma que:

[...] num mundo de bancos privados transnacionalizados, as transferências de capital entre países escapam a todo o controle. Dessa forma, emergiu um novo sistema de decisões no plano internacional que tem como contrapartida menor liberdade de ação dos governos nacionais.

A mobilidade da circulação do capital no sistema financeiro e a atuação de empresas no âmbito transnacional conferiram um poder de fato contraposto à soberania formal do Estado-nação que ocorre, segundo Faria (2004, p. 117), em duas eras econômicas: a do pós-guerra, caracterizada pela intervenção estatal, pela regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle e gestão e por políticas públicas voltadas a assegurar igualdade; e a outra, a era da economia globalizada, onde se retomam os fluxos privados de capital, há desregulação dos mercados, uma nova divisão do trabalho e desterritorialização da produção.

Para Habermas (2001, p. 67), os problemas econômicos dos Estados de bem-estar social intensificam-se no âmbito da economia globalizada, a qual promove uma limitação da capacidade de realização estatal que não dá conta de enfrentar as consequências dali advindas, com políticas de desconstrução que danificam a coesão social e põe à prova a estabilidade democrática da sociedade; assim, define globalização como verdadeira modificação estrutural do sistema econômico mundial.

A globalização faz ruir o modelo clássico de Estado social na medida em que as políticas protecionistas e os programas estatais já não funcionam mais, o que tira forças dos Estados nacionais tradicionais (FERREIRA, 2012, p.43).

Com efeito, o fenômeno da globalização acarreta importantes rupturas de ordem institucional nas estruturas políticas e jurídicas anunciadas pelo Estado liberal do século XIX e pelo Estado social do século XX. Verifica-se uma erosão da efetividade e da autoridade do Estado e uma corrosiva deterioração da organicidade do sistema jurídico. Entre as rupturas mais importantes destacadas por José Eduardo Faria (1995, p. 260-261), apresentam-se as seguintes:

- 1) mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados [...];
- 2) desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a "deslegalização" da legislação social [...];
- 3 - internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formatizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio [...];
- 5 - desterritorialização e reorganização do espaço da produção,

mediante a substituição das plantas-industriais [...]; 6 - planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio infra e interempresas, acatando seletivamente as distintas legislações [...]; 7 expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatorid*), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais [...].

O caminhar histórico, principalmente na segunda metade do século XX, tende a demonstrar cada vez mais que o impulso da globalização com a consequente transnacionalidade da circulação de riquezas implica em novos desafios e crises para o Estado nacional, em virtude da predominância da lógica do mercado que se sobrepõe ao Estado. Com efeito, isso tem gerado um déficit democrático dos Estados-nação, uma vez que “[...] as transferências de competências de níveis nacionais para internacionais podem abrir perigoso vazios de legitimidade” (FERREIRA, 2012, p.42).

A globalização está aí, como um processo em curso desenfreado. Na mira de atingir a economia mundial, o mercado se propaga rompendo com os óbices antigos do espaço e do tempo, transpondo as fronteiras territoriais do Estado-nação, o qual sucumbe à atividade empresarial que age no amparo das novas tecnologias e passam a ditar as regras dessa “nova” economia construída sob a forma de aldeia global (DA SILVA, 20__, p. 125).

Assim, pelo exposto, não é difícil conceber que um dos fenômenos mais marcantes da vida econômica internacional contemporânea é o crescente movimento transfronteiriço de capital e de tecnologia, denominado globalização; que as crescentes transações comerciais internacionais fomentadas pelas empresas transnacionais tentam redefinir as regras de mercado em detrimento do papel do Estado, representando um horizonte ainda desconhecido para os operadores do Direito, uma vez que as consequências mais relevantes da internacionalização da economia refletem nos mais diversos sistemas jurídicos existentes em âmbito global.

A partir desta percepção, faz-se necessária a reflexão e a análise dos novos contornos da soberania dos Estados-nação para, em seguida, compreender as dinâmicas contemporâneas e o anseio de um mecanismo que, na ordem econômica globalizada, confira a segurança almejada pelo comércio no âmbito internacional.

2.2 A DESTERRITORIALIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL

Ao ser abordado o tema globalização, enfatizou-se que a partir da segunda metade do século XX o processo de circulação transfronteiriça de riquezas intensificou o dismantelamento do Estado nacional. Há uma desterritorialização da produção e do consumo, da atividade empresarial e do mercado ao longo de um sistema que se convencionou rotular globalização.

Em decorrência do poder de influência cada vez maior das empresas em nível internacional, os Estados limitados aos seus territórios perdem mando, transformando-se em meras agências de ajustamento das políticas e práticas da economia nacional às exigências estabelecidas pela economia global, ou seja, há uma sujeição da economia nacional às regras ditadas pelos entes globais (DE ALBUQUERQUE, 2006, p. 313)¹². Ocorre, então, o que José Eduardo Faria (1995) aponta como desterritorialização das decisões políticas e relativização da soberania, enfraquecendo a capacidade do Estado de criar o coordenar ações.

Para Barganha (2005, p. 137) e Ferreira (2012, p.42), que compartilham desse entendimento, o que caracteriza essa corrosiva deterioração é o crescimento capitalista marcado pelas empresas transnacionais, pela expansão do sistema financeiro e pelo mercado de capitais que estão transnacionalmente interligados com o objetivo de aumentar a eficiência econômica do sistema. Outrossim, essas autoras consideram que a ordem global tende a substituir aquela na qual prevalecia o poder hegemônico do Estado.

Em uma perspectiva cronológica, até o avançar do século XX, enquanto ganhavam fôlego os regimes autoritários e as políticas keynesianas do pós-guerra, o poder político se impunha sobre os capitais financeiros. Com a queda desses regimes e o surgimento de grandes conglomerados de empresas, a economia passou a interagir de maneira mundial; por conseguinte, as decisões econômicas se internacionalizaram – quanto maior é a desterritorialização dos mercados e a integração dos mercados financeiros em escala global maior é a internacionalização das decisões e menor é a participação dos Estados – de modo a retirar deste parte

¹² O jornal da Folha de São Paulo publicou um estudo realizado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), que aponta 29 empresas entre as 100 maiores economias do mundo, ou seja, existem empresas economicamente mais fortes do que muitos países, a consulta está disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1308200223.htm>>. Acessado em 28.04.2017.

de sua força.¹³ Com isso, surge a constatação crítica de José Eduardo Faria (2009, p. 7) do cada vez menor alcance das decisões democráticas como condição de efetivação dos valores democráticos em um momento que alcançaram um prestígio nunca antes alcançado na história.

O modelo democrático político se realiza por intermédio da participação, direta ou indireta, dos sujeitos em todos os poderes; mediante o sufrágio universal, instituições representativas da vontade popular estabelecem as diretrizes que devem ser observadas. No entanto, em razão dessa transferência de poderes, as decisões relevantes não estão mais a mando dos poderes estatais, mas, isto sim, dos poderes econômicos supranacionais do mercado - com isso, o princípio da representação popular tem sido esvaziado (ATINEZA, FERRAJOLI, 2005, p. 112-113).

E isso ocorre, como restou exposto ao serem abordadas as consequências do processo de globalização, por decorrência da internacionalização das atividades empresariais de produção e do capital, de modo que o controle desses mecanismos cada vez mais escapam da margem intervencionista de que dispõe o governo. É nesse sentir que José de Eduardo Faria (2004, p. 53) conclui que a administração e as legislações nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, pois estes tomam suas decisões de investimentos e de mercado à luz da comparação das condições relevantes de produção em escala global.¹⁴

Por conseguinte, a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica¹⁵ é posta em xeque. Não é mais o Estado que detém a competência absoluta para criar e alterar as leis¹⁶ que disciplinam o mundo empresarial: as mudanças estão

¹³ A intensificação do processo de globalização econômica por meio das relações comerciais internacionais possibilitaram uma ampliação da interdependência das relações internacionais (MANGE, 2008, p.5).

¹⁴ A atividade empresarial transcende a dimensão territorial que alcança os Estados-nação; em sua individualidade, eles são “[...] cada vez mais débeis, ineptos e ineficientes na condução autônoma e independente de suas respectivas economias; ou seja, são cada vez menos capazes de geri-las e de controlá-las como se fossem sua propriedade exclusiva” (FARIA, 2004, p. 53).

¹⁵ “Outro tipo de atividade característica da globalização tem a ver com o Direito. Precisamente, porque o estado nacional soberano encontra-se submetido a diferentes influências culturais, políticas e econômicas, o Direito que dele emana, como manifestação de sua vontade política, sofre no processo uma mudança radical. A legislação do comércio internacional, da exploração e ocupação do espaço, da exploração dos oceanos e das reservas silvícolas são exemplos de como a outrora autônoma vontade estatal encontra-se hoje limitada por acordos de organizações internacionais. O lócus do poder real deslocou-se, por sua vez, no âmbito interno do estado nacional, do poder executivo para diferentes tipos de agências a nível nacional, regional e internacional, que procuram adequar os sistemas nacionais às exigências reguladoras da globalização” (BARRETTO, 2008, p.946).

¹⁶ “As leis fazem parte da expressão de soberania dos Estados, que as emitem como normas de comportamento, tendo sua eficácia restrita ao território do Estado. Por outro lado, os princípios de

ocorrendo porque os capitais estrangeiros e os acordos dos blocos econômicos passam a ditar as regras do mercado internacional, ou seja, “[...] é o mundo globalizado passando a determinar certas ações de governos democráticos, que dependem dos capitais mundiais para gerar emprego e renda para seus compatriotas” (MONTANARI; STRAZZACAPPA, 1999, p. 54) – é o mundo que reforma o país.

Não é demais afirmar que a transnacionalidade do mercado econômico e a interação entre os Estados trouxe consigo a necessidade de existirem instrumentos jurídicos que disciplinem e regulamentem essas relações. É o que defende Tércio Wladir de Albuquerque (2006, p. 313). Esse horizonte de perspectivas implica em mudanças na teoria e prática jurídicas: como é de se notar, no plano externo, há um enfraquecimento do poder do Estado em razão da progressiva transferência do poder legiferante para organizações internacionais; já no plano interno, o Estado não exerce mais o controle do mercado como fazia outrora - este foi reduzido em decorrência das fortes influências transnacionais.

Para os Estados, individualmente, não é tarefa fácil legislar para entidades que estão fragmentadas em tantos quanto os Estados que operam, como é o caso da empresa transnacional (MAGALHÃES, 1994, p. 190). Segundo Maria Loannis Barganha (2005, p. 138), disso decorre uma restrição do poder soberano de autodeterminação da comunidade política constituída em Estado-nação que tem sua legitimidade política cerceada pelo poder dos agentes econômicos transnacionais que tendem a assumir o papel que antes lhe cabia.

É possível afirmar que a pressão exercida por essas estruturas cria novos regramentos independentes da participação estatal, de modo que a soberania do Estado-nação, tal como a capacidade de editar normas e determinar-se, passa a exigir uma nova interpretação.

Luigi Ferrajoli (2005, p. 117 – tradução livre)¹⁷ destaca que “[...] a mesma globalização da economia pode ser identificada no plano jurídico, com esse vazio de direito público internacional adequado para regular os grandes poderes econômicas transnacionais [...]” e que acaba sendo preenchido por formas contratuais de direito

soberania dos Estados não admitem que um Estado soberano e independente [...]” (GARCEZ, 1999, p.13).

¹⁷ No original em espanhol: “[...] la misma globalización de la economía puede identificarse, sobre el plano jurídico, con este vacío de un derecho público internacional capaz de disciplinar a los grandes poderes económicos transnacionales [...]”.

privado que refletem, por sua vez, a lei do mais forte.¹⁸ A abordagem ganhará contornos mais profundos a frente; por enquanto, cabe registrar o seguinte:

No tocante à teorização sobre as fontes, é possível afirmar que as concepções tradicionais sobre a gênese do Direito encontram-se debilitadas. A globalização, em suas diversas facetas, incitou a criação de variados centros de produção normativa, relativamente independentes do poder estatal. Relações jurídicas que exorbitam as fronteiras nacionais tendem a se pautar por normas outras que não aquelas de um ordenamento jurídico específico. Prevalece, nesses casos, a vontade contratual das partes e sua subordinação à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de resolução de litígios. O papel do Estado, exercendo sua atividade de criação e imposição de normas, é reduzido, e seu direito, lacunoso. As fontes tendem a deslocar-se progressivamente, para subsistemas que criam e recriam seus regramentos conforme as circunstâncias (PEDUZZI, 2003, p. 21)

O fato é que um novo paradigma de Estado surge com a economia globalizada, no qual seus elementos *povo* e *território* não são necessariamente fixos e determinados para conferir-lhe autonomia absoluta. A própria vontade popular manifestada por seus representantes está condicionada às consequências do mercado internacional, aos *superavits* de importação e exportação, e às pressões de empresas transnacionais que, pela sua magnitude econômica, influenciam decisões internas (FERREIRA NETTO, 2007, p. 36).

O Estado não está isolado no contexto da economia mundial - por exemplo, a soberania¹⁹ de um país em desenvolvimento pode estar coactada pelas políticas econômicas determinadas por outro organismo internacional.²⁰ Embora o princípio norteador da soberania seja sempre a legitimidade das decisões calcadas na vontade do povo para escolher suas normas e a sua condução política, há que se considerar que o povo indiretamente segue padrões de conduta determinados pelo

¹⁸ Nesse sentido, cabe complementar que “El efecto principal de la crisis del Estado sobre el plano internacional fue un vacío de derecho público, es decir, la falta de reglas, límites y vínculos para garantizar la paz y los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que desplazaron a los viejos poderes estatales o que, de cualquier forma, se sustrajeron a su papel de gobierno y control. [...] no un vacío de derecho, que no puede existir, si no un vacío de derecho público, ine vitablemente llenado por el derecho privado, es decir, por un derecho de producción contractual que se sustituye a las formas tradicionales de la ley y que refleja, por lo general, la ley del más fuerte.” (FERRAJOLI, 2005, p. 117).

¹⁹ “Característica do poder do Estado que o coloca acima de qualquer outro no âmbito interno e que o situa no mesmo plano no mesmo plano de poder dos outros Estados” (GUIMARÃES, 2011, p.227).

²⁰ Verifica-se que o desenvolvimento econômico modificou as instituições dos Estados, que não podem mais serem vistos como no início do século passado, quando a soberania era rígida e havia segmentação entre políticas internas e externas (FARIA, 2004, p.54).

empresariado globalmente instalado e pelas práticas comerciais internacionalmente aceitas.²¹

A “crise” do Estado nacional e o déficit de democracia significam essencialmente *crise da soberania estatal*²² manifestada pela crescente transferência de poderes antes reservado aos Estados para os novos poderes supraestatais que se erguem para além dos limites territoriais.²³ No contexto introduzido pela globalização, o futuro dos países depende cada vez menos da sorte das decisões internas e mais daquelas tomadas por políticas externas ou pelos poderes econômicos globais (ATIENZA; FERRAJOLI, 2005, p. 116)²⁴. Luigi Ferrajoli (2005, p. 116) sugere que o Estado seja repensado dentro da nova ordem internacional, de modo que se dê conta da ausência de uma esfera pública internacional à altura dos novos poderes supraestatais filhos da globalização.

A ausência de um ordenamento jurídico internacional apropriado, de acordo com a análise de Luiz Olavo Baptista (1987, p. 37), leva a tensões que cada vez mais dificultam o relacionamento entre as empresas transnacionais e os Estados, visto que cada qual possui interesses próprios e, por vezes, desconexos.

Daí a atenção voltar-se, sobretudo, para a ótica internacional, onde as coisas passam de fato a ocorrer. A construção de instituições supranacionais é explicada de forma distinta por Habermas e por Ferrajoli.

Para Habermas (2001, p. 69), o Estado social, que outrora se tornara modelo para o mundo graças à combinação bem-sucedida de regulação de uma economia política de autocontrole, está ameaçado na medida em que uma economia globalizada foge às intervenções desse Estado regulador. Isso o leva a concluir que as funções deste só continuarão a ser preenchidas satisfatoriamente se forem

²¹ “Como consequência, incrementam-se as regras que, independentemente dos direitos estatais, regem as situações decorrentes não apenas do comércio internacional de mercadorias mas de todo o tipo de intercâmbio econômico que extravasa as fronteiras nacionais” (CRISTÓFARO, 2008, p. 312).

²² Para TRISTÃO (2010, p. 70), a questão da soberania estatal é um dos pontos emblemáticos da globalização, encontrando-se no núcleo central da problemática de regulação do direito.

²³ No mesmo sentido, para AMARAL (2004, p. 50), “a regionalização e globalização das economias é um fenômeno irreversível, produzindo inequívocos e substanciais efeitos nas legislações nacionais. No âmbito da ciência política e do direito constitucional o próprio conceito de soberania passa por importante revisão de seu conteúdo e alcance: qualquer noção que pretenda observá-la segundo os moldes vigentes até meados do século passado não sobreviverá aos novos tempos”.

²⁴ “Assim, há uma limitação da autonomia dos Estados, no âmbito interno, por meio das obrigações assumidas no âmbito internacional, o que gera uma relativização do conceito tradicional de soberania (MANGE, 2008, p.05).

passadas para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada.

Com relação à exigência do Estado-nação por parte de uma economia globalizada, afirma que se impõe “[...] mesmo que em abstrato, uma alternativa – justamente a transposição para instâncias supranacionais de funções até então atribuídas a âmbitos nacionais dos Estados sociais” (HABERMAS, 2001, p. 70-71).

Desse modo, conclui que o Estado-nação, diante da globalização econômica, é impelido a construir uniões políticas com outros Estados. As fusões políticas desse gênero constituem uma condição necessária para uma recuperação da política frente às forças da economia globalizada. O autor refere-se a este fenômeno como constelação pós-nacional, e o exemplo mais significativo seria a União Europeia (HABERMAS, 2001, p. 70).

Seguindo o entendimento da necessidade de algum organismo, que não esteja limitado às fronteiras do Estado-nação, assuma o controle da economia globalizada, Luigi Ferrajoli (2005, p. 131) crê que hoje o principal desafio lançado pela crise do Estado para a razão política e jurídica é a construção de uma perspectiva que dê extensão às relações internacionais, como seria a elaboração de uma esfera pública mundial²⁵.

Além disso, também não é destoante o pensamento de Wolfgang Streek (2010, p. 54), o qual reconhece que, com a globalização, já não é possível que as tensões entre economia e sociedade, entre capitalismo e democracia, sejam geridas no interior de organismos políticos nacionais. Nenhum Estado nacional está livre para governar sem que seja influenciado pelas pressões internacionais, como se lê nas palavras do autor, “[...] os mercados passaram a ditar por vias sem precedentes o que Estados supostamente soberanos e democráticos ainda podem fazer por seus cidadãos e o que devem lhes recusar”.

É certo que, mesmo com a globalização, o capitalismo continua a ter suas bases nacionais, o que ocorre é que estas já não são mais determinantes. A dinâmica do capital e do mercado rompe e ultrapassa as fronteiras geográficas dos

²⁵ O autor faz a seguinte crítica quanto ao enfraquecimento das políticas públicas internacionais e o desenvolvimento das privadas: “El sistema actual de relaciones internacionales carece casi por completo de estos medios. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de 1948, que podemos considerar una especie de Constitución embrionaria del mundo, desafortunadamente se quedaron sólo en el papel (...) A su lado, en cambio, se desarrollaron instituciones de tipo particularista — La OTAN, la OMC, el G8— dotadas de enormes medios y poderes de intervención y de gobierno” (ATIENZA; FERRAJOLI, 2005, p. 120).

Estados (IANNI, 2007, p. 58). Daí decorrem importantes rupturas com as estruturas políticas e jurídicas dos Estados-nação. Considerando as forças da globalização, a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica é posta em questão, não é mais o Estado que detém a competência absoluta para criar e alterar as leis que disciplinam o mundo empresarial, é o mundo globalizado que determina certas ações de governos.

Esse processo de desterritorialização leva a insuficiência das estruturas internas dos Estados para assegurar os interesses daqueles que operam comercialmente para além das fronteiras estatais, e isso promove a necessidade de afirmação de uma lei internacional econômica e da unificação do direito internacional para amparar os conflitos transnacionais, por essa razão constata-se a expansão de um direito paralelo ao dos Estados, a *lex mercatoria*.

2.3 A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DE JURISDIÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA

Com base no contexto apresentado é possível abordar os desafios enfrentados pelo direito em decorrência da intensificação dos negócios em nível global; a partir de então, deve ser averiguada a dificuldade que existe para o direito interno dos Estados disciplinar relações internacionais, visto que sua jurisdição²⁶ é limitada territorialmente. Em outras palavras, há um descompasso entre o poder de influência do direito interno e as relações, sobretudo comerciais, que não se limitam mais ao espaço físico delimitado.

Como restou enfatizado e será detalhado à frente, com o advento do fenômeno da globalização as empresas transnacionais e os mercados passaram a formar uma extensa rede em escala mundial e a estabelecerem suas próprias regras e seus procedimentos para resolução de conflitos, de modo a influenciar cada vez mais as decisões que antes se circunscreviam ao Estado-nação. Nesse cenário é que se fala em desterritorialização da soberania, com a dispersão do poder normativo entre os governos e entes transnacionais, de modo que o direito positivo do Estado-nação se demonstra débil para cumprir a vontade do legislador interno,

²⁶ Ao buscar fixar uma definição para jurisdição, constata-se duas perspectivas mais utilizadas: em sentido lato, que faz referência ao conjunto das funções exercidas pelo Estado e derivadas de sua soberania; e em sentido estrito, diz respeito ao poder de proclamar o direito, proferir um julgamento e solucionar os conflitos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 149-150). Por considerar o sentido estrito mais adequado à referência de solução de litígios internacionais, objeto do texto, este será o conceito adotado.

pois esse direito ganha feições multilaterais e passa a exprimir as vontades do mercado.

Dado que as relações comerciais extrapolam as limitações territoriais dos Estados e, diante da necessidade de proporcionar garantias jurisdicionais eficientes para os litígios transnacionais, sob pena de não se adequarem a globalização, surge o desfecho da irrazoabilidade de se restringirem as garantias jurisdicionais aos limites dos territórios nacionais. Cabe, então, indagar qual o paradigma de jurisdição que seria efetivamente capaz de dar conta da crescente desterritorialização e autonomia das relações comerciais transnacionais.

Referida indagação está alicerçada nos pilares construídos até este momento. A ideia de que a integração dos mercados em escala global sujeita os Estados nacionais às consequências de decisões tomadas fora de seus territórios evidencia que os espaços antes pertencentes ao direito positivo e à política não coincidem com o espaço territorial e que são crescentes as dificuldades dos Estados para atuarem e regularem o mercado globalizado por intermédio de seus instrumentos internos.

Para José Eduardo Faria (2009, p. 5-6), esse quadro coloca o pensamento jurídico frente a alguns problemas importantes, dos quais, pela pertinência desta abordagem um merece especial destaque: o esgotamento da operacionalidade e da eficácia dos mecanismos jurídicos convencionais dos Estados - reproduzido nas palavras do autor:

O esgotamento da operacionalidade e da eficácia dos mecanismos jurídicos convencionais dos Estados - especialmente dos instrumentos legais de regulação e controle econômica e financeira, que não acompanharam a velocidade com que o mundo se globalizou. Diante da crescente diferenciação dos sistemas funcionalmente especializados que compõem os mercados bancário e financeiro, atuando de modo cada vez mais desterritorializado, as Constituições, enquanto “leis da totalidade social”, tendem a perder tanto a força normativa quanto a capacidade de absorver mudanças e inovações econômicas como as que estiveram por trás da crise de 2008. Igualmente, como as finanças são transnacionais e as operações financeiras são globais, códigos e leis - ou seja, a regulação nacional - já não mais se revelam capazes de submeter e enquadrar os agentes econômicos nem de oferecer um conjunto unitário de respostas minimamente dotado de racionalidade lógica e coerência programática. Por fim, os próprios operadores do direito revelaram-se sem competência cognitiva e funcional à altura do dinamismo e das inovações dos mercados financeiros. Por causa de sua formação ‘generalista’, eles passaram a ter dificuldades para

atuar com matérias e operações sobre as quais não dispõem de conhecimento técnico específico. Com isso, o sistema jurídico convencional do Estado nacional viu progressivamente erodida sua pretensão de supremacia e universalidade sobre os sistemas econômico e financeiro.

Apontando o nexos causal entre a construção jurídica e o desenvolvimento monetário e do comércio, Pachukanis (1977) assinala em seus estudos, que o estado de tranquilidade e certeza nas relações comerciais são os requisitos para possibilitar que os agentes promovam as transações no mercado. Daí advém a importância do direito para o mercado. O pensamento do autor pode ser sintetizado por meio da ligação entre o direito e a sociedade de produção, de modo que a matéria do direito é dada, sobretudo, pelas relações econômicas. Em outras palavras, o conteúdo do direito é economicamente determinado.

Com as mudanças nas estruturas econômicas, o que se passa a verificar é uma progressiva inefetividade normativa daquele Estado keynesiano/intervencionista que passa a ter seu ordenamento jurídico esvaziado de significado e aplicabilidade (FARIA, 2004, p. 117). Diante da inegável e irreversível crise dos Estados nacionais e de sua soberania, o fim do monopólio estatal da produção jurídica produz efeitos sobre as formas tradicionais de exercício de jurisdição (ATIENZA; FERRAJOLI, 2005, p. 111).²⁷

Embora o direito permaneça estatal – como não poderia deixar de ser –, a intensificação das relações comerciais internacionais exige dos ordenamentos locais soluções para os conflitos transnacionais. O que se busca demonstrar é que o acesso à justiça não pode ser limitado às fronteiras territoriais e que os ordenamentos devem estar de acordo com as práticas internacionais (MANGE, 2008, p. 18).

Isso ocorre em razão do crescente número de litígios envolvendo interesses em mais de um Estado, de modo a tornar inevitável que a busca pela solução de controversas atinja outras fronteiras. Nessas hipóteses – em que a relação jurídica envolve relações internacionais – é necessário que as decisões gerem eficácia além das fronteiras territoriais, “[...] ou seja, as fronteiras territoriais deixam de ser limites da jurisdição” (MANGE, 2008, p. 20).

²⁷ A jurisdição, enquanto função estatal, está adstrita ao espaço territorial no qual o Estado exerce sua soberania, nesse sentido, onde o poder do Estado termina a jurisdição também termina, pois fora das suas fronteiras os Estados possuem apenas a qualidade de ente privado, por isso a legislação fica sem força fora do território (MANGE, 2008, p. 19).

Uma das dificuldades para conferir efetividade às decisões é o alcance da jurisdição. O quadro abaixo²⁸ apresenta o número de demandas distribuídas no Brasil que envolvem interesses de outras jurisdições e retratam bem o crescimento das demandas envolvendo interesses transnacionais e a necessidade de decisões proferidas no estrangeiro produzirem efeitos neste território.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Carta Rogatória	732	731	808	929	939	1111	1317	810
Sentença estrangeira	835	858	1039	1139	1342	1635	1766	1856

A partir dos dados contidos na tabela, também não é difícil aferir que a jurisdição encontra barreiras na soberania dos demais Estados, uma vez que os atos judiciais dependem da aquiescência do outro Estado para obterem alcance extraterritorial. Isso ocorre em razão da inexistência de uma legislação supranacional que delimite a esfera de competência de cada Estado ou que estipule regras que unifiquem as legislações (MANGE, 2008, p. 21). Por outro lado, há princípios, costumes e diretrizes que balizam a aplicação de regramentos no âmbito internacional.

Nesse contexto, indaga-se qual seria o caminho a ser trilhado pelo Estado e pelo Direito. Além das perspectivas de Habermas e de Ferrajoli já apresentadas, José Eduardo Faria (2009) também se debruça nesta empreitada e apresenta cinco cenários, sendo dois deles classificados como possíveis.

O primeiro é de aprofundamento do processo de integração dos blocos econômicos com uma maior integração das soberanias através de uma divisão horizontal e vertical de competências legislativas e da entrega voluntária de aspectos da soberania pelos países membros. Nesse modelo, os Estados delegam poderes e competências “para cima” para um comitê supranacional. O exemplo a ser apresentado é o da União Europeia (FARIA, 2009, p. 12).

O segundo cenário, dentre os possíveis, é o da proliferação de regimes normativos que operem em um âmbito espacial superior aos limites dos territórios e que não colidam com a ordem jurídica estatal. Trata-se de uma concepção cujo foco se desloca da tradicional noção de estrutura jurídica hierarquizada para a de rede.

²⁸ Distribuição de Processos no STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Boletim/sumario.asp>> . Acessado em 17.01.2016.

Para o âmbito empresarial, expande-se uma normatividade com jurisdição não sobre os territórios, mas sobre os mercados, operada por meio de princípios mercantis para balizar as transações e o acesso aos mercados, assim como propiciar meios para a resolução de litígios, como, por exemplo, a via arbitral. Como se nota, é um modelo com distintas fontes normativas, fontes supranacionais, privadas, entre outras, o que confere maior adaptabilidade às exigências sociais e econômicas (FARIA, 2009, p. 13).

Os dois modelos apresentados possuem o objetivo de desvincular o Estado das funções controladoras no âmbito da economia internacional e de substituir o tradicional modelo rígido de direito para um pluralismo jurídico dinâmico. Na prática, a ordem jurídica estatal perde seu caráter de exclusividade de fonte normativa dentro do território para se abrir aos regimes oriundos dos agentes transnacionais do mercado e de instituições internacionais.

Diante do que fora demonstrado, o fenômeno da globalização implica em uma interpenetração das diretrizes privadas das empresas transnacionais aos limites jurisdicionais dos Estados. E isso colide com a tradicional leitura do sistema de pirâmide escalonada de normas, em cujo ápice encontram-se os conjuntos que organizam o aparato estatal, de sorte a ensejar uma nova perspectiva para promoção de segurança jurídica.

De tal modo, a atividade comercial inserida na economia globalizada encontra, por parte dos Estados, um ambiente desprovido de instrumentos jurídicos capazes de legislar no âmbito internacional, aplicar e executar leis necessárias para o crescimento e manutenção dos negócios (FERREIRA NETTO, 2007, p. 132).

Pode-se falar, então, no que Martin Shapiro (1993) chama de “*globalization of law*”. Tal denominação faz referência ao fenômeno que decorre da globalização dos mercados, das práticas dos negócios das empresas multinacionais e da inexistência de um direito comercial global. A iniciativa para legislar as relações comerciais passa, então, a ser direcionada pela via privada, através de contratos que criam um conjunto de regras para regularem essas relações; assim surge uma espécie de lei comercial independente de qualquer legislador e que se adapta às aceleradas modificações das atividades empresariais, o que será adiante apresentado como *lex mercatoria*. Luigi Ferrajoli (2005) acrescenta que esse direito de origem privada é produto do mercado e das empresas multinacionais e,

consequentemente, diminuem as possibilidades de controle dos Estados sobre o mercado globalizado.

Ao analisar a substituição do controle jurídico estatal, André-Jean Arnaud (1999, p. 166-167) destaca o surgimento de meios alternativos de solução de conflitos, tendo assente que referidos meios devem ser vistos como exigência do desenvolvimento desencadeado pela globalização, nessa situação, o poder de decisão do Estado passa para as instâncias privadas.

O direito estatal, que tem sempre, em princípio, o monopólio do direito, surge como uma estrutura cada vez mais ausente quando se trata de relações jurídicas de fato, que se fazem cada vez mais à margem do direito estatal. Isto também pode ser observado na questão, cada vez mais desenvolvida, das formas alternativas de solução de conflitos que surgem e funcionam fora da regulação estatal no sentido estrito e que, consequentemente, escapam ao controle do Estado. Essas formas fazem atualmente parte da cultura jurídica tanto das grandes empresas quanto dos indivíduos que, por motivos que variam de uma sociedade para outra, preferem passar sem a ordem judiciária instaurada e controlada pelo Estado – mesmo sem a proteção que possam esperar dela. Nessas hipóteses, o Estado se vê suplantado sem querer na sua prerrogativa de ‘proferidor do direito’.

Referido sistema de legislação privada pode existir ainda quando não haja nenhum tribunal transnacional para resolver seus conflitos, pois as partes podem especificar algum mecanismo de arbitragem para resolver as disputas. Em outros dizeres, há “[...] a possibilidade de que as empresas possam escolher onde resolver seus conflitos. Tradicionalmente, no comércio internacional, uma grande parcela dos conflitos é resolvida por arbitragem, alheios à atuação do Estado” (DE ALBUQUERQUE, 2006, p. 312). O que se verifica é que a globalização tornou mais evidente o contato entre as diferentes jurisdições, como também colocou em destaque a pluralidade destas. Também merece destaque o fato de os procedimentos de mediação e arbitragem mostrarem maior eficiência e celeridade diante da impossibilidade de o direito fornecer respostas adequadas conforme a evolução econômica (DE ALBUQUERQUE, 2006, p. 291).

Retomando, o fenômeno da globalização, em síntese, implicou em um esvaziamento das estruturas do Estado historicamente prevaletes, especialmente a jurídica. O modelo de direito limitado aos códigos e leis territoriais se mostra carente de operacionalidade e funcionalidade, as categorias construídas

em torno da soberania estatal já não são suficientes para atender o dinamismo exigido pela economia globalizada e pelos mercados (FARIA, 2004, p. 39).

Dado que as relações comerciais extrapolam e influenciam os limites territoriais e, diante da necessidade de proporcionar garantias jurisdicionais eficientes para os litígios transnacionais, surge o desfecho da irrazoabilidade de se restringir as garantias jurisdicionais, ou seja, de proporcionar segurança jurídica, aos territórios nacionais.

Por essa razão, o Estado-nação passa por um momento de dificuldades para impor sua soberania e, ao mesmo tempo, disciplinar o comportamento dos agentes econômicos em uma ordem econômica globalizada. As atuais necessidades dos mercados em expansão anseiam por uma segurança à altura dos conflitos e interesses decorrentes do comércio internacionalizado.

Enfim, a nova ordem internacional anseia por uma estrutura que assegure o funcionamento, a articulação dos interesses, a harmonização das diferentes legislações em vigor e a resolução de conflitos de uma ordem econômica globalizada; referida segurança, conforme melhor retratado a seguir, tem sido obtida através de práticas mercantis reiteradas adotadas pelos comerciantes e pelo acesso à via arbitral.

2.4 A *LEX MERCATORIA* COMO RESPOSTA À NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA ORDEM ECONÔMICA GLOBALIZADA

Um fenômeno marcante do processo contínuo de globalização é a evolução das relações comerciais internacionais representadas pelo crescente movimento do mercado que transpõe as antigas fronteiras nacionais para se estabelecer em escala mundial. Como restou destacado, o Estado, com sua leis nacionais, tornou-se incapaz de acompanhar e satisfazer as necessidades decorrentes das relações estabelecidas na ordem econômica globalizada, o que representa uma insuficiência dos mecanismos de jurisdição estatais para atender aos anseios do dinamismo dos mercados.

Em razão do déficit jurisdicional apresentado e por possuir uma dinâmica de mutação mais célere do que o poder de adaptação das estruturas estatais, o comércio internacional necessita de regras e diretrizes que facilitem a continuidade e fomento de suas atividades - em outras palavras, o desenvolvimento das relações

comerciais internacionais anseia por uma segurança jurídica que afaste as incertezas da aplicação de leis nacionais desconexas com a evolução dos negócios.²⁹

A solução encontrada restou materializada à margem dos Estados. Os comerciantes ou mercadores, através de usos e práticas reiteradas, passaram a estabelecer diretrizes mais adequadas às necessidades do comércio internacional, o que ficou conhecido como *lex mercatoria*. Em outras palavras:

[...] o enfraquecimento do papel do Estado e a atividade das denominadas operadoras de comércio internacional permitiram o desenvolvimento de regras disciplinadoras do comércio internacional, fruto de reiterado uso e aplicação (AMARAL, 2004, p. 58).

Com o objetivo de demonstrar que o desenvolvimento comercial sempre esteve atrelado à segurança conferida às operações negociais, sobretudo quando há descumprimentos e litígios, será apresentada a *lex mercatoria* como forma comum e histórica de regulação das relações comerciais internacionais que se deu fora da noção de Estado e, por conseguinte, será destacada a arbitragem como mecanismo eficaz de solução de conflitos originários de referidos contratos a ser utilizada pelos agentes do comércio internacional.

A história é sempre importante subsídio para compreender a existência dos institutos, sobretudo quando esses foram construídos ao longo do tempo; portanto, através da descrição da evolução da *lex mercatoria*, será estabelecido o seu conceito e comprovada a necessidade de segurança nas relações para o desenvolvimento dos negócios comerciais, o que permitirá, posteriormente, compreender a importância da arbitragem e adentrar ao seu estudo.

Há dificuldades na doutrina para precisar o momento histórico em que a *lex mercatoria* teria sua primeira manifestação, contudo, sabe-se que antes mesmo da idade média os mercadores já teriam experimentado o embrião desse direito, com especial destaque ao período pós-expansão do comércio marítimo internacional.

Aos fenícios, civilização reconhecida pela característica comercial, é atribuído um marco do direito marítimo: a *Lex Rhodia de Jactu*, com disposições

²⁹ Em razão do desenvolvimento do comércio para além das fronteiras e “[...] como as normas de direito interno nem sempre unem os interesses do comércio internacional, encontrarão os interessados, nas regras internacionais de comércio, uma forma de prevenir-se quanto a eventuais conflitos” (ALVIM, 2000, p. 206).

direcionadas ao comércio e aos contratos internacionais. A Roma antiga, com as expedições marítimas perante a região do Mediterrâneo, também teve seu destaque na história de desenvolvimento do comércio internacional, como herança do período vale lembrar a *Nauticum foenus*. Outros registros que merecem nota são as leis de Wisby, direcionadas a regular o comércio no mar Báltico, e o Consulado do Mar, identificado como coletânea de costumes do comércio marítimo (AMARAL, 2004, p. 59) (STRENGER, 1996b, p. 54-57).

No período medieval o direito dos mercadores cria raízes mais profundas e formato similar a atual *lex mercatoria*. A evolução do comércio na Europa representou um campo fértil para o desenvolvimento desse conjunto de regras denominado *lex mercatoria*. Com início nas cidades italianas, polo de encontro de comerciantes dada a sua posição geográfica, posteriormente deslocou-se para França, Espanha, Inglaterra, Europa, e demais continentes. Nas grandes feiras, nos mercados e nos portos, os comerciantes levavam além das suas mercadorias, os seus usos e costumes comerciais, adquiridos da experiência do comércio oceânico em Barcelona, Amsterdam, Veneza, etc, e que acabavam por ser incorporados às regras de diferentes localidades (PIRES; ARAÚJO, 2009, p. 3096).³⁰

Para reger as relações internacionais, diante das normas obsoletas e desconexas com a atual realidade, a comunidade de comerciantes, necessitando de um regramento mercantil de caráter cosmopolita, criou um conjunto de regras baseadas nos usos e costumes comerciais, “[...] a *lex mercatoria* chamava atenção por seu caráter transnacional e pela fidelidade aos usos e costumes mercantis – cuja manifestação máxima estava na ênfase à liberdade contratual” (VIDIGAL, 2010, p.174).

Neste momento cumpre observar que o direito comercial surgiu “[...] não como obra legislativa nem criação de jurisconsultos, porém, como trabalhos dos próprios comerciantes, que o construíram com os seus usos e com leis, que, reunidos em classe, elaboraram” (STRENGER, 1996b, p. 59).

Desde muito a manutenção do comércio internacional almejava segurança

³⁰ As regras ali desenvolvidas diferenciavam-se daquelas locais praticadas, das existentes nos feudos, das reais e das eclesiásticas, sendo caracterizadas por cinco aspectos fundamentais: “i) eram regras transnacionais; ii) tinham como base uma origem comum e fidelidade aos costumes mercantis; eram aplicadas não por juízes profissionais, mas pelos próprios mercadores, através de suas corporações ou das cortes que se constituíam nos grandes mercados ou feiras; iv) seu processo era rápido e informal; e v) enfatizavam a liberdade contratual” (AMARAL, 2004, p. 59).

nos negócios, era temido depender de tribunais nacionais dotados de parcialidade, de normas antiquadas e desconhecidas e de instabilidade ou arbitrariedade, portanto, aos poucos a *lex mercatoria* se estrutura como um conjunto de procedimentos para possibilitar parâmetros e soluções eficientes para as relações e conflitos provenientes de suas atividades (VIDIGAL, 2010 , p. 174).

O uso da *lex mercatoria* foi aos poucos entrando em decadência, na Inglaterra, com o fortalecimento do *common law* e limitação das cortes controladas pelos mercadores, a *lex mercatoria* passou a ser considerada matéria que deveriam ser comprovadas no caso concreto e decidida pelos tribunais, restando, portanto absorvida (PIRES; ARAÚJO, 2009, p. 3097).

A França também contribuiu para a desintegração da *lex mercatoria*. Luís XIV promulgou duas grandes reformas ao positivar, em 1673, a *Ordonnance sur le commerce de terre*, e em 1681 a *Ordonnance sur le commerce de mer*. A partir dessas *Ordonnances* que adveio o Código Comercial de 1807 que “[...] abriu a fase mais poderosa da atividade legislativa do século XIX” (STRENGER, 1996b, p. 60).

A crescente tendência de codificação e enfraquecimento da atividade livre dos comerciantes foi seguida pelo restante da Europa, com o fortalecimento dos Estados Nacionais, os usos e costumes comerciais foram incorporados aos ordenamentos internos; no entanto, as leis internas de cada Estado, ao regular as relações internacionais, o faziam segundo motivação própria (NEGRÃO, 2015, p.32). Nesse período, a *lex mercatoria*, enquanto exercício de um direito à margem do Estado, representava uma importante ameaça à soberania estatal, isso porque

[...] o conceito de estado nacional e *lex mercatoria* são praticamente excludentes, uma vez que o primeiro preceitua plena soberania do Estado, e o segundo a criação de um sistema de normas relativas ao comércio internacional de caráter transnacional, ou seja, que se sobrepõe às fronteiras nacionais (AMARAL, 2004, p. 60).

Ocorre que o direito codificado com suas leis nacionais e a pluralidade de sistemas existentes interferem contrariamente ao crescimento global do comércio, que necessita de regras uniformes. A intensificação do comércio internacional ao longo do século XX evidenciou que as leis, estáticas, não estavam sendo acompanhando a dinâmica das práticas comerciais, o que representou o declínio

das codificações e o surgimento da nova *lex mercatoria*.³¹⁻³²

O desenvolvimento do comércio internacional sempre esteve atrelado com a segurança conferida pelo direito no cumprimento das obrigações e na solução de impasses. Ao se adentrar no período exponencial de crescimento do comércio globalizado, não podemos deixar de mencionar sucessivos instrumentos que vieram dar força ao desenrolar das práticas comerciais. Merecem destaque, a título exemplificativo, a Convenção Internacional de Genebra (1931), com a finalidade de dirimir conflitos decorrentes das numerosas leis dos países; os INCOTERMS (1936)³³, elaborados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), com o objetivo de reduzir as disputas que prejudicavam o comércio internacional ao definir, nos contratos de compra e venda, o local de entrega da mercadoria, a divisão de responsabilidade e os custos; o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, em 1947), que posteriormente deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC), entre diversos outros³⁴ (MAIA, 2007, p. 246-260).

A partir do contexto apresentado e da compreensão acerca do surgimento e fortalecimento da *lex mercatoria*, enquanto instituto resultante de diversas fontes³⁵, todas decorrentes da intensificação do comércio internacional, é possível lançar mão do desafio de abordar a sua definição.

Para Carlos Alberto Carmona (2006, p. 84) a *lex mercatoria* é compreendida como “[...] um conjunto de princípios gerais e regras geradas pelo costume do

³¹ “Nota-se, no direito comercial hodierno, outra propensão: predomina um espírito de liberdade que o inspira e o domina, deixando os institutos mercantis, de acordo com os princípios econômicos em que se baseiam, libertos de restrições e entraves que somente o têm desnaturado, existindo crescente enfraquecimento das leis de compressão” (STRENGER, 1996b, p. 60).

³² “A velha *lex mercatoria*, portanto, atualiza-se, adaptando-se a um mundo novo, realmente globalizado, já havendo até quem diga que ela se transmudará em uma *lex economica* mundial.

³³ Os Incoterms (International Commercial Terms, ou Termos do Comércio Internacional), correspondem a uma ilustração simplificada das práticas comerciais, sendo constituídos de condições gerais que refletem os usos comerciais para guiar parte das obrigações que pesam sobre as partes em um contrato de compra e venda, em especial sobre as responsabilidades decorrentes do transporte e entrega das mercadorias, são compostos por treze cláusulas, representadas pelas seguintes siglas: EXW, FOB, FCA, FAZ, CIF, CFR, CPT, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU e DDP.

³⁴ Outras instituições internacionais, como a UNIDROIT, UNCITRAL, OEA exerceram importante papel na consolidação das práticas comerciais, poderíamos listar e detalhar vários outros exemplos, tais como a Convenção da UNCITRAL sobre compra e venda internacional (1980), Lei Modelo de Arbitragem (UNCITRAL-2002), os Princípios Uniformes dos Contratos Internacionais (UNIDROIT-2004), porém, não é objetivo do trabalho aprofundar no estudo dos tratados, convenções, leis uniformes, etc.

³⁵ A saber: contratos internacionais; princípios gerais do direito internacional; usos e costumes do comércio internacional; modelos de contratos e condições gerais de contratação sistematizados por organizações reconhecidas pelos comerciantes; guias para elaboração de contratos – *guidelines* -; códigos de conduta, convenções internacionais e leis modelo; laudos arbitrais (VIDIGAL, 2010, p. 181-182).

comércio internacional, sem referência a um sistema legal específico”, ou, em outras palavras, trata-se de um sistema jurídico “[...] distinto e autônomo em relação aos direitos estatais, aplicável diretamente aos contratos do comércio internacional em lugar das disposições dos direitos nacionais”.

Após assinalar três características provenientes da *lex mercatoria*, quais sejam: ordem legal autônoma, criada pelas próprias partes envolvidas nas relações econômicas internacionais com independência aos sistemas nacionais; corpo de regras suficientes para dirimir uma disputa, operando como via alternativa a lei nacional; e como consolidação dos usos e expectativas do comércio internacional; Irineu Strenger (1996b, p.78) a compreende como um conjunto de “[...] procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.

Acerca da *lex mercatoria*, Eduardo Pires e Neiva Cristina Araújo (2009, p.3098) a consideram como regras do jogo do comércio internacional, isso porque, fruto da autonomia da vontade e da prática reiterada nas relações comerciais internacionais, ela surgiu como forma encontrada pelos contratantes de remover os entraves provenientes das estagnadas regras contidas nos sistemas legais nacionais. Dita posição é seguida por Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (2004, p.61), ao considerar a *lex mercatoria* como “[...] as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade”.

Importa observar que as designações convergem para demonstrar “[...] um estado de insatisfação com os sistemas nacionais, pela impossibilidade que demonstram em solucionar problemas fundamentais do comércio internacional” (STRENGER, 1996b, p. 78).

Em compêndio, através de interpretação própria, a *lex mercatoria* é um complexo de princípios, instituições e regras costumeiras, ou seja, um corpo de direitos com regras espontaneamente elaboradas através de reiteradas práticas no comércio internacional, desvinculadas dos sistemas particulares dos Estados, capazes de conferir adequada segurança às atividades mercantis por acompanhar o passo com que avança o comércio internacional. A eficácia da *lex mercatoria* independe das leis estatais, pois sua autoridade é reconhecida pela comunidade comercial, assim, permite aos comerciantes atuarem no plano internacional sem o

risco da imprevisibilidade das leis e impasses internos.

A *lex mercatoria* encontra na arbitragem internacional um relevante meio de afirmação do seu conjunto de regras, sendo mecanismo apto para aplicar as normas adequadas para resolver as pendências derivadas dos contratos na comunidade internacional, o que a torna a opção mais valorizada pelos comerciantes para solução de controvérsias.

Na prática, estima-se que cerca de noventa por cento dos contratos celebrados no comércio internacional contêm cláusulas de arbitragem, o que demonstra que são principalmente os tribunais arbitrais que pronunciam decisões baseadas na *lex mercatória*. A própria CCI recomenda a inclusão de uma cláusula modelo que estipula que as disputas decorrentes do contrato sejam solucionadas através de arbitragem.³⁶

No caso da arbitragem, diferentemente do que ocorre nos tribunais estatais – que se acatassem a regra alternativa estariam abdicando de parte da sua soberania diante das mãos invisíveis de uma comunidade de mercados –, os árbitros possuem a faculdade de considerar a *lex mercatoria* na composição das suas decisões por não estarem vinculados a um determinado ordenamento jurídico (RECHSTEINER, 2016, p. 104-105).³⁷

Ao ser estabelecida a arbitragem, as partes afastam o julgamento limitado a uma soberania nacional e, com isso, conferem aos árbitros a faculdade de decidir segundo as regras do comércio internacional, em outras palavras, possibilitam que sejam aplicadas as regras adequadas advindas da experiência do comércio internacional, portanto, é na arbitragem que a *lex mercatoria* encontra abrigo para ser utilizada como direito aplicável a um litígio oriundo de um contrato – já que na arbitragem prevalece a autonomia da vontade –, o que, em última análise, confere a certeza e segurança almejada pelos comerciantes (CARMONA, 2006, p. 85).³⁸⁻³⁹

³⁶ Veja a cláusula modelo da CCI: “All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators selected in accordance with the said rules”.

³⁷ Desta forma “[...] el arbitraje privado internacional surge como consecuencia de la tensión existente entre la denominada sociedad internacional de los comerciantes, caracterizada por su autonomía, intereses comunes, descinculación de los poderes estatales e imperio de la voluntad privada, y una sociedad internacional de Estados, que presupone una pluralidad de ordenamientos jurídicos, de normas imperativas y de organizaciones judiciales distintas” (MARTÍNEZ, 1992, p. 87).

³⁸ Destacando a relação entre *lex mercatoria* e arbitragem, AMARAL (2004, p.62), assim aponta: “Na verdade, a aplicação da *lex mercatoria* por juízes nacionais não é compatível com a própria concepção da *lex mercatoria* lastreada no caráter corporativo da comunidade de profissionais ou

Nesse sentido, considerando a importância da arbitragem como mecanismo adequado no âmbito internacional de efetivação da *lex mercatoria* e de solução dos conflitos decorrentes da atividade mercantil, Irineu Strenger (1996b, p.130-131) ressalta que:

A arbitragem tem sido o ambiente fértil para o desenvolvimento da *lex mercatoria*. Sendo jurisdição desvinculada dos sistemas nacionais, tem ilimitada possibilidade de liberar sua criatividade e com isso contribuir para o avanço e aprimoramento das regras que conduzem o comércio internacional. A arbitragem é, sem dúvida, uma das principais fontes do direito do comércio internacional. [...] A arbitragem parece destinada a tornar-se a jurisdição do comércio internacional, na medida em que vai se tornando a opção preferida dos comerciantes, que já sedimentaram sua confiança nessa modalidade de solução para suas controvérsias.

Compartilhando do mesmo entendimento, Tânia Lobo Muniz (2005, p. 14) menciona que a arbitragem é tradicionalmente o meio de maior eficácia e aceitação para resolução de litígios internacionais, destacando que a solução de causas complexas é melhor avaliada mediante um julgamento arbitral.

O comércio, com sua dinâmica de expansão, resultou num crescimento intensificado das relações mercantis e deixou de ser um fenômeno substancialmente nacional para se envolver com um sem número de nações, o que implicou no abandono da concepção restrita do direito estatal e exerceu influência no florescimento de um direito proveniente da prática mercantil capaz de atender a pluralidade e dinâmica exigidas nas relações internacionais.

Dada a conjuntura em que está inserido o comércio internacional, a arbitragem desponta como instrumento adequado para efetivar a *lex mercatoria* e solucionar os conflitos dessa natureza, tornando-se a opção mais utilizada e prestigiada pelos comerciantes, desse modo, oportuno adentrar ao estudo da

dos operadores do comércio internacional. Daí o vínculo estreito entre a *lex mercatoria* e a arbitragem. Havendo litígio solucionado por arbitragem, a efetividade da decisão não repousa na força do Estado, mas na da corporação em que se integram as partes desavindas. O vencido que não acatar o laudo arbitral dela será excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante seus pares”.

³⁹ No Brasil, a Lei n.9.307/1996, que dispõe sobre arbitragem, reconhece o princípio da autonomia da vontade ao possibilitar que as partes acordem inclusive no direito a ser aplicado, em clara aceitação da utilização da *lex mercatoria*: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

arbitragem como meio eficaz de solução de litígios.

3 A ARBITRAGEM ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL.

O acesso à justiça não pode estar adstrito aos limites fronteiriços das jurisdições estatais. Em razão do comércio internacional, são crescentes os litígios com implicações em mais de um ordenamento jurídico, de modo que a atividade empresarial necessita de um instrumento que lhe confira segurança e seja capaz de lidar com os conflitos decorrentes dos negócios transnacionais – daí falar-se em arbitragem.

Ao serem compreendidas as características do instituto, a arbitragem demonstra ser um meio célere, dinâmico e confiável - ante a predominância da autonomia da vontade, a possibilidade de elegerem árbitros com conhecimento técnico específico, bem como a possibilidade de utilização dos usos e costumes comerciais -, no entanto, isso não exime as partes dos elevados custos para a instauração do procedimento.

Para referida compreensão, conveniente entender o caminhar histórico da estabilidade conferida pela arbitragem para o desenvolvimento das relações comerciais. Com isso, será possível compreender a essência do instituto, sua funcionalidade e o atual estágio de desenvolvimento e aceitação global da arbitragem. Somente após serão apresentadas as peculiaridades da arbitragem que, de modo geral, representam verdadeiras proficuidades para, em ato seguinte, adentrar ao exame dos custos de transação e compreender o que significa a economicidade da arbitragem.

3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O USO DA ARBITRAGEM NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Desde os primórdios da história os grupos sociais convivem com conflitos e com a necessidade de solucioná-los e, quanto maior o complexo de relações travadas, maiores também as controvérsias que demandam uma solução.⁴⁰

⁴⁰ “Para entender a evolução do conceito de *arbitragem* através da História é preciso lembrar que, nos primórdios inexistia o conceito de “Estado”, sendo o poder concentrado nas mãos do monarca e de classes nobres, sacerdotes [...]. A desconfiança em relação a esse poder central e despótico levou

Considerando que a utilização das bases da arbitragem remonta às mais antigas civilizações e que o instituto ganhou significativo corpo com a intensificação da globalização, mostra-se relevante registrar, ainda que de maneira breve, o seu caminhar histórico para compreender a sua essência e relevância.

Não há como precisar quando, de fato, ocorreu a primeira manifestação de arbitragem, ou seja, a sua origem, contudo, a proposta de nomeação de um terceiro para desatar os impasses de maneira imparcial é coexistente as mais rudimentares civilizações humanas, no sentido de sequer estarem constituídas em uma figura estatal, portanto, em diversas civilizações a arbitragem precedeu, inclusive, a jurisdição estatal.

Os contornos mais nítidos da arbitragem puderam ser encontrados na Grécia, cuja cultura remonta à mitologia e apresenta claramente a figura de um terceiro para proferir o veredicto (SODRÉ, 2008, p. 106).⁴¹

O instituto da arbitragem acompanhou os passos da evolução das cidades gregas, pois o ambiente de crenças e valores comuns permitiram a expansão de normas para demais cidades próximas, o que proporcionou a proliferação do instituto perante as *polis*, na época, atuavam como árbitros preferencialmente os cidadãos gregos idôneos e as autoridades religiosas (CRETELLA NETO, 2004, p. 6). Além dos conflitos entre particulares, a arbitragem também era utilizada para solução de controvérsias entre cidades-estado, como exemplo de maior notoriedade, destaca-se a convenção firmada entre Atenas e Esparta no ano de 445 a.C, a qual continha uma espécie de cláusula que direcionava a solução de conflitos a via arbitral (CONDADO, p. 98)

Percorrendo a história, em Roma a arbitragem também estava presente entre os cidadãos, constituída sobre bases contratuais e decorrente de um ajuste entre os interessados, era permitido a um cidadão privado, escolhido entre a lista de idôneos do *judicium privatum*, conduzir e decidir as causas (DINAMARCO, 2013, p. 35).

As características imperialistas da política romana contribuíram para o aperfeiçoamento da arbitragem para além das relações particulares, a política

os particulares a nomearem *árbitros*, pessoas que disfrutavam de confiança mútua das partes” (CRETELLA NETO, 2004, p.6).

⁴¹ Como retratado na disputa do pomo de ouro na seguinte passagem: “As deusas Hera, Atena e Afrodite disputavam o pomo e o título de mais bela. Para não arranjar confusão entre os deuses, Zeus então ordenou que o príncipe troiano Páris, na época sendo criado como pastor ali perto, resolvesse a disputa” (HOMERO, 1962, p.42).

expansionista permitiu o desenvolvimento do comércio perante o império e, reflexamente, a existência de litígios pela vasta região, campo fértil para o incremento dessa modalidade de solução de conflitos (MUNIZ, 2006, p. 22).

Contornos mais expressivos são notados na Idade Média, o precário e inadequado sistema normativo aliado à presença acentuada da Igreja Católica permitiu a ingerência dos clérigos para atuarem como protagonistas na solução de controvérsias. No âmbito estatal, a organização hierárquica do feudalismo formada por sucessivos suseranos e vassallos, importava na designação do suserano superior para atuar como árbitro daqueles que seriam seus vassallos (CAHALI, 2014, p. 33).⁴²

Além disso, o comércio transfronteiriço passou a utilizar com maior intensidade a arbitragem em razão da alternativa de serem adotados os usos e costumes comerciais, em especial “[...] nas feiras, onde se reuniam comerciantes de várias nacionalidades, funcionavam tribunais arbitrais⁴³ [...]” (SODRÉ, 2008, p.112), permitindo um julgamento através de um terceiro desvinculado dos procedimentos legais que, por vezes, estavam atrelados às leis locais de uma das partes em detrimento da outra, o que importaria em insegurança nas relações comerciais.

Ao final do período mencionado, a descoberta de novos territórios e o progresso no comércio marítimo deram relevância ao prestígio da arbitragem (CRETELLA NETO, 2004, p.8), uma vez que “[...] na Idade Média era o método que regulava divergências entre os comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da moderna *lex mercatoria*” (STRENGER, 1996a, p. 23). Daí a apertada relação entre a evolução do comércio e o uso da arbitragem.

Na era da sociedade moderna, o fortalecimento dos Estados ligada a noção de soberania permitiram a reorganização dos sistemas jurídicos com a existência de leis e ordens peculiares a serem cumpridas dentro de determinado território, assim, “[...] naturalmente o Poder Judiciário avocou o respeito e autoridade para a solução das controvérsias” (CAHALI, 2014, p.33). Este fenômeno foi um reflexo da formação dos estados nacionais, pois “[...] eles se cifraram na soberania estatal, ou seja, no

⁴² A Idade Média experimentou uma pluralidade de regulamentações normativas em espaços territoriais próximos, uma estruturação estanque e hierarquizada da sociedade e a prática arbitral no seio da Igreja, motivos que, para Antônio Sodré (2008, p. 111) justificam as principais causas para a utilização da arbitragem, enumerando cinco delas: “i) ausência de leis, ou sua excessiva dureza e incivilidade; ii) falta de garantias jurisdicionais; iii) variedade de ordenamentos; iv) fraqueza dos Estados; e v) conflitos entre Estado e Igreja”.

⁴³ “[...] os comerciantes preferiram aos julgamentos dos tribunais, as decisões dos árbitros escolhidos por eles, mais rápidos e mais competentes em matéria comercial” (SODRÉ, 2008, p. 112).

poder incontestável de aplicar as determinações legais sobre uma dada população em um determinado território” (SODRÉ, 2008, p. 113).

Diante desse panorama de consolidação dos Estados e de avigoreamento das codificações, constata-se uma limitação na autonomia da vontade que implicou em retrocesso ao instituto da arbitragem entre particulares. Porém, sua tradição continuou a ser prestigiada nos usos e costumes em virtude das suas proficuidades e no plano das divergências entre as nações, pois um país não reconhecia a autoridade julgadora da parte contrária.

O impulso na arbitragem se deu no final de século XVIII, com a necessidade de conferir estabilidade às relações entre os Estados e, sobretudo no século XX, com a expansão desenfreada traçada pela globalização da economia as relações comerciais internacionais encontraram na arbitragem o canal seguro para conferir a segurança almejada, por assim ser, “[...] a arbitragem reafirmou-se não somente entre particulares, mas também entre Estados, como instituto essencial ao desenvolvimento do comércio internacional” (MUNIZ, 2006, p. 25).

Na seara do comércio internacional, o comerciante, por natureza, possui seus negócios em uma pluralidade de locais, daí a impropriedade da jurisdição estatal em atender eventuais litígios, pois de uma maneira ou de outra estaria atrelada a sede da parte compradora ou vendedora, promovendo desconfiança e dificuldades para a parte estrangeira. Assim,

[...] quanto ao comércio, embora sujeitos, genericamente, ao Poder Judiciário, criam os comerciantes suas próprias associações ou câmaras, contendo tribunais de arbitragem, onde funcionam árbitros, escolhidos, na maior parte das vezes, entre seus pares, que julgam os litígios com base não apenas nas leis escritas, mas especialmente, mediante critérios que levam em conta os costumes de cada ramo de atividade (CRETELLA NETO, 2004, p. 10).

Por assim ser, ressurge o interesse pela arbitragem e a intensificação da sua utilização nos negócios jurídicos em virtude do contexto de multiplicação dos contratos comerciais internacionais e circulação de capitais, pela criação de organismos internacionais e incremento das convenções multilaterais, pelo uso frequente de cláusula arbitral nos tratados envolvendo questões comerciais, pela criação de instituições arbitrais permanentes com propensão global, pelo reavivamento das orientações *da lex mercatoria* para disciplinar as relações, além da orientação pela busca de soluções que não conflitem com a soberania dos Estados

e que apresentem respostas eficazes aos anseios da multifacetada atividade comercial (SOARES, 1978, p.394).

Nesse sentido, uma série de acordos relativos à arbitragem advieram no intuito de estabelecer uniformidade e incrementar a sua utilização nas soluções de questões internacionais. No plano internacional, o Protocolo de Genebra (*Geneva Protocolo on Arbitration Clauses*) de 1923 promovido pela Liga das Nações Unidas (antecessora da ONU), estampa que o compromisso ou cláusula arbitral em matéria comercial seriam aptos a instituírem o juízo arbitral, de modo a afastar a atuação dos tribunais dos Estados (CARMONA, 2006, p. 98).⁴⁴

O cumprimento das decisões arbitrais foi objeto da Convenção de Genebra sobre Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927, ambas, por decorrência da ágil evolução do comércio internacional e da necessidade de regulamentações⁴⁵, foram incorporadas e aperfeiçoadas pela Convenção de Arbitragem de Nova Iorque⁴⁶, intitulada *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, de 1958⁴⁷, que prosseguiu reconhecendo a obrigatoriedade da convenção arbitral, desde que estabelecida por escrito, e a aceitação da decisão arbitral pelos ordenamentos jurídicos internos. A Convenção concedeu novo fôlego à arbitragem ao sanar discriminações entre decisões nacionais e estrangeiras e desburocratizar a execução das sentenças arbitrais ao equipará-las à sentença judicial. Esse é, inclusive, um dos seus principais objetivos:

⁴⁴ Nesse sentido, o artigo 1º: “Cada um dos Estados contratantes reconhecem a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição dos Estados contratantes diferentes, do compromisso ou cláusula compromissária pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes do contrato. [...]”.

⁴⁵ Isso decorreu porque os diplomas anteriores perderam sua eficiência, sobretudo por privilegiarem o duplo exequatur, que determinava que os laudos fossem chancelados pelo judiciário no local da sua prolação para, após, serem reconhecidos pelo judiciário do local da execução, o que tornava o procedimento complexo e custoso (ARAUJO; SPLITZ, 2011, p. 55).

⁴⁶ Artigo I.1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução. [...] Artigo III. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

⁴⁷ São 157 países signatários. Disponível em <<http://www.newyorkconvention.org/countries>>. Acessado em 20 maio 2017.

“[...] assegurar a mobilidade das decisões arbitrais, que podem ser obtidas em um determinado país, mas cumpridas sem maiores entraves jurídicos em outro” (ARAUJO; SPLITZ, 2001, p.55).

Constata-se uma tentativa de aproximação das legislações nacionais e o incentivo de demais países inserirem e adequarem suas legislações ao cenário internacional da arbitragem, daí a edição, em 1985 (com alteração em 2006), pela Comissão das Nações Unidas, de uma lei modelo, conhecida por Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Uncitral⁴⁸, com regras que refletem o consenso mundial sobre aspectos da arbitragem para servir de referência aos Estados na reestruturação e modernização das regras sobre arbitragem comercial (MARQUES, ARAUJO, 2005, p. 366). A lei abrange todas as fases do procedimento arbitral, desde a convenção de arbitragem até ao reconhecimento e execução da sentença arbitral, refletindo um consenso universal sobre os princípios e questões relevantes da prática da arbitragem internacional.⁴⁹

A difusão da arbitragem internacional também foi corroborada pelo surgimento de instituições especializadas em arbitragem, tratam-se dos tribunais arbitrais institucionalizados que, pela facilidade da condução do procedimento e seriedade demonstrada, têm cooperado com a uniformização das normas do comércio internacional e viabilizado o acesso à via arbitral, promovendo segurança aos negócios.

Entre as instituições de maior prestígio podemos destacar a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI ou ICC - International Chamber of Commerce) de 1923, a American Arbitration Association (AAA) de 1926, a London Court of International Arbitration (LCIA) de 1892, o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC - Stockholm Chamber of Commerce) de 1917, a Swiss Chambers Arbitration Institution (SCAI), a Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) de 1985, no âmbito nacional,

⁴⁸ “5. A Lei Modelo foi desenvolvida de forma a abordar as enormes disparidades sobre arbitragem nas leis nacionais. A necessidade de melhorar e de harmonizar tem a ver com o fato de que muitas vezes as leis nacionais não se encontravam adequadas aos casos internacionais” (LEI..., 2017, p.30).

⁴⁹ Diversos são os textos internacionais aplicáveis à arbitragem, a título exemplificativo ainda podemos citar a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961), a Convenção para Solução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Cidadãos de outros Estados (Washington, 1965 e 1991), Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975), Convenção Interamericana sobre Eficácia Territorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979), Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (1991).

a Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM/FGV), a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, entre outros.⁵⁰

Na história do Brasil⁵¹, o instituto foi inserido contemporaneamente à colonização portuguesa, através das Ordenações Filipinas⁵² que, após longa vigência foi incorporado à Constituição Imperial de 1824⁵³ e também foi lembrado pelo Código Comercial de 1850, contudo a legislação ainda era incipiente e desestimulante, mesmo com o advento do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939, mantinha-se a determinação de que o laudo arbitral proferido no exterior fosse homologado pela Justiça estrangeira antes de ser submetido à aprovação da Corte máxima brasileira.⁵⁴

Como forma de estimular e conferir efetividade à atividade arbitral na solução de litígios, o Brasil adotou medidas determinantes a “[...] acelerar a inserção do país no cenário internacional, que adota a arbitragem como forma predominante de solução dos litígios” (DOLINGER; TIBURCIO, 2016, p. 626).

Além da participação nas principais convenções internacionais sobre a matéria⁵⁵, a edição da Lei nº 9.307 de 1996 operou significativo avanço das

⁵⁰ Com destaque no cenário internacional podemos mencionar, ainda, a Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo Chamber of Commerce; Belgian Centre for Arbitration and Mediation; British Columbia International Commercial Arbitration Centre; German Institution for Arbitration (DIS); Hong Kong International Arbitration Centre; Japan Commercial Arbitration Association (JCAA); Singapore International Arbitration Centre (SIAC); Chamber of National and International Arbitration for Milan.

⁵¹ Sobre o uso da arbitragem no território brasileiro Emir Calluf Filho (2006, p. 21-43) destaca que antes mesmo de ser descoberto, em 1494 através do Tratado de Tordesilhas, as terras brasileiras foram objeto de disputa entre Portugal e Espanha, na oportunidade o árbitro foi o Papa Alexandre VI. As Ordenações Filipinas (1603) também contemplavam a possibilidade de se valer da arbitragem. O juízo arbitral, contudo, foi devidamente implementado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Imperial de 1824.

⁵² Nas Ordenações Filipinas a arbitragem encontra-se disciplinada no Livro III, Título XVI, cujo caput enuncia: “Posto que as partes compromettam em algum Juiz, ou Juizes árbítrios, e se obriguem no compromisso star por sua determinação e sentença, e que della não possam appellar, nem aggravar,, e o que o contrario fizer pague a outra parte certa pena, e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não paga, fique sempre a sentença dos árbítrios firme e valiosa; [...]” Contudo, na sequência a legislação permitia o recurso da decisão arbitral e também a dissolução do procedimento caso uma das partes se desistisse da via arbitral.

⁵³ “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

⁵⁴ No âmbito público, na realidade brasileira a arbitragem foi utilizada para definir as fronteiras com a Argentina, em 1900, para solucionar o conflito do território do Acre com a Bolívia em 1909, e para solucionar problemas com o Peru em relação as localidades do Alto do Juruá e Alto Purus, em 1910 (CAHALI, 2014, p.34).

⁵⁵ A exemplo do Pacto de Genebra (1923), da Convenção da ONU sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Nova York, 1958), da Convenção Interamericana

legislações antiquadas vigentes e adequou o país dentro dos padrões internacionais, como por exemplo, promovendo a remoção da exigência pela homologação judicial estrangeira do laudo arbitral e conferindo a devida força vinculante à cláusula compromissória.

Com foco na seara do comércio internacional, é de se observar que a arbitragem está vinculada mundialmente como meio adequado para resolução de conflitos resultantes de negócios internacionais e, por isso, o desenvolvimento das relações internacionais está correlacionado aos interesses econômicos estatais de ratificarem as convenções sobre o assunto e conferirem a devida harmonização com as ordens jurídicas internas.

3.2 COMPREENSÃO SOBRE A DINÂMICA DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A arbitragem, assim como a jurisdição estatal, é uma forma de solução de conflitos conhecida como heterocomposição⁵⁶⁻⁵⁷, isso porque a questão é confiada a um terceiro alheio ao conflito, denominado árbitro, que se encarrega do mando de decidir os litígios sem a necessidade de intervenção estatal.⁵⁸

Por essa característica fundamental, este instrumento é referido como meio alternativo⁵⁹ de solução de controvérsias, ou método extrajudicial de solução de conflitos (Mesc)⁶⁰, trata-se, em verdade, de um mecanismo privado de solução de litígios que se realiza sem a gerência direta do Estado.

sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (1979), do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (1998).

⁵⁶ Termo utilizado para referir-se a técnica através da qual o conflito existente entre as partes é decidido por uma terceira pessoa, alheia ao conflito.

⁵⁷ Essa característica diferencia a arbitragem da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de conflitos, de modo que, nesses últimos, não há prolação de decisão a ser imposta às partes, visto que a finalidade desses institutos é o de promover a composição entre as partes.

⁵⁸ “El arbitraje, a diferencia de la negociación o la mediación, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que éstas acuerden La solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual em sus efectos a una sentencia judicial” (CAIVANO, 2006, p.43).

⁵⁹ A alternatividade é empregada no sentido de diferenciar a arbitragem da justiça estatal, e não com a intenção de inferiorizar uma perante a outra, pois cada qual é adequada para solução de determinados casos.

⁶⁰ No direito norte-americano a expressão empregada é *Alternative Dispute Resolution – ADR*.

Nela, as pessoas capazes de contratar⁶¹ encarregam aos árbitros o mando de decidirem os seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (GUILHERME, 2007, p. 32). Apesar da dificuldade em proferir uma definição, Carlos Alberto Carmona (2004, p. 51) assim conceitua:

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

Ademais, a arbitragem pode ser compreendida como a

[...] técnica que visa a dar solução de questão interessando às relações entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – às quais têm poderes resultantes de convenção privada e decidem com base dessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado (STRENGER, 1996a, p. 33).

Esta técnica pode ser sinteticamente definida como um meio que visa a solução de conflitos entre partes capazes

[...] sobre as quais possam dispor livremente em termos de transação ou renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros --, as quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destes resultantes de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado (GUILHERME, 2007, p. 33).

Assim, trata-se de um método de solução de conflitos alicerçado na exteriorização da autonomia da vontade das partes em, através da via contratual, eleger um terceiro imparcial que proferirá uma decisão, laudo arbitral, que produzirá eficácia mandatória entre as partes. Por ser realizada sem a intervenção do Estado e decorrer de atividade privada, há sensível flexibilidade quanto às regras e procedimentos, o que permite seja melhor adaptada às peculiaridades das demandas.

Dentre as principais particularidades que dão forma a arbitragem, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 24) destaca que: a) o conflito é solucionado por

⁶¹ Vide art. 1º da Lei 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

um terceiro que pode ser um árbitro ou um órgão colegiado de julgadores, normalmente composto por três árbitros; b) o árbitro é indicado pelas partes; c) a escolha pela via arbitral importa na exclusão da análise de mérito pelo Poder Judiciário; d) a sentença arbitral vincula as partes e é susceptível de ser executada.

Daí ser possível concluir que o traço mais significativo que diferencia a arbitragem em relação a jurisdição do Estado “[...] é a faculdade concedida às partes de designarem a pessoa que deverá solucionar a questão entre elas surgida, ao invés de dirigir-se a uma jurisdição estatal preestabelecida” (MUNIZ, 2005, p. 19)⁶²

Ao optarem pela arbitragem as partes exercem sua liberdade para selecionarem aquele que decidirá sobre a questão, vinculando-se, após, aos poderes conferidos ao árbitro. O órgão arbitral incumbido de solucionar a desavença pode ser constituído por um único árbitro ou por um colegiado, via de regra em número ímpar e de três; tanto num caso quanto no outro, referido órgão arbitral pode ser constituído exclusivamente para determinada causa (arbitragem *ad hoc* ou avulsa) ou pode ser pré-existente, no caso da arbitragem institucional, como são exemplos a CCI, AAA, LCIA, CAM-CCBC.

O procedimento, os princípios, as características e as atribuições dos árbitros são as mesmas, o que diferencia essas espécies é a existência de uma instituição para administrar o procedimento ou não, visto que os árbitros escolhidos podem ser apenas de confiança das partes e não possuir qualquer vínculo institucional. Na primeira, há a vantagem de depositar a causa perante uma instituição com regulação quanto ao trâmite e experiência na área, que cuidará dos trâmites necessários para o correto desenvolvimento do procedimento, é o que ocorre nos principais litígios provenientes do comércio internacional, que depositam às Câmaras com notoriedade neste cenário a competência para processar o deslinde da causa, contudo, referidas organizações cobram um significativo valor pelos serviços prestados (MARQUES; ARAUJO, 2005, p. 366).

A análise da natureza jurídica corrobora com a compreensão do conceito do instituto e com sua localização no sistema jurídico, assim, em relação à natureza jurídica, têm-se basicamente quatro teorias: privatista ou contratual; jurisdicional ou publicista; intermediária, mista ou híbrida; e a autônoma.

⁶² “Arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes” (CRETELLA NETO, 2004, p. 11).

A primeira corrente defende que a arbitragem e o laudo arbitral representam uma extensão do contrato (convenção arbitral) firmado entre as partes em que se opta por investir a um terceiro o papel de solucionador do impasse, para se dar concretude a decisão era necessária a chancela do Estado, por referida característica é que são denominados contratualistas. Contudo, com a força obrigatória do laudo arbitral e a equiparação entre árbitros e juízes, a teoria perdeu espaço.

Os jurisdicionalistas ou publicistas conferem à arbitragem a qualidade de substituta da jurisdição, por considerarem que o Estado, através de disposições legais, atribuiu aos árbitros poderes semelhantes aos dos juízes, qual seja, de decidir litígios, assim, trata-se de uma prestação jurisdicional delegada pelo Estado e não derivada do contrato (LIGMANOVSKI, 2010, p. 105).

A teoria mista ou híbrida congrega os elementos das teorias contratualistas e jurisdicionalistas anteriores, nessa perspectiva a arbitragem é apresentada, em sua primeira fase, no aspecto contratual, pois se pauta no negócio jurídico (convenção de arbitragem) firmado entre as partes que vão conferir ao terceiro a solução do litígio. Após, a arbitragem será desenvolvida e o árbitro dará, pela via privada, a solução do litígio, em outras palavras, “[...] o caráter de jurisdicionalidade respalda-se nas normas de ordem pública contidas na Lei de Arbitragem. Através destas, o Estado reconhece a liberdade das partes de optar pela justiça privada [...]” (MUNIZ, 2006, p. 36).

Por último, a natureza jurídica autônoma valoriza sobremaneira o princípio da autonomia da vontade e identifica que a arbitragem se desenvolve com base nas suas próprias regras, sendo um sistema desvinculado dos ordenamentos jurídicos estatais. Esta teoria ganha relevância no cenário internacional, conferindo independência ao procedimento em relação aos ordenamentos internos (CAHALI, 2014, p. 103).

Embora não exista um consenso doutrinário, pois a adoção de uma ou outra corrente passa por um posicionamento crítico, a partir das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, somado com a Lei 9.307/1996, infere-se que, além da força conferida a convenção arbitral para vincular contratualmente as partes ao juízo privado, também foram conferidos poderes e autoridade aos árbitros e suas decisões, pelo que, compreende-se que a natureza híbrida melhor condiz com o instituto, o que valida os conceitos sobre arbitragem apresentados.

Outra questão que não possui convergência trata-se em identificar quando uma arbitragem será caracterizada como internacional. A lei brasileira não possui elementos que auxiliem na diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional, a única diferenciação que a lei traz é entre sentença nacional e estrangeira, sendo esta última àquela proferida fora do território nacional, pouco importando onde se realizou o procedimento, a origem das partes, etc.⁶³

Não obstante, convém notar que algumas legislações internacionais trazem a definição do que se compreende por arbitragem internacional.^{64,65}

A Lei Modelo da Uncitral, usada de referência por muitos países, em seu artigo I, item 3, estabelece que a arbitragem será internacional se as partes envolvidas possuírem seus estabelecimentos em Estados diferentes, ou quando o lugar em que ocorrerá a arbitragem, ou o local onde ocorrerá o cumprimento substancial das obrigações resultantes da relação comercial, estiverem situados em lugares fora do Estado em que as partes possuem estabelecimento. Será internacional, ainda, a arbitragem cujo objeto está relacionado com mais de um Estado.

A Lei de Arbitragem da Espanha⁶⁶ segue as diretrizes expostas e acrescenta a qualidade internacional quando a relação jurídica afeta interesses do comércio

⁶³ A sentença estrangeira para que tenha eficácia no Brasil, ao contrário da sentença doméstica, exige a homologação perante o STJ. O procedimento mencionado não visa à análise de mérito, mas tão somente constatar a inexistência de conflito com a ordem pública interna.

⁶⁴ “A arbitragem comercial internacional pode ser definida segundo critérios jurídicos ou econômicos. Os primeiros, têm como base pontos de contato objetivos com a nacionalidade, ou residência das partes ou do(s) arbitro(s), a sede da arbitragem, o lugar de conclusão ou execução do contrato objeto de litígio, etc. O segundo critério considera como internacional a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional. É a concepção do direito francês” (LEE, 2009, p. 266).

⁶⁵ “Dois critérios podem ser usados, individualmente ou em conjunto, na definição de “internacional”. O primeiro envolve a análise da natureza da disputa, segundo a qual a arbitragem é considerada internacional se contempla os interesses do comércio internacional. O segundo dá ênfase às partes; sua nacionalidade, lugar de residência habitual, ou sua sede ou lugar de seu principal estabelecimento” (SANTOS, 2007, p.415).

⁶⁶ Digno de nota a exposição dos motivos da lei espanhola ao destacar a importância da Lei modelo: “Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.”

internacional.⁶⁷ No mesmo sentido, a legislação francesa estabelece que “[...] *est internacional l’arbitrage qui met em cause des intérêts du commerce internacional*”.⁶⁸

Assim, os conflitos provenientes do comércio internacional, pelas suas características, são direcionados à arbitragem internacional.⁶⁹ De tudo, importa relembrar que a Convenção de Nova Iorque de 1958, amplamente aceita e também promulgada pelo Brasil, dispõe nos artigos I a IV o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais proferidas em outros Estados por aquele em que se tenha que ser cumprida a determinação, bem como o reconhecimento do acordo celebrado entre as partes quando optam pela arbitragem. Tudo isso vem a corroborar com a segurança e difusão da arbitragem internacional.

Determinando o estudo para o âmbito privado, a arbitragem, por excelência, exige como objeto do litígio um direito patrimonial disponível, isso quer dizer que o direito envolvido no litígio deve possuir aferição patrimonial e as partes possuem o direito de dispor, transacionar, ou seja, exercer pela sua livre vontade os diversos negócios jurídicos e interesses sobre o bem. Por assim ser, dada a delimitação apresentada, os direitos patrimoniais envolvendo bens do comércio se adéquam à proposta da arbitragem visto que, se as próprias partes podem pactuar sobre eles, não há razão para que o Estado obste que as partes elejam um terceiro para decidir sobre o direito que, por eles, pode ser livremente negociado.

Na esfera da arbitragem, embora já tenha sido mencionado em oportunidade anterior, as partes podem livremente eleger o direito que será aplicado no julgamento, nesse sentido, estão autorizadas a permitir que a arbitragem se realize

⁶⁷ Lei n. 60/2003, artigo 3, item 1: “El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.”

⁶⁸ Conforme artigo 1.504 e seguintes do Código de Processo Civil da França.

⁶⁹ “Já no campo do Direito do Comércio Internacional, em que se defrontam Estado e particular estrangeiro, ou particulares de diferentes países, a arbitragem é geralmente instituída para resolver litígios envolvendo a execução de contratos internacionais, apresentando-se como excelente método para evitar as incertezas ligadas aos conflitos de leis e à diversidade de direitos nacionais [...]” (CRETELLA NETO, 2004, p. 18).

até mesmo com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.⁷⁰

A par das características preponderantes, dão sustentáculo ao instituto alguns princípios norteadores, dentre os quais destacam-se a autonomia da vontade, o devido processo legal, a definitividade da decisão; quanto aos princípios informadores temos a solução pacífica dos conflitos, a boa-fé e a justiça; no procedimento a observância do contraditório, da isonomia, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro, dentre outros (CONDADO, 2008, p. 116). Muitos dos princípios condizem com características e proficuidades da arbitragem, razão pela qual convém explaná-los com maiores detalhes em tópicos independentes.

Retornando a explanação à dinâmica da arbitragem, convém aprofundar o estudo com a compreensão sobre a convenção de arbitragem, que é o passo inaugural para que se estabeleça a arbitragem.

A eleição pela via arbitral, por decorrer do princípio da autonomia da vontade e ser uma alternativa a via judicial, depende de prévia pactuação entre as partes que submeterão o conflito ao árbitro, trata-se da fase contratual ou pré-arbitral. O pacto, conhecido como convenção de arbitragem, pode ser definido “[...] como o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral” (ROCHA, 2008, p. 28).

Através da convenção de arbitragem as partes contratam a arbitragem e obrigam-se a solucionar seus conflitos por essa via, bem como exercem a liberdade de estipularem o procedimento, local e idioma da arbitragem, as normas que irão instruir o juízo arbitral, promoverem a nomeação dos árbitros, entre outros.

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996)⁷¹ faz referência à convenção enquanto gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.⁷²

A cláusula compromissória “é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem” (CAHALI, 2014, p. 131). Com nota no art. 4º da Lei n. 9.307/1996, caracteriza-se como sendo a convenção

⁷⁰ Não é outra a previsão legal constante no artigo 2º da Lei 9.307/1996 que, embora seja objeto de debates sobre sua aplicação e conveniência na arbitragem doméstica, para a arbitragem internacional é tida como um imperativo necessário.

⁷¹ Neste assunto utiliza-se a legislação brasileira como referência em razão de não ser uma qualidade essencial do instituto da arbitragem e por causa da perspectiva do leitor.

⁷² Cumpre esclarecer que a diferenciação entre as espécies não é um imperativo, há sistemas jurídicos, como o da Espanha, que equipara o instituto em apenas uma espécie.

das partes a submeterem ao julgamento de um árbitro (e não ao julgamento estatal) os litígios que possam nascer no decorrer de uma relação jurídica estabelecida por contrato. Assim, é indispensável que a cláusula faça alusão a uma relação jurídica contratual, pois são os litígios dali advindos que serão objetos da arbitragem (SANTOS, 2004, p. 45).⁷³

Uma das características mais vibrantes da cláusula compromissória é a sua autonomia em relação ao contrato cujo conteúdo se refere, os requisitos de existência, validade e eficácia da cláusula compromissória são autônomos ao contrato que a estabeleça, trata-se, portanto, “[...] de um negócio jurídico com individualidade própria” (ROCHA, 2008, p. 44-45), o que confere importante segurança e crédito àqueles que optam pela via privada.

Pelo seu conteúdo a cláusula compromissória pode ser classificada como cheia ou vazia. Na primeira, são contempladas as instruções necessárias para que seja promovida a arbitragem, tal como a escolha do árbitro, portanto, em caso de eventual litígio, a instauração do procedimento arbitral é imediato, pois já foram delimitados os procedimentos. Importante destacar que, no caso da opção pela arbitragem institucional, via de regra a entidade já possui regulamento próprio. Se vazia, há a vinculação pela arbitragem, porém, diante da lacuna quanto à sua instauração, necessário estabelecer o compromisso arbitral no momento do conflito.

Em razão da cláusula compromissória ser anterior ao conflito, entende-se ser mais fácil regrá-la enquanto as partes convivem em clima de cooperação, por outro lado, a prévia delimitação entra óbices por não ser possível prever as peculiaridades e extensão do conflito futuro.

Diante de uma situação concreta e na hipótese de não haver estipulação da cláusula compromissória ou esta ser vazia, as partes poderão utilizar o compromisso arbitral como forma de efetivar a cláusula ou optar pela solução através da via arbitral.

O compromisso arbitral refere-se à opção pela instauração da arbitragem de uma controvérsia existente entre as partes e pode ser, segundo a lei, judicial ou extrajudicial. Quando judicial, será celebrado perante o juízo em que tramita a demanda e implicará em extinção do processo sem julgamento de mérito. O

⁷³ Considerando que nem sempre no comércio internacional há contratos formalmente elaborados, a Convenção de Nova Iorque no seu art. 2º, incisos I e II propõe que a submissão à arbitragem acontece mediante acordo escrito, seja ele contratual ou não, admitindo, assim, a cláusula inserida em correspondências.

compromisso arbitral extrajudicial, por sua vez, deve ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996) (PINTO, 2002, p. 77-78). Por já existir o conflito, não há que se falar em compromisso arbitral vazio, pois sempre deverá atender aos requisitos obrigatórios para a instauração da arbitragem.

Em síntese, confrontando a cláusula compromissória com o compromisso arbitral, denota-se que eles se diferenciam uma vez que a primeira é anterior ao conflito e diz respeito a qualquer evento futuro, portanto, não faz referência a um litígio específico, mas àqueles decorrentes de uma relação jurídica; já o segundo é convencionado após o surgimento do conflito, ou seja, é formalizado após a existência do problema (KROETZ, 1997, p. 137).

Dentre os principais efeitos decorrentes da convenção de arbitragem, o efeito positivo e o negativo são os que merecem maior destaque. O efeito positivo consiste na vinculação obrigatória das partes à decisão daquele que detiver poder de julgá-las, no caso o árbitro. Por outro lado, o efeito negativo faz referência à subtração da competência do poder de decidir do órgão judicial (ROCHA, 2008, p. 39).

Com efeito, uma vez firmada a opção pela arbitragem, dada a sua imperatividade, não é possível que uma das partes arrependa-se ou queira modificar unilateralmente as diretrizes já estipuladas. Assim, o principal efeito é vincular as partes à justiça privada.

3.3 AS PARTICULARIDADES DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUAS PROFICUIDADES

Superarada a compreensão conceitual e bem destacado o cenário global no qual a arbitragem ganha relevância para a promoção dos negócios internacionais, cabe enumerar as principais características que despontam como verdadeiras vantagens visadas quando da opção pelo juízo arbitral e, por outra via, os custos de transação, isso porque tais características reafirmam a importância do instituto e torna-se necessário compreendê-las para que seja possível adentrar ao desfecho do presente estudo.

No que tange às proficuidades, a doutrina não apresenta maiores divergências, pois parte destas derivam do princípio elementar da arbitragem - a autonomia da vontade das partes -. Assim, a vantagem mestra a ser apresentada é

o caráter voluntário do procedimento arbitral, a partir do qual o árbitro e a estrutura procedimental a ser seguida serão escolhidos livremente pelos envolvidos. Entre as demais características, destacam-se: a especificidade técnica do árbitro; a celeridade para solução dos conflitos; a neutralidade e a confidencialidade do procedimento. Não significa que as vantagens se exauam nas indicadas, mas que estas são reiteradas pela doutrina e guardam maior pertinência com o trabalho.

No que diz respeito ao princípio da autonomia da vontade, compreende-se tanto a livre opção pela via arbitral para solucionar a controvérsia⁷⁴ – liberdade de contratar –, como a liberdade das partes de estipularem, como melhor lhes parecerem, os termos e condições do procedimento. A essência desse preceito é, em primeiro lugar, a vontade de submeter a solução do litígio ao árbitro, pois, “não pode haver arbitragem, a menos que as partes tenham concordado que sua disputa será resolvida desse modo e não por litigância perante Cortes estatais” (STRENGER, 1996a, p. 25).

Corolário da autonomia da vontade⁷⁵, ainda, está a permissão de que as partes são livres para pactuar a lei a ser aplicada na arbitragem, tanto de direito material quanto processual⁷⁶, podendo ainda dispor que o julgamento se dará por equidade ou com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio, o que é especialmente importante no campo do comércio internacional. (LEÃO, 2012, p. 16)

Quanto às regras do procedimento, nada impede que as partes criem regras específicas sendo, em síntese, três as possibilidades: a elaboração de um procedimento específico para a solução do litígio; a utilização das regras de um órgão arbitral institucional ou as regras de processo constantes em algum código ou lei; ou deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento. (CARMONA, 2006, p. 249)

Assim, é possível falar que da autonomia da vontade decorre uma flexibilidade do procedimento, pautada na informalidade, há maior adequação do rito

⁷⁴ É sempre voluntária, a Carta Magna garante o acesso ao Poder Judiciário, como se vê no art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁵ “Bom lembrar que a origem da ideia de autonomia da vontade sempre esteve relacionada com a de *pacta sunt servanda*, da criação de obrigações, por vontade própria, pelo titular de direitos” (PARENTE, 2012, p. 97).

⁷⁶ A orientação encontra disposta, entre outros dispositivos, no Artigo 19.1 da Lei modelo da UNCITRAL: “Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral”.

aos interesses das partes e ao caso concreto.⁷⁷ No mais, o consenso pela arbitragem, pelo procedimento e pelo árbitro, permite uma posição de maior igualdade e menor conflituosidade entre as partes e árbitros, o que facilita o decorrer do trâmite (FRANZONI, 2015, p. 26).

No âmbito da legislação brasileira, há considerações de que diante da taxatividade do *caput* do artigo 9º da LINDB, o direito internacional privado não autoriza a escolha do direito a ser aplicado nos contratos, prevalecendo a aplicação da lei do país onde as obrigações forem constituídas.

Contrariando a LINDB, o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade, caracterizada pela superveniente edição de lei específica que dispõe, no parágrafo 1º do artigo 2º que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.⁷⁸ Com o reconhecimento da autonomia da vontade foi conferida a necessária eficácia para a promoção da arbitragem internacional.

De todo modo, a liberdade das partes deve observar certos limites, em estudo sobre os efeitos da autonomia das partes na arbitragem internacional, Egbedi Tamara (2016) conclui que, embora núcleo da arbitragem internacional, a vontade das partes não é ilimitada e um desses limites é o respeito a ordem pública, pois se violada torna a sentença arbitral inexecutável.⁷⁹

A primeira característica decorrente da autonomia da vontade das partes, aqui também tratada como vantagem, representa a possibilidade de as partes escolherem e indicarem árbitros ou instituições com habilitação técnica adequada a dirimir o conflito, assim, cabe ao consenso das partes selecionar os julgadores que melhor lhes imprimam confiança ou que entendam serem justos, éticos e experientes. Desse modo, antes mesmo de surgir o conflito, as partes podem ter a garantia de que o responsável por dirimir a questão será aquele escolhido, não

⁷⁷ Na arbitragem as partes “[...] podem escolher o órgão julgador, composto de *experts* na matéria objeto do julgamento, que tenham a sua confiança; ditar o procedimento a ser observado; as provas que serão admitidas; e o prazo em que a sentença deve ser proferida” (ALVIM, 2007, p. 54).

⁷⁸ Ainda no artigo 2º, o §2º diz que “poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

⁷⁹ Sobre a autonomia das partes no procedimento arbitral: PRYLES, Michael. *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/4/48108242525153/media012223895489410limits_to_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration.pdf>.

sendo o julgador uma surpresa obra de sorteio futuro, o que traz segurança à negociação.⁸⁰

Pelo fato da arbitragem ser gerenciada no campo privado, o julgador não está vinculado às atividades judiciais do Estado, nesse sentido, podem ser árbitros quaisquer pessoas capazes independente de sua formação acadêmica - a depender da lide, poderão ser árbitros engenheiros, arquitetos, médicos, químicos, economistas, empresários e, inclusive, advogados -, portanto os árbitros são seres do mercado habituados com o objeto de conflito e mais sensíveis os interesses das partes (MEDINA, 2004, p. 70-71).

A pertinência entre o conhecimento do árbitro e a lide posta, confere “[...] melhor qualidade à resolução do conflito, uma vez que, sendo o árbitro especialista da matéria objeto da decisão, esta presume-se de melhor qualidade do que a proferida por um juiz togado [...]” (MEDINA, 2004, p. 71), referida qualidade ganha relevância quando se observa que as disputas arbitrais abrangem predominantemente áreas técnicas, como a navegação. A título exemplificativo, “um engenheiro naval tem muito mais autoridade para julgar as condições de navegação de um navio do que um advogado” (MARQUES; ARAUJO, 2005, p. 358). Ademais, espera-se do árbitro um julgamento mais detalhado, com maior profundidade e atenção às questões fáticas e jurídicas, o que também representa ganho qualitativo.

A possibilidade de escolha e a especialidade daquele que apreciará o litígio representa interessante atrativo, pois se mostra relevante o conhecimento específico sobre a matéria objeto da controvérsia, sobretudo porque os tribunais estatais não estão acostumados a verem essas matérias e possuem pouco conhecimento e experiência quando o objeto da disputa provém de negócios internacionais.⁸¹

A especialidade e a escolha dos árbitros com base no critério da confiança possibilitam que os comerciantes aceitem com menor resistência o veredicto exarado, o que corrobora com a exequibilidade da decisão.

Ao lado da especialidade dos árbitros e da liberdade das partes em nomeá-los, o correto prosseguimento do procedimento arbitral deve pautar-se no devido processo legal, por esse motivo, desponta como característica relevante a

⁸⁰ “Enquanto o conhecimento do juiz estatal é construído de maneira horizontal e ampla, o conhecimento técnico e acadêmico do árbitro tende a ser mais verticalizado, específico e aprofundado” (FRANZONI, 2015, p. 16).

⁸¹ Não se pretende determinar os árbitros como melhores que os juizes, mas apenas reconhecer que há casos em que os árbitros são mais indicados, assim como em outros os juizes são a opção mais indicada.

observância dos princípios da neutralidade, da imparcialidade e da independência dos árbitros.

Por neutralidade, entende-se um julgador que garanta “[...] tratamento equânime entre as partes, principalmente, em relação a nacionalidade dos litigantes, afastando a incerteza quanto à isenção dos tribunais locais” (MUNIZ, 2005, p. 14), o que desperta para as partes envolvidas numa relação internacional um senso de justiça e segurança.⁸²

Relacionando a neutralidade com a especialização dos árbitros:

A neutralidade é tida como sendo a melhor qualidade da arbitragem, uma vez que permite a apreciação do litígio de forma desprovida de pressões e interesses políticos ou econômicos, porquanto os árbitros não atuam em nome do Estado. Ademais, os árbitros, por serem ou diretamente nomeados pelas partes ou por instituições especializadas, conforme o caso, geralmente são profissionais especializados na matéria em litígio ou são do meio sócio-profissional no qual este nasceu (ARMELIN, 2008, p. 207).

No desempenho de sua função, o árbitro deve proceder com imparcialidade, independência, diligência e descrição, existindo impedimento para aqueles que possuem com as partes ou com o objeto alguma relação que caracterize as causas de impedimento e suspeição dos juízes, de tal modo, é dever do árbitro revelar qualquer indício que denote dúvida quanto à sua atuação, nesse sentido dispõe o artigo 12º da Lei Modelo da UNCITRAL.⁸³

Outra característica positiva do procedimento arbitral é a sua celeridade, que pode ser analisada tanto na ótica jurídica quanto econômica, ganhando maior realce quando se toma por paradigma a via judicial. A importância dessa característica traduz uma das afinidades da atividade comercial com a arbitragem, já que:

[...] a própria natureza das relações comerciais exige que os conflitos que surjam entre as partes sejam resolvidos de forma rápida, mas

⁸² “As pesquisas de campo realizadas entre os comerciantes internacionais demonstram que até mesmo onde cada parte provém de país com excelente nível de seu sistema legal, esta circunstância não preenche a confiança de que a jurisdição da outra, em igualdade de situação, será sempre imparcial. Nessas hipóteses, a neutralidade é apontada como fator fundamental pelos interessados em resolver disputas.” (STRENGER, 1996^a, p.26).

⁸³ No mesmo sentido prevê o Regulamento de Arbitragem da CCI ao dispor no art. 14 que a falta de imparcialidade ou independência ensejam a impugnação do árbitro; já o artigo 1.456 do Código de Processo Civil Frances ressalta o dever do árbitro revelar quaisquer circunstâncias que possam afetar a sua independência ou imparcialidade. A Lei 9.307/1996 não diverge e trata do assunto nos artigos 13 e 14.

sem perdem o rigor da solução: já foi dito, não sem razão, que mais vale uma solução rápida e aproximada que outra leta e exata (MARTÍNEZ, 1992, p. 86)⁸⁴.

Diversos são os fatores que concorrem para a aludida rapidez na solução dos conflitos pela arbitragem, a flexibilidade do procedimento pode ser apontada como um desses motivos, pois, enquanto a arbitragem possui caráter pragmático e preza pela solução da matéria de fundo e pela informalidade, os procedimentos do Judiciário estão regidos por rígidas regras e formalidades que engessam o escoamento deslinde do conflito (CAHALI, 2014, p.94).

A agilidade e rapidez na solução dos conflitos decorrem, ainda, da possibilidade de as partes convencionarem um prazo para que seja proferida a sentença arbitral, a fixação do prazo põe termo à arbitragem e impede que o procedimento se alastre indeterminadamente. Caso não seja estipulado pelas partes, o regulamento da Câmara arbitral pode trazer parâmetros, a exemplo da CCI que, em seu artigo 31 dispõe que o prazo para ser proferida a sentença arbitral é de seis meses.⁸⁵ Com efeito, em que pese o período seja variável a depender da complexidade da causa e das instituições envolvidas, a possibilidade de fixar um prazo certo afasta a insegurança do julgamento demasiadamente tardio.

Em uma análise empírica de todos os casos administrados pela LCIA no período de 01 de janeiro de 2013 até 15 de junho de 2015 foi constatada uma duração média das arbitragens de 16 meses, sendo que em arbitragens com um árbitro a média foi de 15 meses e de três árbitros 19 meses (LCIA..., 2017).

Ademais, em regra, a decisão arbitral faz-se definitiva em instância única e dela não cabem os sucessivos recursos que prolongam as lides e tornam a justiça estatal morosa, o que é justificável, inclusive, pela tecnicidade do árbitro. Isso importa em menor custo temporal, fator economicamente relevante a ser considerado pelas partes. Caso exista o interesse pelo julgamento colegiado, este

⁸⁴ No original: “[...] la própria naturaleza de las relaciones comerciales exige que los conflictos que surjan entre las partes Sean resueltos de forma rápida, pero sin perder el rigor de La solución: se há dicho, no sin razón, que más vale una solución rápida y aproximada que outra lejana y exacta”.

⁸⁵ A legislação também pode definir parâmetros, a exemplo da lei brasileira que, em seu artigo 23 dispõe que, se outra não houve sido a vontade das partes, a sentença arbitral será apresentada dentro de seis meses.

pode ser realizado desde o início, o que afasta o interesse por uma instância recursal.⁸⁶

Apropriado mencionar que os próprios árbitros possuem interesse na célere solução do conflito, pois, em última análise, são prestadores de serviços e, um trabalho detalhado e eficiente elevará a reputação e visibilidade no meio profissional (FRANZONI, 2015, p.21).

De fato, a celeridade pode restar prejudicada pelo atuar mal-intencionado de uma das partes, como a intenção de retardar a instauração da arbitragem, contudo, em termos gerais, é uma vantagem possível.

A confidencialidade, ou sigilo procedimental, demonstra ser uma importante característica e vantagem a ser aplicada na solução de conflitos comerciais por meio da arbitragem. Essa possibilidade implica na restrição do conteúdo do processo para apenas os sujeitos envolvidos no julgamento, impossibilitando o acesso e conhecimento público das informações ali constantes.

A reserva de publicidade não faz parte da natureza da arbitragem, por exemplo, na Lei Modelo da UNCITRAL, na Convenção de Nova Iorque e até mesmo na n. 9.307/1996 não há nada que disponha sobre a confidencialidade; contudo, ela pode estar contida tanto na convenção arbitral como nos regulamentos de diversas câmaras arbitrais (FONSECA; CORREA, 2012, p. 418-419).⁸⁷ Isso ocorre porque a arbitragem é privada e regida pela autonomia da vontade, o que possibilita a eleição dessa hipótese, ao contrário do que ocorre numa demanda dentro do Judiciário, onde a regra é a publicidade e o sigilo ocorre somente em situações específicas e expressamente previstas em lei. Assim, o dever de sigilo não é intrínseco ao procedimento arbitral, mas “[...] é muito comum as partes pactuarem um dever de confidencialidade em arbitragens, especialmente as internacionais” (CASADO FILHO, 2014, p. 43).

Essa possibilidade ganha relevância, pois, muitas vezes, é de interesse dos envolvidos que seus conflitos não sejam tornados públicos e não ganhem

⁸⁶ A opção pela instância recursal é possível de ser pactuada, contudo, além de ser injustificada face a possibilidade de julgadores colegiados desde o início do procedimento, tem-se que os árbitros são dotados de maior especialidade e, portanto, o acerto das decisões é provável. Ademais, como se verá adiante, a instância recursal pode acabar sendo deveras custosa às partes.

⁸⁷ Nesse sentido, dentre outras previsões, o artigo 6º do Regulamento da ICC dispõe: “Os trabalhos da Corte têm caráter confidencial, que deve ser respeitado por todas as pessoas que deles participem, a qualquer título. A Corte definirá as condições sob as quais pessoas não autorizadas poderão participar de suas reuniões e ter acesso aos documentos relacionados aos trabalhos da Corte e de sua Secretaria”.

repercussão, evitando-se a exposição das partes e do objeto da demanda, em especial o vazamento de informações aos concorrentes, justamente por serem empresas de alcance global (MARQUES, 2005, p. 358).⁸⁸

Também há o entendimento de que o sigilo do procedimento, ao obstar intervenções externas, facilita a composição das partes ou, ainda que haja o conflito, viabiliza a manutenção da relação jurídico/comercial (SANTOS, 2004, p. 31). Em outras palavras, o sigilo da arbitragem permite a reparação do evento danoso sem que a parte tenha tido sua reputação prejudicada no meio em que atua, até porque, caso assim não o faça, a depender do caso será necessário o processo de execução no âmbito do judiciário, ocasião em que não haverá a proteção do sigilo e permitirá a exposição do vencido.

Dadas as especificidades da arbitragem, sobretudo a afinidade que possui na solução de conflitos de natureza comercial internacional e a autonomia da vontade das partes com conseqüente flexibilização do procedimento, são diversas as características que demonstram maior adaptação à natureza dos litígios internacionais e implicam em proficuidades. Por assim ser, não existe um rol taxativo dessas características, motivo pelo qual, sem o ânimo de exaurir a matéria, para os fins dessa exposição, merecem ainda serem abordadas outras vantagens.

Em virtude das diferentes nacionalidades envolvidas no litígio internacional e da independência dos árbitros e das câmaras arbitrais, as partes podem estabelecer o idioma ou idiomas que serão utilizados no decorrer do procedimento arbitral, portanto, escolhem em qual língua serão realizadas as manifestações e as decisões, nesse sentido dispõe o artigo 22 da Lei Modelo da UNCITRAL.

Outra característica importante para o fortalecimento do instituto é o caráter de definitividade das decisões proferidas pelos árbitros, de modo que o mérito da decisão arbitral não pode ser objeto de modificação perante o Judiciário, o que confere força a obrigatoriedade do seu cumprimento.

⁸⁸ Destacando os motivos pelos quais as partes podem preferir a confidencialidade Fonseca e Correia (2012, p. 417), afirmam que “[...] em determinados ramos de negócios, a publicidade em torno dos litígios pode representar uma mácula para a reputação da companhia envolvida afetando o seu desempenho empresarial no mercado. Finalmente, a confidencialidade permite manter em segredo elementos imateriais importantes das atividades da empresa, como práticas comerciais, invenções ou políticas internas que eventualmente sejam objeto de discussão no decorrer do litígio”.

Quanto ao cumprimento da decisão arbitral, importante destacar que, como expõe José Cretella Neto (2004, p. 18), em regra a parte vencida o faz de forma voluntária, o que importa em segurança e celeridade do procedimento, veja-se:

Na esfera internacional, o cumprimento da decisão pela parte perdedora é voluntário, e a experiência revela que a resistência em cumprir a decisão arbitral é infrequente, pois as relações entre as partes são contínuas e de longa duração. A parte que deixa de cumprir a decisão passa a ser discriminada pela comunidade com a qual se relaciona, seja a política – no caso dos Estados – seja a comercial – caso das empresas transnacionais, que comercializam produtos e/serviços em diversos mercados. No plano internacional, o cumprimento segue as regras costumeiras do Direito Internacional, regidas pelo princípio da coordenação entre os atores (CRETELLA NETO, 2004, p. 18).

Contudo, ainda que assim não ocorra, a decisão arbitral é dotada de exequibilidade suficiente para ser executada e concretizar sua ordem. Nesse sentido, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras representou significativo avanço para viabilizar a execução das sentenças arbitrais nas 157 jurisdições que a aceitaram. Portanto, em razão da ampla popularidade da Convenção, executar uma sentença arbitral costuma ser uma tarefa menos árdua que executar uma sentença judicial, pois essa última pode não ser exequível em território diverso da sua origem, esse fator acaba por atrair as empresas para a opção arbitral.

Tendo sido compreendida essa gama de fatores, em razão da dimensão que a matéria alcança, oportuno que o estudo seja direcionado para os reflexos práticos que as vantagens aqui listadas proporcionam aos que optam pelo procedimento arbitral, em especial por mitigarem os elevados prejuízos inerentes aos conflitos.

3.4 A ECONOMICIDADE COMO IMPORTANTE FATOR DE DESTAQUE DA ARBITRAGEM

As proficuidades devem ser analisadas em conjunto e confrontadas no aspecto prático para que seja possível identificar os ganhos advindos pelo uso da arbitragem, bem como para que seja constatada a redução nos custos de transação, sobretudo quanto aos aspectos intangíveis. Pela economia decorrente da redução das despesas e dos custos de transação, apresentamos mais uma importante proficuidade da arbitragem, a economicidade.

Partindo dessa premissa, o procedimento arbitral, deve ser valorado e inicialmente confrontado com o processo judicial levando-se em consideração a agilidade e o tempo para que se atinja a decisão definitiva, ou seja, a celeridade com que é dada a solução do litígio, sobretudo ao ser considerado o contexto globalizado em que estão inseridos os conflitos decorrentes do comércio internacional.

Nesse aspecto, é importante considerar que o resultado útil do processo não se restringe a conferir um posicionamento à causa, a decisão para ser efetiva deve ser pronunciada em um prazo razoável com o objeto posto e com a necessidade das partes. Um julgamento moroso representa custos que sequer são passíveis de serem medidos, não apenas financeiros decorrentes do prolongamento da discussão, como também os gravames da incerteza e insegurança (LEAL JÚNIOR; MUNIZ, 2013, p. 79).

O elevado tempo de espera por uma prestação jurisdicional gera custos decorrentes da privação dos bens e direitos postos em litígio “[...] durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado”. Nesse caso, “[...] as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p.20).

A possibilidade de demora e incerteza na reparação da lesão gera insegurança jurídica em virtude da perpetuação do dano. A lentidão na pacificação dos conflitos comerciais internacionais acarreta impactos de cunho econômico que prejudicam a inserção da empresa no mercado globalizado e prejudicam a continuidade da relação jurídico-comercial com a parte adversa (LEAL JÚNIOR; MUNIZ, 2013, p. 76–80). A esse respeito:

A ruptura da normalidade dos negócios geram indesejáveis tensões, assim, a arbitragem é adequada à ideia de que as questões comerciais não podem ficar a deriva do tempo, pois a insegurança traz prejuízos constantes à manutenção da atividade dos comerciantes. (FRANZONI, 2015, p. 19).

Considerando globalmente os prejuízos causados por um litígio que se prolonga indefinitivamente no tempo, o exame de custo-benefício revela que o dano

marginal gerado pela prolongada existência do litígio pode representar custos maiores do que aqueles incorridos na instauração da arbitragem.⁸⁹

Nesse sentido, por não estar eivada do formalismo dos processos judiciais, não se submeter a reiterados recursos, possuir uma infraestrutura que permita um processamento sem entraves, e permitir a fixação de um termo para a prolação da decisão, defende-se a utilização da arbitragem como meio viável a reduzir os custos de transação por permitir uma resolução célere e eficaz dos conflitos decorrentes de relações comerciais internacionais (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 19).

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyer Salama (2008, p. 20) destacam que “[...] a possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da especialização dos árbitros, também pode representar economia para as partes”. A oportunidade de as partes elegerem como árbitro pessoa ou entidade que tenha afinidade com a questão a ser resolvida permite uma melhora na qualidade da decisão, o que implica numa redução dos erros nas decisões e da falta de previsibilidade dos julgamentos judiciais, conferindo maior segurança aos contratos e viabilizando o comércio⁹⁰.

A qualificação técnica dos árbitros também confere celeridade ao procedimento, pois os árbitros, ao contrário dos juízes que necessitam estudar para compreenderem o mérito da questão, possuem conhecimento prévio sobre a matéria posta em litígio, o que permite que o feito prossiga com maior naturalidade (MENDES, 2010). Além disso, ao ser conferida maior qualidade na resolução do conflito, os recursos tornam-se desnecessários.

Considere-se também que a confidencialidade, ou sigilo do procedimento, é mais vantajoso que a publicidade que regem os atos do Poder Judiciário. Na grande maioria das demandas não há interesse das partes de que o público tome conhecimento, sobretudo quando são partes empresas transnacionais, pois pode transmitir uma mensagem negativa que afete a imagem da parte e a comercialização de seus produtos, ou então permitir a exposição de informações aos concorrentes.

⁸⁹ “Ademais, do ponto de vista contábil, a demora de um processo judicial (que tem taxas mais baratas) pode ser mais prejudicial do que a celeridade de um processo arbitral (que tem taxas mais caras)” (BERALDO, 2014, p. 139).

⁹⁰ Os autores ainda exemplificam ser “[...] razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos”. (PUGLIESE & SALAMA, 2008, p. 20)

Portanto, os custos intangíveis representados pela possível mácula da imagem de uma empresa de porte transnacional são imensuráveis.

A diminuição do custo também pode ser reflexo da possibilidade de ser convencionado o idioma que será utilizado no procedimento arbitral. A título exemplificativo, no Brasil, os documentos encaminhados ao judiciário que não estejam no idioma oficial – português -, necessitam de tradução juramentada, procedimento que implica em elevados gastos. Assim, numa lide internacional posta ao judiciário, em que é evidente a existência de outro idioma, um custo adicional haveria de ser suportado (LEAL JÚNIOR; MUNIZ, 2013, p. 82).

É perceptível que a análise da economicidade não se limita a simples comparação de valores para a instauração de um ou de outro procedimento. O “preço” correspondente aos custos de transação incorridos para a solução da desavença deve levar em consideração fatores intangíveis e custos de oportunidade⁹¹ - procedimentos lentos e ineficazes importam em prejuízos para as partes -, o que, através da confrontação de suas proficuidades, revela o uso da arbitragem em negócios internacionais como opção vantajosa.

Sendo necessário calcular uma gama de fatores, é de se reconhecer os inúmeros ganhos que são concretizados com a eleição do procedimento arbitral. Nesse sentido, Pugliese e Salama (2008, p. 24) comparam a prestação jurisdicional à arbitragem para concluir que esta última permite a redução dos custos de transação em razão da agilidade com que é dada a solução do conflito, da especialidade e da imparcialidade dos árbitros. Com efeito, a efetividade da arbitragem reside principalmente no binômio tempo e qualidade, o que garante, em significativa parte das vezes, a opção pelo seu emprego.

Quanto aos custos financeiros ocasionados pelos procedimentos, ainda cumpre notar a lição de Tepedino e Pinto (2008, p. 195) de que, ao contrário do Poder Judiciário em que vigora o princípio da sucumbência, segundo o qual a parte que perde a demanda deve arcar com as custas processuais e com o pagamento de honorários da parte adversa, na arbitragem as partes possuem discricionariedade para convencionarem acerca da responsabilidade pelas despesas. A possibilidade

⁹¹ Sobre custo de oportunidade e reflexos patrimoniais Marcelo Levitinas (2013) exemplifica: “[...] manter-se a construção de uma planta industrial paralisada enquanto o Judiciário leva anos para definir se a empreiteira tem ou não que realizar determinado escopo da obra (ou a que preço), muitas vezes, justifica o investimento em honorários de árbitros especializados no assunto e, portanto, aptos a solucionar o conflito de forma, rápida, eficiente e tecnicamente adequada”.

de não se submeter a um futuro pagamento à parte vencedora, bem como ter ciência dos valores a serem despendidos também representa uma segurança econômica.

Adentrando ao debate dos custos financeiros do procedimento arbitral e a possibilidade de flexibilizá-los, tomando como ponto de partida que uma arbitragem formada por três árbitros possui um custo deveras superior àquele praticado por árbitro único, Jan Paulsson (2010), em pesquisa dedicada ao tema, sugere que se opte pela utilização de árbitro individual. No entanto, não se pode afirmar que o procedimento arbitral formado por árbitro único represente acessibilidade econômica, uma vez que, ainda assim, depende de vultosa quantia monetária para ser instaurado. Ademais, não se pode olvidar que confiar o destino de uma causa de grande repercussão econômica a um único julgador ainda causa desconforto às partes. Assim, necessário que seja perseguida uma alternativa que viabilize financeiramente o ingresso na via arbitral.

Desse modo, as características da arbitragem permitem significativas vantagens econômicas e de oportunidade para as partes, as quais, de modo geral, bem justificam ser favorável o uso da arbitragem, porém, nem só de vantagens goza o procedimento. O principal óbice identificado para a instauração do procedimento arbitral são os custos financeiros usualmente elevados, os quais podem ser um empecilho determinante para o acesso à via arbitral. Em razão da dimensão que a questão alcança, o estudo será direcionado a matéria.

4 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À ARBITRAGEM E O FINANCIAMENTO DE TERCEIROS

Ao longo do presente trabalho foram trilhados os caminhos para ser abordada a problemática dos desafios enfrentados pelo binômio: incremento da arbitragem como via adequada à solução de conflitos em decorrência da intensificação dos negócios em nível global e os óbices à instituição da arbitragem devido às despesas elevadas do procedimento.

A partir de então, oportuno que seja realizada uma exposição sobre os custos financeiros envolvidos, a fim de estabelecer que, mesmo envolvendo quantias expressivas, a utilização da arbitragem por representar significativas vantagens e economia para as partes deve ser valorada independentemente da disponibilidade financeira da parte envolvida.

O dilema travado a ser enfrentado é se, em razão da gama de fatores que implicam em maximização dos ganhos comerciais e, por conseguinte, em vantagens, inclusive sob a ótica financeira, qual seria a possível alternativa para superar os entraves dos elevados valores despendidos com a arbitragem.

Assim, a ausência de recursos não pode caracterizar um impedimento para que as partes busquem a via que melhor atende seus interesses, nesse sentido, uma possível solução que venha a viabilizar o acesso à arbitragem passa pela compreensão dos mecanismos que subsidiam as partes, entre eles o financiamento de terceiro, enquanto prática recente, e ainda incipiente, que busca suprimir os entraves da insuficiência de recursos financeiros e viabilizar o acesso à via arbitral. Contudo, não se pode deixar de advertir que diversos são os conflitos ainda não explorados e que merecem ser abordados para permitir o seu incremento.

4.1 O ÓBICE DOS CUSTOS PARA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A NECESSIDADE DE VIABILIZAÇÃO DO ACESSO AO PROCEDIMENTO

Um dos grandes empecilhos para a instauração da arbitragem e para a disseminação do instituto pode ser resumido na palavra custos financeiros, pois, em geral, no caso das arbitragens institucionais, as despesas incorridas para dar início ao procedimento e obter uma decisão final não são reduzidos.

Todo o processo, ainda que judicial, possui um elevado custo, seja ele financeiro, seja de oportunidade. Quanto aos custos financeiros, embora exija o recolhimento de custas, a estrutura do judiciário conta com subsídios estatais. O princípio do acesso à justiça como direito constitucional também concebe formas das partes terem a prestação da tutela jurisdicional ainda que não possuam condições financeiras para arcar com o seu custeio. Por outro lado, a via judicial nem sempre é muito eficiente; a morosidade e o formalismo importam em custos reflexos que devem ser sopesados.

A arbitragem, como forma de justiça privada, tem seu procedimento financiado exclusivamente pelas partes, não existe a possibilidade de subsídio estatal e não há assistência judiciária gratuita, afinal, os envolvidos - árbitros, peritos, Câmaras de arbitragem e advogados - prestam serviço privado e devem ser remunerados pelos seus trabalhos. Daí decorre que uma parte incapaz de sustentar os custos do processo de arbitragem pode ser privada de dar cumprimento à convenção de arbitragem, o que restringe seu direito de acesso à justiça (DERAINS, 2013, p. 05).

A guisa de exemplo, em consulta a algumas das Câmaras que possuem destaque no cenário internacional, uma arbitragem envolvendo uma disputa sobre USD\$1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos), valor relativamente baixo diante dos montantes envolvidos nessas espécies de litígios, custará na Swiss Chambers (SWISS..., 2017), o mínimo de USD\$ 63.529,00 (sessenta e três mil, quinhentos e vinte e nove dólares americanos) e o máximo de USD\$ 212.059,00 (duzentos e doze mil e cinquenta e nove dólares americanos) o que dá uma média de USD\$ 137.794,00 (cento e trinta e sete mil, setecentos e noventa e quatro dólares americanos) para um procedimento com três árbitros. Na mesma instituição, se o litígio for conduzido por apenas um árbitro, o valor médio reduz-se para USD\$ 57.765,00 (cinquenta e sete mil, setecentos e sessenta e cinco dólares americanos).

A mesma causa na International Chamber of Commerce (ICC ou CCI) (INTERNATIONAL..., 2017b) terá um custo médio de USD\$ 62.714,00 (sessenta e dois mil, setecentos e quatorze dólares americanos), sendo o valor referente às despesas por árbitro multiplicado por três caso seja optado o julgamento por três árbitros, hipótese em que o custo máximo pode atingir a cifra de USD\$ 215.725,00 (duzentos e quinze mil, setecentos e vinte e cinco dólares americanos).

A London Court of International Arbitration (LCIA), após registrar todos os custos de arbitragens dentro da sua instituição por um período de dois anos e meio, apresentou um relatório que indica que o custo médio despendido pelas arbitragens foi de USD\$ 192.000,00 (cento e noventa e dois mil dólares americanos), ao passo que, a predominância dos casos obteve um custo próximo a USD\$ 99.000,00 (noventa e nove mil dólares americanos). Com base nesses dados e comparando com as diretrizes das demais instituições, como a ICC, a HKIAC e a SIAC, a Câmara de Londres concluiu que os valores efetivamente praticados por ela estão abaixo do praticado pelas outras, sobretudo em demandas com valor em disputa superior a um milhão de dólares. De todo modo, ainda que pratique valores absolutos inferiores às cortes de similar reputação, os valores não deixam de serem aparentemente elevados (LCIA..., 2017).

No Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) (CENTRO..., 2017), uma demanda de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) teria um custo de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais) de honorários arbitrais somados a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a taxa administrativa da entidade, o que totaliza R\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais). Para a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (CIESP..., 2017) os custos estariam próximos a R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) e na Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM/FGV) (FUNDAÇÃO..., 2017) R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais).⁹²

Cada instituição prevê em seu regulamento a maneira pela qual procederá a cobrança das despesas com a arbitragem, assim, não existe uma regra uniforme que determine como são realizados os cálculos, de todo modo, em sua maioria levam em consideração a proporcionalidade com os valores postos na demanda, sendo possível identificar que as despesas mais comuns previstas são a taxa de registro, taxa de administração e honorários arbitrais.

A taxa de registro ou taxa inicial corresponde à primeira quantia paga para a instauração do procedimento arbitral para fazer frente aos custos administrativos, os valores geralmente são fixos ou, quando variáveis, não sofrem significativa elevação.

⁹² Tanto é relevante a temática que as instituições, em sua grande maioria, trazem em suas páginas eletrônicas as disposições dos seus Regulamentos que expõem as diretrizes a serem observadas para calcularem as despesas com o procedimento, inclusive, para facilitar a consulta, muitas oferecem calculadoras que simulam as despesas em eventual litígio.

A essa importância se soma a taxa de administração, que representa a verdadeira despesa paga para as instituições de arbitragem gerenciarem o procedimento. Referidas taxas usualmente são apresentadas de forma escalonada e com proporcionalidade ao valor da causa, ou seja, nos regulamentos são estabelecidos vários intervalos de valores da causa em ordem crescente, sendo que, em cada um deles é fixado um valor mínimo da taxa que é aumentado com base em um percentual até que se atinja a próxima escala de valores. Quanto mais elevado o valor da causa na escala, menor o percentual a ser aplicado sobre o excedente, o que representa aparente razoabilidade.⁹³

Os honorários dos árbitros, a depender da instituição, seguem diretrizes bastante semelhantes às das taxas administrativas, no entanto, algumas instituições calculam a remuneração utilizando-se como parâmetro as horas de trabalho, sendo que, do mesmo modo, quanto maior o valor da causa maior o valor mínimo de horas a serem custeados. Na hipótese de se optar pelo julgamento colegiado de três árbitros, o valor deve ser multiplicado para cada qual.

Considerando a importância para as partes terem ciência dos custos que assolam o procedimento e que a cobrança de honorários de árbitros por hora trabalhada tem demonstrado imprevisibilidade de valores às partes quanto ao ônus financeiro do procedimento arbitral, a CAM-CCBC deliberou por, desde 2015, alterar a forma de cobrança para realizá-la tão somente de acordo com o valor estimado da disputa, assim como o faz a ICC (CENTRO..., 2017).

São ainda custeadas pelas partes as despesas de peritos, dos serviços de intérprete, de estenotipia e gravação, viagens de árbitros, envio de documentos, cópias e impressões, entre outros.

Também não existe uma regra quanto à responsabilidade, ao longo do procedimento, pelo pagamento das despesas, sendo que cada instituição dispõe da maneira que entende ser a mais adequada. Confrontando o regulamento de algumas instituições, entre elas a ICC (art. 37) e a CAM-CCBC (art. 12), verifica-se ser comum atribuir a taxa de registro ao requerente e a taxa de administração e

⁹³ O que se diz é que, tomando por exemplo uma causa de 1 milhão de dólares e uma de 100 milhões de dólares, de certo as taxas da segunda serão mais elevadas, contudo, não representarão cem vezes mais daquelas que incidem sobre a primeira, justamente porque os custos administrativos não se elevam em proporção direta. O mesmo raciocínio pode ser adotado quanto aos honorários dos árbitros.

honorários arbitrais serem rateados entre as partes em parcelas iguais, contudo, também é comum atribuir toda a responsabilidade para a parte promovente.

Questão controvertida diz respeito a fixação, na sentença arbitral, dos valores referentes ao ressarcimento das despesas da parte vencida, entre elas os honorários advocatícios contratuais e os honorários de sucumbência.

O regulamento da CCI determina, no artigo 38, que a sentença arbitral irá fixar “[...] os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes”.⁹⁴ No conceito de despesas incluem, além das já mencionadas (taxas da instituição, honorários de árbitros, peritos, etc), as despesas razoáveis incorridas pela parte vencedora na defesa de seus direitos.⁹⁵

Confrontando a disciplina adotada no regulamento de outras instituições, tais como a AAA, a CAM-CCBC e a Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, observa-se uma redação razoavelmente similar a apresentada pelo regulamento da CCI. Em síntese, estipulam que o árbitro fixará na sentença arbitral os encargos e despesas incorridas com a arbitragem e decidirá qual a proporção caberá a cada uma das partes arcar com o pagamento, sem qualquer menção a honorários de sucumbência.

De modo similar, no âmbito brasileiro, a Lei de Arbitragem, por meio do art. 27, estabelece que a sentença arbitral irá decidir sobre “[...] a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, [...] respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”. Assim, o dispositivo legal faz referência somente às “custas e despesas com a arbitragem”, não mencionando expressamente qualquer modalidade de verba honorária.

Mesmo que não houvesse previsão expressa nesse sentido, não há de se olvidar que o exercício de um direito não pode representar prejuízos para a parte que atinge a sua efetivação. Nesse sentido é que a expressão “custas e despesas com a arbitragem” deve ser interpretada, impondo que a parte vencida seja condenada ao pagamento de todas as despesas da parte adversa incorridas para

⁹⁴ Art. 38.4: “A sentença arbitral final fixará os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes”.

⁹⁵ Art. 38.1 do Regulamento da CCI: “Os custos da arbitragem incluem os honorários e despesas dos árbitros e as despesas administrativas da CCI fixados pela Corte em conformidade com as tabelas em vigor na data da instauração da arbitragem, bem como os honorários e despesas de quaisquer peritos nomeados pelo tribunal arbitral, e as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua representação na arbitragem”.

ingressar ou participar da arbitragem. (FICHTNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2012, p.272).

Desse modo, o vencido deve ser compelido a reparar todas as despesas decorrentes do procedimento arbitral que, além das usualmente conhecidas, incluem os gastos relacionados aos honorários contratuais pagos pelo vencedor ao seu advogado, isso porque, “[...] não é adequado que o vencedor sofra esse desfalque patrimonial quando busca, com todos os meios à sua disposição, mostrar que tem razão no conflito” (FICHTNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2012, p.273).

Seguindo esse sentido interpretativo, Gustavo Tepedino e José Emílio Nunes Pinto (2008, p.190), após discorrerem que o art. 21, §3º da Lei 9.307/1996, ao tratar sobre a capacidade postulatória das partes, confere a faculdade da representação através de advogado, concluem que o art. 27 faz previsão ampla das despesas, pois, “[...] ao dispor quanto à responsabilidade das partes por toda espécie de custas em que incorreram, o artigo alcança as despesas efetuadas com honorários advocatícios”.

Por assim ser, independentemente de previsão no compromisso arbitral, compete ao árbitro decidir sobre a responsabilidade da parte vencida quanto à reparação das despesas que a parte vencedora efetivamente despendeu, aqui inclusos os gastos com a defesa do direito, sob pena de não ressarcimento de um dano injusto (TEPEDINO; PINTO, 2008, p. 192-195).

De certo que referidos valores devem ser comprovados e servem apenas de um norte para que o árbitro estipule a quantia a ser ressarcida, pois além de efetivamente realizados, os gastos também devem estar dentro de um patamar razoável, tal como consta no regulamento dos órgãos arbitrais institucionais (FICHTNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2012, p.276).

Quanto à verba de sucumbência, trata-se de instituto correlato à processualística civil, sendo estranhos à arbitragem internacional e ao regulamento das instituições arbitrais, de modo que “[...] não integra necessariamente o espectro de julgamento do Tribunal Arbitral e, por isso mesmo, só poderia ser fixada por força do princípio da autonomia privada, caso o compromisso arbitral assim dispusesse” (TEPEDINO; PINTO, 2008, p. 195).

Vale ressaltar que em virtude da forte influência da autonomia da vontade na arbitragem, as obrigações apontadas podem ser objeto de deliberação das partes na convenção arbitral ou no regulamento da instituição eleita.

Não é sem razão que reiteradamente os custos financeiros envolvidos no procedimento arbitral são trazidos como obstáculo para a difusão e ingresso da arbitragem. Como demonstrado, os valores monetários despendidos para a obtenção da decisão arbitral são elevados e, como se não bastasse, ainda há o risco de, ao final, ser condenado a ressarcir as despesas da parte adversa.

Assim, uma empresa ou comerciante que passa por um momento de instabilidade ou que não pode direcionar valores da sua atividade para fazer frente às despesas apresentadas, por certo que passará por concretas dificuldades de exercer a busca pelo seu direito, sobretudo frente ao efeito negativo da convenção arbitral.

Diante desse quadro, em que os valores para instaurar o procedimento arbitral além de nominalmente elevados representam parcela significativa do litígio posto em debate, não é difícil imaginar certo receio entre as empresas para instituírem a convenção arbitral em seus contratos e, a partir de então, afastarem a possibilidade de acesso ao judiciário. Por esse motivo, uma das preocupações que assolam as partes que optam por convencionar a via arbitral como meio de solução para suas controvérsias e que vem sendo espaço de debate no âmbito da arbitragem internacional (v.g. Reunião Anual 32 da CCI) é a busca por alternativas que venham flexibilizar os custos econômicos e viabilizar o acesso à arbitragem.⁹⁶

Atenta às dificuldades das partes em fazerem frente às despesas arbitrais e, no intuito de promover o instituto, a CCI inovou ao introduzir, no regulamento de 2017, a possibilidade de as partes optarem por um procedimento expedito, que prevê uma arbitragem simplificada, com tabelas de despesas administrativas e honorários de árbitros reduzidas. Esse procedimento expedito será aplicável automaticamente aos casos com valor de disputa até dois milhões de dólares e cujas convenções de arbitragem sejam celebradas após março de 2017, salvo se as partes optarem de modo diverso e, ao mesmo tempo, também será aplicada em casos de maior valor se assim as partes convencionarem. (REGULAMENTO..., 2017, p. 2).

As disposições sobre a arbitragem expedita estão contidas no art. 30 e nos apêndices III e VI do regulamento da CCI, sendo que os elementos mais importantes

⁹⁶ Não se defende que os custos da arbitragem sejam acessíveis à sociedade em geral, mas que as empresas internacionais devem considerar que a arbitragem aparece como meio adequado à solução dos problemas decorrentes do comércio internacional, e por tal motivo relativizar a ideia de despesas em virtude das visíveis vantagens dali advindas.

dessas regras são: a possibilidade da Corte nomear árbitro único, limitar a produção probatória e a extensão das manifestações escritas das partes, testemunhas e peritos, utilizar-se de meios de comunicação para realização dos atos, e proferir a sentença arbitral dentro de seis meses. A inovação apresentada somente vem a corroborar com a demonstração de que até as instituições renomadas devem buscar a celeridade do procedimento e a redução dos custos, sob pena de inviabilizar algumas arbitragens.

Para destacar a pertinência do que é exposto, em relatório anual de estatísticas publicado pela ICSID – Centro Internacional para a Arbitragem de Disputa de Investimentos - consta que, entre todos os casos administrados pela instituição encerrados sem apreciação do mérito da disputa, no ano de 2016, 8% deles foram arquivados por falta de pagamento das despesas, nos anos anteriores a média é mantida, em 2015 o percentual de inadimplência foi de 12%, em 2014 representou 8% dos casos e, em 2013 atingiu 9% dos procedimentos, o que significa que tais casos não obtiveram prosseguimento em virtude de não terem sido cobertos os custos do procedimento. (INTERNATIONAL..., 2017c).⁹⁷

O que se verifica é que, embora mais vantajosa como um todo, os valores de uma arbitragem muitas vezes podem representar um verdadeiro empecilho para a sua instauração – prova disso são os dados apresentados -, ou então, podem acarretar na opção por postergar a abertura demanda para um momento financeiramente oportuno, sobretudo em épocas de baixa liquidez onde as partes encontram-se sem fundos disponíveis para honrar com as despesas e se o fizerem descapitalizam a própria atividade.

Portanto, dedicar recurso próprio na arbitragem muitas vezes não faz parte dos planos orçamentários de uma empresa. Mesmo aquelas saudáveis do ponto de vista financeiro, por vezes teriam seu fluxo de caixa prejudicado ao desviarem verbas das suas operações para cobrirem referidos gastos, a ponto de inviabilizar a continuidade da atividade das empresas. No entanto, a falta de recursos não pode ser elemento capaz de invalidar a livre escolha das partes pela arbitragem e nem de obstaculizar as proficuidades pela opção por essa via.

⁹⁷ Nesse sentido, o regulamento da CCI dispõe sobre as consequências do não pagamento das despesas arbitrais. Art. 37, item 6: “Quando um pedido de pagamento de uma provisão não for cumprido, o Secretário Geral poderá, após consultar o tribunal arbitral, convidá-lo a suspender os seus trabalhos e fixar um prazo não inferior a 15 dias, após o qual se considerarão retiradas as demandas correspondentes à provisão em falta”.

Para contornar esse obstáculo, dentre as saídas possíveis, uma merece maior destaque pela sua eficiência e por já estar presente em países com maior tradição no âmbito da arbitragem, é o financiamento da disputa arbitral por um terceiro.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MECANISMO DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS

A ausência de possibilidade financeira para custear as despesas exigidas para pleitear um direito através de uma demanda e assumir os riscos do seu exercício não é um problema recente. Há tempos são buscadas alternativas para proporcionar a superação desses embaraços, sendo mais comumente conhecidas, dentre outras, as que ocorrem através de acordos com advogados, contratos com companhias de seguro e com instituições financeiras.⁹⁸

O exercício da advocacia, quando realizada da forma *pro bono* ou por contrato aleatório, por vezes auxilia a parte quanto ao ônus de sua representação. Isso ocorre porque o advogado nada cobra adiantado do cliente, assume, com o seu trabalho, o risco da demanda condicionando ao êxito a sua remuneração, então, se o cliente ganhar o advogado também ganha, caso contrário, se o caso for perdido, o advogado também não recebe nenhum valor; por esse motivo os percentuais cobrados geralmente são superiores, fundamentados no risco assumido. Essa modalidade não é vista como um financiamento, em razão de não haver adiantamentos monetários, ainda assim, o efeito prático atingido com a prestação do serviço de risco é a alteração do ônus pela representação do envolvido (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p. 5).

O seguro é uma das formas mais comuns de se financiar uma parte em litígio. Além das tradicionais apólices que dão conta de cobrir responsabilidades e danos, existem também formas especializadas de seguros, denominadas *before the event* (BTE) e *after the event* (ATE), que se destinam a cobrir as despesas legais do segurado e/ou da parte vencedora, como os honorários e despesas com provas. Em troca, a seguradora exerce significativa gerência sobre as decisões estratégicas relativas ao caso e o cliente não está imune a despesas, pois deve pagar o prêmio na eventualidade de perder a disputa (OSMANOGLU, 2015, p. 329-330).

⁹⁸ Para um estudo mais detalhado, aconselha-se a leitura de: SHANNON, Victoria; BENCH Lisa. *Third-Party Funding in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012, p. 3-7.

Em complemento a variedade de opções existentes, o empréstimo tradicionalmente pode ser concedido por um banco ou uma instituição financeira a parte que não quer dispor de imediato de recurso próprio, sendo que restará previsto no contrato como se dará o reembolso e os juros que incidirão sobre o montante emprestado. A principal vantagem a justificar a sua opção é a possibilidade de manutenção do controle da disputa nas mãos da parte, por outro lado, não há qualquer mitigação dos riscos, ou seja, a parte continua devedora do empréstimo e responde pela integralidade das despesas caso seja vencida (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p. 6).

Dentre essas possibilidades, surge um novo método dotado de diversas especificidades que o diferenciam substancialmente daqueles até então conhecidos e que vem conquistando rápido espaço nas comunidades internacionais de arbitragem. Apesar da sua novidade, em razão da importância que vem adquirindo, o estudo pretende ganhar profundidade sobre este fenômeno, trata-se do financiamento de arbitragem por terceiros.⁹⁹

Após discorrer que a arbitragem, enquanto forma de justiça privada, deve ser financiada exclusivamente pelas partes, e que o direito constitucional de acesso à justiça foi concebido para o exercício do direito nos tribunais nacionais, Yves Derains (2013, p. 5, tradução nossa)¹⁰⁰ apresenta o financiamento de terceiros como solução para o problema dos custos para litigar na arbitragem:

O financiamento por terceiros de arbitragem oferece uma solução para este problema irritante. É um esquema em que uma entidade não vinculada a uma reivindicação financia a totalidade ou parte dos custos de arbitragem de uma das partes, na maioria dos casos o requerente. O financiador é remunerado por uma percentagem acordada das receitas do prêmio, a taxa de sucesso. No caso de uma sentença desfavorável, o investimento do financiador é perdido.

O financiamento por terceiros – *third-party funding* – aparentemente possui um conceito simples, trata-se de um terceiro que não faz parte da causa, mas que se

⁹⁹ Dentre as principais características que diferenciam o financiamento de terceiros das outras modalidades de auxílio, SAHANI (2016, p. 393) apresenta: (i) o financiador contrata diretamente com a parte original do caso e não com o advogado do cliente; (ii) a parte continua a ser parte no caso, não há substituição no polo; e (iii) o financiador não se torna uma parte no caso.

¹⁰⁰ No original: “Third-party funding of arbitration offers a solution to this irritating problem. It's a scheme where a party unconnected to a claim finances all or part of one parties' arbitration costs, in most cases the claimant. The funder is remunerated by an agreed percentage of the proceeds of the award, a success fee, a combination of the two or through more sophisticated devices. In the case of an unfavourable award, the funder's investment is lost”. (DERAINS, 2013, p. 5)

dispõe a cobrir as despesas da disputa em troca de uma parcela do resultado econômico que dali possa advir.

Com maiores detalhes sobre a dinâmica do mecanismo e sua localização espacial, Cento Veljanovski (2012, p. 405, tradução nossa)¹⁰¹ expõe que:

O financiamento de litígios de terceiros (TPLF) é o meio através do qual um investidor, de forma não conectada enquanto parte de uma ação legal, financia todos ou parte dos custos legais de um dos sujeitos. Se o caso falhar, o financiador perde seu investimento e não tem direito a receber nenhum pagamento. Se o caso for bem sucedido, o investidor recebe uma taxa de sucesso acordada. Embora não seja inteiramente novo, o surgimento do TPLF ganhou recentemente destaque com a entrada de empresas dedicadas a investirem em litígios comerciais no Reino Unido, na Europa e em outros países.

O instituto é melhor compreendido como sendo um acordo firmado entre o litigante, seja ele requerente ou requerido, com um agente externo ao processo (financiador), geralmente entidades corporativas, no qual a entidade suporta as despesas da arbitragem no lugar da parte, como os honorários dos advogados, dos árbitros, dos peritos, as custas administrativas da Câmara e demais despesas necessárias à administração do procedimento e, em retorno, convencionam o recebimento de uma porcentagem dos ganhos decorrentes da decisão final.

O termo “financiamento de arbitragem por terceiros”, comumente chamado de “financiamento de terceiros”, também pode ser expresso com semelhante significado como “investimento de terceiros”; a diferença entre um e outro termo, para este estudo, é apenas a mudança de perspectiva, enquanto para o primeiro está a se enfatizar a ótica da parte que é favorecida pelo financiamento, o segundo enfatiza a qualidade da entidade que promove o investimento, portanto, referem-se ao mesmo fenômeno. Ainda, reiteradamente poderá ser observado o termo em inglês, *third-party funding* (TPF), em especial devido a sua maior exploração se dar em âmbito internacional.

¹⁰¹ No original: “Third-party litigation funding (TPLF) is where an investor otherwise unconnected with a legal action finances all or part of a claimant's legal costs. If the case fails, the funder loses its investment and is not entitled to receive any payment. If the case succeeds, the investor takes an agreed-upon success fee. While not entirely new, the emergence of TPLF has recently been put in the spotlight with the entry of dedicated firms investing in commercial litigation in the U.K., Europe, and further afield”.

A mecânica básica do financiamento de terceiros envolve, como um dos sujeitos, aquele que será o beneficiado pelo auxílio, podendo ser tanto o requerente quanto o requerido, havendo similaridade do procedimento para ambos.

Quanto ao momento, o financiamento poderá ocorrer a qualquer tempo, portanto, nada impede que ocorra durante a arbitragem ou após a entrega da sentença arbitral, quando poderá ser necessária a execução num poder investido de jurisdição (CASADO FILHO, 2014, p. 91).

Em que pese a abertura apresentada, o financiamento tende a ocorrer na instauração do procedimento – momento em que se verifica parte significativa dos custos – e em favor do requerente, pois esse é quem busca reclamar o direito lesado, portanto, está em aparente desvantagem pelo prévio prejuízo aferido e, ainda assim, necessita contratar procurador que o represente e, por vezes, adiantar as custas.

Existem três razões principais que justificam o aumento da demanda por um agente que financie a disputa. A primeira é o ideal de que o financiamento de terceiros representa a uma maneira de promover acesso à justiça para aqueles que possuem uma reivindicação, mas estão impossibilitados financeiramente de perseguir o direito. A segunda justificativa corresponde à possibilidade dos comerciantes manterem o fluxo de caixa necessário para a manutenção da sua atividade enquanto um financiador custeia o prosseguimento da sua demanda. A terceira trata da aversão pelas empresas ao risco e o desejo de mitigá-lo, em especial quando se observa que estão inseridas em um contexto de regressões econômicas e incertezas do mercado mundial, o que fomenta a busca pelos incentivos (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p. 11; OSMANOGLU, 2015, p. 328).

O efeito do financiamento é particularmente importante para o financiado, pois além de representar uma opção para iniciar e prosseguir com a arbitragem, também iguala as partes na medida em que promove a superação dos obstáculos financeiros e confere condições para que a parte hipossuficiente defenda seu direito e produza as provas pertinentes sem que para isso precise dispor de recursos (LANDI, 2012, p.94).

Em síntese, na ótica do financiado, o financiamento da arbitragem por terceiros surge no sentido de viabilizar e fomentar o acesso à via arbitral por meio da assunção das despesas que as partes não fariam com recursos próprios. A principal

motivação pela sua procura é a facilitação do acesso ao procedimento arbitral, visto que as empresas podem manter seus recursos na continuidade do negócio.

Na outra ponta da relação verifica-se a presença do protagonista, o financiador, aquele que irá assumir parte dos riscos do litígio¹⁰² e fornecerá os recursos em prol da parte contratante. A figura do financiador muitas vezes está estampada na imagem de bancos, fundos de hedge, instituições financeiras, fundos de investimento, entre outros, que estão buscando neste ramo uma diversificação para os seus investimentos.

O financiador enxerga a arbitragem notadamente como um negócio e o seu escopo é auferir o maior retorno possível do investimento que irá realizar. Para tomar a decisão sobre financiar o caso, o potencial financiador realiza uma vasta e rigorosa *due diligence*; através dos documentos fornecidos pelo litigante, o financiador analisará os pontos fortes e fracos da reivindicação ou da defesa, a qualidade da equipe jurídica que assessora os litigantes, o local da arbitragem, o procedimento adotado, a reputação da instituição arbitral, os árbitros envolvidos, tudo com o ânimo de verificar a probabilidade de sucesso no mérito da causa e a capacidade de recuperar o investimento e obter lucro. Existindo interesse em apoiar o litigante, será deliberado em contrato à parte as condições do financiamento. (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p. 3; LANDI, 2012, p. 95).¹⁰³

O acordo firmado trata-se de contrato aleatório, pois o recebimento está condicionado ao resultado do processo, portanto, em caso de insucesso da demanda pode não receber nada, assim, assume o risco em troca de uma porcentagem do objeto perseguido. Sobre o trato, “[...] a parcela dos direitos destinada a cada uma das partes (financiada e financiador) é determinada por meio de negociação” (CASADO FILHO, 2014, p. 89).

¹⁰² Em parte, pois o financiado ainda possui significativo interesse na reivindicação, e a escolha do financiador deve integrar sua estratégia em virtude dos possíveis conflitos de interesses entre eles, conforme será visto adiante.

¹⁰³ A respeito do momento em que o financiador realiza as diligências, Landi (2012, p.96) expõe com mais detalhes: “The time span of the funder's due diligence process may be from few days (if the case is quite simple) to several weeks) and the process is usually covered by an exclusivity agreement and by a non disclosure agreement. It can be performed by the funder's in-house experts or by independent firms specifically appointed to evaluate the merits of the case. After a first review of the said documents, there will usually be one or more rounds of questioning based on a questionnaire and on a due diligence check-list which is structured in a manner similar to the checklists typically used in M&A due diligence processes. Another potential similarity of this kind of due diligence with M&A practice concerns the possible decision of the funder to set up a data room. Usually, the funder will pay all the costs related to the due diligence”.

Para os financiadores, a arbitragem comercial internacional é um campo de investimento atrativo, isso se deve aos elevados valores envolvidos nessa espécie de litígio, a velocidade e eficiência com que o procedimento é conduzido e garantido pelas instituições arbitrais, a expertise dos julgadores atrelada a previsibilidade do resultado, o que representa risco consideravelmente menor do que outros ativos constantes no mercado financeiro, e a alta exigibilidade das decisões fomentam esse negócio incipiente.¹⁰⁴

A atividade teve suas primeiras manifestações na Austrália, onde apareceu na década de 1990, após, as empresas financeiras expandiram suas atividades para mercados maiores, como os Estados Unidos da América e o Reino Unido, locais que apresentaram crescimento do número de casos, especialmente a partir de 2010, e desde então se verificou uma expansão para Alemanha, Holanda, Canadá, Nova Zelândia e prossegue pelo mundo (DERAINS, 2013, p. 05).

No mesmo sentido, acrescenta Selvyn Seidel (2013, p. 35, tradução nossa)¹⁰⁵ que os maiores mercados de financiamento de terceiros “[...] são os EUA e o Reino Unido, os dois principais centros de litígios no mundo. No entanto, o seu local mais ativo em uma base per capita, é, talvez a Austrália, onde a indústria nasceu há mais de uma geração atrás”.¹⁰⁶

Nos países listados, o financiamento por terceiros de procedimentos arbitrais criou um nicho de mercado próprio que movimenta milhões de dólares por ano, o que é transformado em impulso para o seu crescimento e pressão pela aceitação deste negócio rentável.

Esses organismos de financiamento – e por que não dizer indústria – têm se multiplicado nos últimos anos, como já adiantado, a prática é recente no âmbito da arbitragem, mas se movimenta em espiral ascendente¹⁰⁷. Parte desse crescimento

¹⁰⁴ A esse respeito, reafirma-se a importância da Convenção de Nova Iorque celebrada por cerca de 157 nações.

¹⁰⁵ No original: “[...] the biggest third-party funding markets are the U.S. and U.K., the two major litigation centers in the world. Nonetheless, its most active venue on a per capita basis, is perhaps Australia, where the industry was born more than a generation ago” (SEIDEL, 2013, p. 35).

¹⁰⁶ Em texto publicado em 2012, Shannon e Nieuwveld (p.11) computam que “Although there is some debate about the exact start of third-party funding, commercial thirdparty funding industry has existed, arguably, for about 26 years in Australia, for about 13 years in Germany, for about 11 years in the United Kingdom, and for about 5 years in the United States”.

¹⁰⁷ Dentre as principais empresas de âmbito internacional atuantes no ramo de financiamento de terceiros identificadas na pesquisa, podemos expor: 1624 Capital - Litigations Investments; Advantage Litigation; Alter Litigation; Amicus Capital; Annecto Legal Limited; Augusta Finance for Litigation; Bridge Point Financial Services; Buford Capital - GLocal Litigation Finance; Calunios Capital; Claims Funding Europe; DAS Lawassist; Delta Capital Partners; Excalibur Funding

pode ser atribuído ao fato de ter se tornado mais conhecido, o que levou tempo para ocorrer em razão de não existir ampla difusão, especialmente devido ao sigilo existente nos casos submetidos à arbitragem.

Selvyn Seidel (INTERNATIONAL..., 2017a) afirma que a demanda é crescente para ambos os lados, surgindo, cada vez mais, partes interessadas em obter e em conceder esse tipo de financiamento. Para ele, cofundador do grupo Burford – um dos maiores financiadores em arbitragem do mundo –, a mudança nessa indústria ocorreu repentinamente e é vista sob perspectivas de crescimento exponencial, o que tende a ocorrer quando a prática for difundida e ganhar credibilidade. Ademais, destaca que a operação é muito semelhante a qualquer ativo, comparando-a a um título ou ação negociáveis.

A título demonstrativo, o balanço anual apresentado em 2016 pela Burford traz números expressivos que demonstram o crescimento exponencial do mercado de financiamento em arbitragem. O relatório indica que, em um ano, a receita da investidora aumentou 59% (para US\$ 163,4 milhões), e o lucro obtido, já com a dedução de impostos, aumentou expressivos 75%, o que representou US\$ 115,1 milhões, de modo a obterem um retorno sobre o patrimônio de 21,1% (BUFORD..., 2017).¹⁰⁸

A primeira empresa dedicada a realizar financiamentos deste porte na França, a *Alter Litigation*, anuncia seus serviços com frases de impacto: “*we provide access to justice; we turn your claim into cash; we put you on an equal footing*”.¹⁰⁹ A empresa indica que muitos indivíduos e empresas sentem-se retraídas para reclamar um crédito em face do custo e do risco. Para tanto, apresenta o financiamento da demanda como forma de transferir completamente os riscos para o

Programs; Fair Rate Funding; Foris; FulBrook Capital Management; Harbour Litigation Funding; Hillcrest Litigations Services; IMF Bentham ; Invest4justice; Juridica Investments; La Française IC Fund; Lake Whillans Litigations Finance Firm; Lawstreet Capital; Litigation Lending; Lex Shares - Invest in Legal Claims; LongFOrd Capital - Litigation Finance; Omni Bridgeway; Perabellum Capital; Pravati Capital - Litigation Financing; QLP Legal; Redress Solutions - Legal Angel Investors; Rembrandt; Roland Prozessfinanz; The Judge; Therium Capital Management; ULP - Universal Legal Protection; Vannin Capital - Third Party Litigations and Arbitration Funding; Westfleet Advisors; Woodsford Litigation Funding.

¹⁰⁸ O destaque do relatório mencionado bem frisa o bom momento vivenciado pelo setor: “It has been a momentous year for Burford: our share price has more than tripled and we acquired the other leading player in our space. The business itself had by far its best year ever, setting records for income and profits, cash receipts and new investment commitments” (BUFORD..., 2017).

¹⁰⁹ A realidade é semelhante em outras instituições, a Bentham IMF (2017a) anuncia em sua página destinada a litígios comerciais: “Let us carry the risk of your litigation”.

agente financiador e assegurar que as reivindicações do financiado sejam perseguidas (ALTER..., 2017).

Com o ânimo de compreender o crescimento deste modelo de financiamento, Napoleão Casado Filho (2014, p. 92) associa que isso se deve: a possibilidade de facilitar o acesso à justiça para aqueles que não poderiam arcar com as despesas da arbitragem¹¹⁰; a vontade das empresas de ingressarem com a ação sem que isso interfira no caixa necessário para conduzir sua atividade; e, pela vontade dos investidores de diversificarem seus investimentos e aplicar o dinheiro em algo que seja rentável. A rapidez do procedimento, a previsibilidade e tecnicidade do resultado, a força da sentença e o alto valor das pretensões, são atrativos para os fundos.

Nesse ambiente, transferência dos riscos é uma palavra que muito agrada as empresas, pois, iniciar um procedimento arbitral não faz parte da atividade econômica das empresas, e este denota que a parte já sofreu um prejuízo que deseja ser reparado. Assim, deve ser sopesado o bem lesado com os riscos a serem enfrentados no procedimento arbitral em caso de insucesso e, por serem avessas ao risco, as empresas creditam aos financiadores uma possibilidade de mitigá-los, pois as incertezas são divididas com o terceiro, viabilizando as empresas optarem pela arbitragem (CASADO FILHO, 2014, p. 100)¹¹¹.

Portanto, a figura do terceiro financiador surge da vontade dos fundos de investimento diversificarem os investimentos e consolida-se como uma maneira das empresas mitigarem os riscos na empreitada arbitral, o que faz sentido econômico. O investimento em arbitragem é uma prática que tende a ser uma resposta positiva e eficaz para os que escolheram a arbitragem como meio de solução de conflitos e rentável para aqueles que investem nesse nicho.

O fenômeno é atual, crescente, promissor e pode ser utilizado para superar o conflito entre o acesso à arbitragem e a necessidade de fazer valer a cláusula

¹¹⁰ Sobre o moderno conceito de acesso à justiça, colaciona-se o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 23), para quem o sentido de acesso à justiça vem passando por uma renovação, eis que, inicialmente, relacionava-se à concepção de monopólio estatal, e, atualmente, cede espaço a novas ideias e propostas, aderentes à tendencial e crescente *desjudicialização* dos conflitos.

¹¹¹ Sobre o crescimento dos financiamentos em razão da transferência dos riscos, Selvyn Seidel acrescenta: "But it is also steadily growing to serve claimants that can afford the prosecution but prefer to offload the risk and cash drain, while at the same time enhancing the claim's chances of success. It is also beginning to serve defendants. Its purposes and uses are growing, and will continue to grow beyond the current boundaries" (2013, p. 35).

pactuada, de modo a viabilizar e alavancar o uso da arbitragem. Contudo, não se pode deixar de advertir que os impactos jurídicos não são livres de dúvidas, tais como: conflitos com os ordenamentos jurídicos; questões éticas; conflitos entre o sigilo do procedimento e acompanhamento das informações pelo terceiro financiador; a ingerência que pode ser exercida na condução da causa; entre outros, o que impõe que o estudo seja direcionado aos problemas e riscos que passam a ser debatidos na comunidade internacional¹¹².

4.3 CONFLITOS ÉTICOS E DE INTERESSE DECORRENTES DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS

A relação entre o ente financiador e a parte beneficiada, em que pese tragam importantes benefícios e satisfaçam interesses mútuos, pode repercutir em toda dinâmica da arbitragem, afetar os princípios e garantias que regem o procedimento – tais como a autonomia da vontade e a imparcialidade do julgador –, alterar os interesses das partes, influenciar os árbitros, bem como despertar novas questões que ensejam procedimentos mais adequados e que podem, inclusive, alterar o curso normal da arbitragem. Assim, o aprendizado sobre a inserção do financiamento de terceiros no mercado internacional da arbitragem e a compreensão da necessidade de uma regulamentação mais densa, passa pela abordagem crítica das possíveis conflitualidades geradas por essa prática.

Nesse aspecto, as implicações do financiamento de terceiro na arbitragem são avaliadas levando em consideração as potencialidades de ocasionar inconformidades no procedimento. Uma das questões mais controversas em relação ao *third-party funding* é capaz de gerar impactos relevantes na dinâmica da

¹¹² Essa foi uma das questões discutidas pelos advogados, árbitros, peritos, estudiosos e representantes de empresas de financiamento de terceiros na Reunião Anual 32 do Instituto ICC de Direito Empresarial Mundial em 26 de Novembro de 2012. Como expõe no capítulo introdutório: “We organized the 32nd Annual Meeting of the Institute with a view, first of all, to achieving a better understanding of the reasons for the expansion of this funding industry by distantiating it from its origins, comparing it to other funding mechanisms and, in particular, examining its special features as an investment process. All these issues were covered during the morning sessions, where the focus was on the funding industry and its specificities and the underlying aim was to reconsider any legitimate doubts that we might have in this respect. Second, during the afternoon sessions, the aim was to explore the status of third-party funders and the possible complications that their presence may bring about in the arbitration process from the point of view of both counsel and the arbitral tribunal. Third-party funder’s involvement in the post-arbitral phase was also discussed. In addition, special attention was given to investor-state arbitration, and several much discussed precedents were considered. The focus was the impact of third-party funding on arbitration, and the underlying concern was the preservation of the integrity of the arbitration process” (DIMOLITSA, 2013, p. 07).

arbitragem diz respeito à divulgação do acordo de financiamento ao árbitro e a parte contrária.

É diretriz e garantia universal da arbitragem que o árbitro deve ser e permanecer imparcial e independente durante todo o procedimento, e tem o dever de divulgar qualquer aspecto relevante que possa colocar em dúvida a integridade do seu compromisso, portanto, não se pode ter dúvidas quanto à transparência e justiça do julgamento (GOELER, 2016, p.253-254).¹¹³

O ingresso de um novo agente na demanda, com interesses bem destacados visto que apoia uma das partes, representa mais uma preocupação, sobretudo quanto à imparcialidade do árbitro. Um exemplo bastante claro de influência pode ser descrito na hipótese do árbitro que preside o julgamento de uma disputa em que há a figura do financiador, também atuar como advogado em outra arbitragem, não relacionada com aquela, mas cuja parte por ele representada é assistida pela mesma autoridade financiadora. Nessa oportunidade, o árbitro/advogado terá contatos regulares com o financiador, que inclusive será quem pagará os seus honorários, o que pode suscitar fundadas dúvidas a respeito da sua independência e imparcialidade como julgador. Cenário similar pode acontecer, também, quando o envolvimento com o financiador se dá através de parceiros de escritório de advocacia em que o árbitro atua (LANDI, 2012, p. 100).

Em uma primeira tentativa, poderia ser proposto que a não divulgação, ou seja, a omissão e o desconhecimento do financiamento pelos envolvidos na arbitragem seria uma maneira prática e eficiente de se evitar conflitos de interesses com os novos sujeitos (financiadores), justificando que a falta de conhecimento por si só seria o bastante para impedir que haja qualquer influência, pois aquilo que não se conhece, não pode servir de influência.

Com esse argumento, sustenta-se que o procedimento arbitral estaria incólume e que o desconhecimento manteria a imparcialidade do árbitro. Contudo, “[...] o verdadeiro problema é que não há mecanismos para garantir que o árbitro não

¹¹³ A Lei modelo da UNCITRAL valida a independência e imparcialidade: “Art. 11 (5) Quando nomear um árbitro o tribunal estatal ou a outra autoridade, terá em conta as qualificações exigidas a um árbitro pelo acordo das partes e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e, quando nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal estatal terá igualmente em consideração o fato de que poderá ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes”.

esteja ciente deste relacionamento de financiamento de terceiros” (OSMANOGLU, 2015, p.326, tradução nossa).¹¹⁴

Em um mercado ainda bastante restrito, esse risco existe de fato. O árbitro, enquanto ser inserido neste ramo de atividade, pode também atuar como advogado, investidor, conselheiro ou membro de alguma instituição que promove financiamentos, inclusive a atuante no caso, e a partir de então, favorecer-se da falta de conhecimento da parte contrária para, indevidamente, satisfazer seus interesses. Caso isso acontecesse, somente a parte adversa não saberia da relação, o que a colocaria em evidente desvantagem, pois até o seu direito de impugnar o árbitro para zelar por um procedimento justo não estaria sendo oportunizado.¹¹⁵ Além disso, a omissão da divulgação infringiria o dever de boa-fé que deve ser adotado mutuamente pelas partes.

O ideal de colocar a parte desprovida de recursos em igualdade de condições durante a demanda também enseja que o adversário tenha ciência do apoio prestado pelo financiador; caso contrário, o adversário pode ser surpreendido com força de ataque ou defesa não vislumbrada num cenário ordinário, em outras palavras, o que era para proporcionar igualdade pode remanejar a desigualdade para o outro lado da disputa.¹¹⁶ Assim, a parte contrária deve ser cientificada, pois, caso entenda ter entrado em desvantagem, também poderá buscar o auxílio necessário para defender seu direito com iguais condições.

A ausência de divulgação da existência de um terceiro financiador não é unanimamente aceita como um fator de validação da sua atuação na arbitragem. Isso porque, a não divulgação da existência de um agente financiador traz potenciais conflitos de interesses que podem colocar em xeque a validade da constituição do tribunal arbitral e a anulação da decisão (OSMANOGLU, 2015, p.331).

¹¹⁴ No original: “But the real problem is that there is no mechanism to ensure that the arbitrator is not aware of this third-party funding relationship”.

¹¹⁵ A Lei modelo da UNCITRAL garante a impugnação do árbitro: “Art. 13 (2) Na falta de tal acordo, a parte que tiver intenção de objetar um árbitro, deverá expor por escrito os motivos da objeção ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 12.º, parágrafo 2.º. Se o árbitro objetado não renunciar ou se a outra parte não aceitar a objeção, o tribunal arbitral deverá decidir sobre a objeção”.

¹¹⁶ Com outra visão, Leonardo Viveiros (2017, p.139) ao comentar sobre a probabilidade do financiamento gerar alguma diferença de poderes entre as partes afirma que “[...] o financiamento traz balanço, equilíbrio, entre as partes na arbitragem, uma vez que a parte que não esteja capitalizada muitas vezes não consegue mover seus pleitos de maneira adequada na arbitragem.”

Ocorre que, há forte resistência dos endinheirados financiadores em permitir a divulgação do seu envolvimento na arbitragem. A preferência pelo sigilo normalmente resta garantida pela inserção de cláusulas de confidencialidade no contrato de financiamento, portanto, a parte financiada se obriga a não divulgar o contrato e nem as suas condições (LANDI, 2012, p. 101). Aqui desponta mais um dos pontos nebulosos ao se tratar de financiamento de terceiros.

Na convenção de arbitragem participam as partes e o órgão ou pessoa responsável pelo julgamento, de modo que são conferidos poderes ao árbitro/tribunal decidir sobre as matérias previamente pactuadas. Por outro giro, o contrato de financiamento, estabelecido somente entre a parte financiada e a entidade financiadora, trata-se de um negócio privado e independente em que, ao menos *a priori*, não se admite a intervenção do julgador da demanda, sendo que eventual divulgação representaria descumprimento dos deveres contratuais (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p.12).

De outro lado, deve-se ponderar que o financiamento só tem existência em razão da prévia escolha pela arbitragem, está atrelado à convenção arbitral como se assessório fosse e, por ser posterior e ter como objeto a própria arbitragem, deve respeitar as diretrizes dela e não pode servir como alternativa para maculá-la. Assim, o interesse pela garantia do escoreito prosseguimento e validade da arbitragem deve prevalecer. Nessa medida, propõe-se que o mais coerente seria limitar a confidencialidade do contrato de financiamento aos integrantes da arbitragem e naquilo que interessa ao julgamento.

A confidencialidade ganha outra dimensão quando analisada sob a perspectiva da sua inserção na convenção arbitral. Substancialmente, os financiadores de terceiros não participam do acordo de arbitragem entre as partes e, portanto, não figuram como sujeitos do processo de arbitragem, como também não assumem as condições estabelecidas entre os contratantes, por esse motivo, não estão obrigados contratualmente a respeitar a confidencialidade do conteúdo do processo, até porque, não se trata de característica intrínseca à arbitragem, mas convencional. Esse entendimento pode trazer prejuízos inestimáveis para a arbitragem, como exposto, trata-se de uma das suas vantagens que pode restar esvaziada.

Uma vez que o sigilo do procedimento passa a integrar a estrutura relevante da arbitragem, e é dever dos envolvidos agir com respeito e discrição, deve-se

compreender que a responsabilidade pela discricção e confidencialidade se prorroga ao financiador que, apesar de não ter assinado a convenção arbitral, está deliberadamente ingressando em um procedimento já formado e cujas condições teve ciência durante a fase de diligências. Por assim ser, se concordou em subsidiar uma das partes, deve respeitar as condições estabelecidas, dentre elas a confidencialidade, visto que é pilar da arbitragem a autonomia da vontade das partes.

A existência de uma nova figura (financiador) na arbitragem comercial internacional traz repercussões acentuadas quando o assunto é a confidencialidade. Se o sigilo impõe que o conteúdo da arbitragem fique adstrito aos envolvidos, como poderia o financiador, antes mesmo de firmar o contrato, ter acesso às peculiaridades do caso durante as diligências prévias. Seria um descumprimento por parte daquele que repassou as informações? E se o contrato de financiamento não se consubstanciar, o sigilo teria sido rompido? As questões são relevantes, a falta de controle abriria margem ao esvaziamento do sigilo e ao risco de um concorrente da parte adversa agir como financiador para descobrir informações sigilosas ou prejudicar o adversário. Essas atitudes são contrárias à ética e boa-fé que devem imperar num mecanismo de solução de conflitos e, por isso, devem ser cuidadosamente discutidas e disciplinadas.

O interesse do financiador pelo resultado do litígio é puramente econômico e, sendo ele o detentor do controle pelos pagamentos, não é difícil vislumbrar a tentação em controlar as decisões estratégicas sobre a gestão do caso através de influências sobre o advogado e a parte, o que pode ocorrer por meio de estipulação no acordo de financiamento e por ameaça na recusa de novos pagamentos (OSMANOGLU, 2015, p.332). É comum, segundo Niccolò Landi (2012, p. 99), que estejam inseridos nos contratos de financiamento disposições que concedam o direito ao financiador de acompanhar o caso e a obrigação da parte e seu advogado apresentarem relatórios sobre o andamento da arbitragem.

O financiador também pode interferir na escolha do advogado que conduzirá a causa. Na arbitragem comercial internacional, a capacidade e experiência profissional da equipe jurídica representam um importante fator para o ganho da causa, assim, em que pese o advogado seja um profissional de confiança da parte, o financiador só aceitará bancar a disputa se confiar no profissional que irá conduzi-la, ou, então, se indicar um advogado para integrar a equipe escolhida pela parte.

Semelhante interferência também pode acontecer no momento de nomear o árbitro, pois a pessoa de confiança da parte muitas vezes não reflete os interesses do financiador (LANDI, 2012, p. 99).

A questão do controle sobre a disputa é rica em conflitos de interesses. Considerando que o financiador tende a interferir na escolha do advogado e é quem realizará os pagamentos, podem surgir dúvidas se o advogado vai privilegiar os interesses do cliente ou do financiador. Pode, ainda, por exemplo, acontecer de o advogado considerar mais apropriado para a parte aceitar uma proposta de acordo, mas o financiador considerar ser financeiramente mais vantajoso prosseguir com a disputa. O cenário ideal seria aquele em que o financiador seja cauteloso e respeite o relacionamento entre advogado e cliente, visto que existem obrigações profissionais e éticas nessa relação.¹¹⁷

Retomando ao fato de que a ameaça à independência e imparcialidade do tribunal arbitral pode originar a impugnação do árbitro ou nulidade da decisão, e que o financiamento de terceiros pode ocorrer a qualquer momento, nada impede que a parte que sinta uma tendência do julgador lhe dar um provimento desfavorável, convoque um financiador que, de antemão, já sabe que possui conflitos de interesse com o árbitro para provocar uma causa de impedimento superveniente. Desse modo, para que seja evitada a utilização do instituto para prejuízo alheio, a regulamentação deve ser detalhista.

Há outro argumento apresentado como ponto prejudicial do financiamento por terceiros, trata-se da possibilidade de serem estimuladas demandas frívolas e desarrazoadas, o que produziria mais litígios. Um desses fatores decorre da transferência do risco pela sucumbência e pelos custos, o que fomentaria a tentativa de arriscar receber alguma quantia, ainda que não possua certeza do direito reclamado.

O discurso parece insubsistente; o financiador atua como investidor profissional, ele realiza uma série de diligências a fim de conhecer o caso e avaliar a probabilidade de êxito, assim, somente realizará o aporte quando constatar a alta

¹¹⁷ Nesse sentido, Shannon e Nieuwveld (2012, p.8): "In many jurisdictions, the funder must be cautious with respect to how far it may intrude on the attorney-client relationship and the attorney's professional and ethical obligations to the client. This three-way relationship might be aptly illustrated by an equilateral triangle figure, in which the client-attorney and client-funder lines are solid, and the line between the attorney and the funder is dotted. The dotted line indicates both that the funder and attorney are working together at the inclination of their mutual client, and that they are prevented from signing a separate contract defining their relationship to one another in light of the attorney's professional and ethical obligations to the client."

chance de sucesso, não sendo crível supor que assumiria o risco de perder o investimento encorajando demandas sem fundamento (LANDI, 2012, p. 94). Consideramos, ainda, que restarão fomentadas aquelas demandas que deveriam de fato existir, mas que estavam contidas pela ausência de recursos (BAO, 2017, p.394).

Aqueles que não coadunam com o financiamento de terceiros alegam mais um fator de desconfiança quanto à imparcialidade do julgamento. Partindo do pressuposto de que os financiadores apenas apoiariam as reivindicações com alta probabilidade de sucesso¹¹⁸, seria possível presumir uma influência silenciosa no tribunal arbitral, que estaria predisposto a decidir em favor da parte auxiliada. Com outros olhos, os árbitros, pessoas escolhidas pelas partes que detêm conhecimento especializado sobre a matéria e perante os quais depositam confiança, devem discernir que a figura do financiador em nada interfere no mérito da controvérsia e manter a postura ética assumida pelo compromisso do encargo (OSMANOGLU, 2015, p.335).

Por fim, porém sem o ânimo de induzir o leitor a compreensão de que os debates éticos se limitam as questões apresentadas, mas que essas surgem com maior repercussão, há fundadas críticas sobre o uso do sistema legal como alternativa para a especulação financeira. Os objetivos dos meios de solução de conflitos são, em síntese, a promoção da justiça e a pacificação social, tanto que instrumentos como a mediação e a conciliação estão cada vez mais em voga, precedendo a decisão de terceiros (heterocomposição). O interesse por trás de uma demanda não é somente financeiro, é recompor o direito lesado com uma dose de justiça, no entanto, o interesse do investidor é unicamente o retorno monetário. Assim, o viés econômico almejado pelo financiador representa um desvirtuamento da arbitragem, haja vista que potencialmente favorece a mercantilização de um instituto voltado à solução de conflitos.

De modo geral, nenhuma dessas situações expostas surgiram com frequência suficiente para que fossem desenvolvidas normas universais sobre o assunto, sequer para que se diga ter sido estabelecida alguma tendência; portanto, sem o compromisso de apresentar uma solução para todas as questões, passa-se a compreensão de como tem sido enfrentado alguns impasses e ao estudo dos

¹¹⁸ A Bentham (2017b) indica uma taxa de sucesso em 90% dos casos.

regulamentos que começaram a se ater à importância de regulamentar o financiamento de terceiros.

4.4 O ATUAL ESTÁGIO DO FINANCIAMENTO DE TERCEIROS E AS PERSPECTIVAS PARA O SEU DESENVOLVIMENTO

A inserção do financiamento de terceiros na arbitragem comercial internacional é rica em conflitos práticos que podem refletir na relação com os árbitros, com a parte contrária, com a própria parte ou seu advogado, e até mesmo com o procedimento em si. Para que sejam maximizados os ganhos com o financiamento e reduzidos os inconvenientes é preciso um ambiente que dê segurança à intervenção do financiador, mas que, ao mesmo tempo, preserve todas as garantias e proficuidades da arbitragem. Por assim ser, propõe-se compreender o atual estágio de evolução do financiamento de terceiros para, depois, propor diretrizes que auxiliem no avanço do instrumento.

Nos países de tradição do *common law* a ideia de financiar litígios não é nova, contudo, por meio das doutrinas do *maintenance* e *champerty* o seu desenvolvimento restou estagnado por muito tempo. Em que pese tenham origem no sistema grego e romano, foi com o Império Britânico que elas evoluíram para outras jurisdições. De maneira ampla *maintenance* pode ser compreendida como o ato de prestar assistência financeira a uma parte em disputa sem que tenha interesse no caso e retorno financeiro; *champerty* possui o mesmo significado, com a adição da expectativa de receber um retorno financeiro (SHANNON; NIEUWVELD, 2012, p.14).

Além do Reino Unido, o entendimento foi reproduzido por muitas jurisdições ao longo dos séculos 19 e 20, como forma de evitar demandas excessivas e frívolas, bem como proteger o sistema legal dos abusos dos endinheirados, em especial a exploração de pessoas humildes. Contudo, o contexto da época era outro, os nobres possuíam poderes e o Judiciário nem sempre era independente (BAO, 2017, p.388).

Em um novo cenário, muitas jurisdições estão revendo essas doutrinas por não serem mais relevantes. A título exemplificativo, o *Criminal Law Act* de 1967 aboliu na Inglaterra e País de Gales o crime de *maintenance* e *champerty*, o que foi sendo posteriormente incorporado pela jurisprudência e também assimilado em outros Estados, como na Austrália, em que, embora ainda não aceito o

financiamento de terceiros em todas as regiões, através do caso *Campbells cash & Carry Pty Limited vs. Fostif Pty Limited* reconheceu que o financiamento não implica em abuso; a Singapura também editou lei em 2017 extinguindo as proibições que outrora herdou dos ingleses (CASADO FILHO, 2014, p. 112-118).¹¹⁹

Atualmente, diversos países estão caminhando para viabilizar a prática do financiamento de terceiros, como a Inglaterra, Estados Unidos, Austrália, e quase toda a Europa (ainda não Portugal e Grécia), como Alemanha, França, Bélgica, Itália, Suíça, Áustria, Romênia, Luxemburgo, Chipre, Espanha, Polônia, Bulgária, Letônia, Estônia e por outros, como Singapura e Hong Kong (OSMANOGLU, 2015, p.327) (LANDI, 2012, p.86-89).

No Brasil, as regras de *maintenance* e *champerty* não possuem aplicação similar, além disso, em nosso sistema impera o princípio da legalidade, diante do qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Não há lei que proíba o financiamento de terceiros, pelo contrário, em nosso sistema é comum, por exemplo, a comercialização de precatórios (créditos provenientes de processos), portanto, o Estado não interfere com excessos no direito patrimonial disponível, tal como são as matérias submetidas à solução privada. A arbitragem, em síntese, “[...] é um negócio jurídico entre partes capazes e que versa sobre direitos sobre os quais as partes podem inclusive renunciar” (CASADO FILHO, 2014, p. 152), por assim ser, não há maiores óbices para que um terceiro auxilie economicamente uma parte em troca de parcela do êxito.

Com efeito, as maiores dúvidas surgem não sobre a possibilidade de ser aceito o financiamento, mas sobre as circunstâncias que devem ser respeitadas. Na última década as preocupações começaram a ganhar relevância e algumas diretrizes surgiram, porém, ainda são superficiais e não regulamentam satisfatoriamente grande parte dos conflitos; a seguir algumas ilustrações.

A *New York City Bar Association* demonstra significativa preocupação com as questões éticas envolvendo o *Third-Party Funding* e seus membros – advogados –, tanto que, através de um parecer denominado *Formal Opinion 2011.2*, aconselha

¹¹⁹ O estudo sobre as doutrinas da *maintenance* e *champerty* exigem uma profundidade que foge dos objetivos deste trabalho, sobretudo porque cada país desenvolveu a sua própria leitura e história, contudo, o objetivo da exposição é de informar o leitor que os óbices para a instauração do financiamento de terceiros estão sendo continuamente minorados, o que permite a evolução do financiamento. Para um estudo mais aprofundado sobre a temática, sugere-se a leitura de: CASADO FILHO (2014, p.111-120), LANDI (2012, p. 86), SHANNON; NIEUWVELD (2012, p. 14), OSMANOGLU (2015, p. 327-328), BAO (2017, p.388-390).

cautela no envolvimento de empresas de financiamento nos detalhes do caso, em especial suscita preocupação quanto ao fornecimento de informações e a obrigação do advogado em preservar as confidencialidades do cliente. O parecer exige zelo e responsabilidade do advogado, deixando claro que o profissional atende aos interesses do cliente e não do investidor, portanto, deve prestar o conselho que melhor atenda aos interesses do cliente, esclarecendo sobre os custos e benefícios do financiamento, bem como apresentar eventuais alternativas e realizar uma diligência prévia para verificar se o investidor está apto e possui condições de fornecer os recursos necessários (NEW..., 2017).

A CCI, em que pese ainda não tenha incluído em seu regulamento disposições para regulamentar o financiamento de terceiros, está atenta ao movimento e colocou em debate muitas questões sensíveis à temática na 32ª reunião anual do instituto, em 2012. O objetivo foi compreender as razões da abrupta expansão da indústria de financiamento e satisfazer algumas dúvidas para lidar melhor com o crescimento do fenômeno sem, contudo, terem atingido um consenso sobre a regulamentação (DIMOLITSA, 2013, p.7-9).

O Código de Conduta elaborado pela *Association of Litigation Funders* (ALF) em 2011 e revisado em 2014, representou um importante passo para que fossem introduzidos padrões comportamentais que devem ser observados pelos membros da ALF no financiamento de disputas dentro da Inglaterra e dos Países da Gales, como também possibilitou que as partes que buscam um financiador possam confiar que os investidores ali cadastrados seguem um padrão ético.

Trata-se de um texto relativamente sucinto ao objetivo proposto, contudo, dentre os 16 artigos são estabelecidos alguns padrões de conduta relevantes para o mercado de financiadores de litígios, a exemplo de regras que determinam que o financiador: seja claro nas mensagens promocionais e transparente no contrato (art.6); aja com discrição e respeite a confidencialidade de todas as informações e documentação relativas à disputa (art.7); não tome qualquer medida que possa causar uma violação das funções do advogado da parte (art.9.2); não tente influenciar o advogado da parte financiada no controle e condução do processo (art.9.3); mantenha em todos os momentos recursos adequados para cobrir as obrigações previstas no acordo (art.9.4) (CODE..., 2014).

Por outro lado, o Código tem recebido críticas por não ser vinculativo e carecer de detalhes e regras sobre aspectos relevantes, bem como por ter sido

pensado para resolução de disputas dentro da Inglaterra e Países de Gales, sem projeção para litígios internacionais (21, p.357).

Como exposto por Chiann Bao (2017, p. 395-400), talvez as legislações mais ricas em detalhes sejam a de Singapura, que entrou em vigor em março de 2017, e a proposta legislativa de Hong Kong, que provavelmente passará a valer em 2017. Em ambas as jurisdições são estabelecidos mecanismos de controle da atividade dos financiadores como, por exemplo, a criação de departamento e comitê específico. No mais, as normas contemplam requisitos mínimos, como o dever de manter capital para cobrir o passivo da demanda, a obrigação de divulgar a existência do terceiro financiador e de observar a confidencialidade de todas as informações. Essa notícia vem corroborar com a demonstração de que países que despontam na economia mundial estão atentos ao novo fenômeno.

A necessidade de regulamentar os avanços do financiamento de terceiros também tem despertado a atenção das instituições brasileiras. A CAM-CCBC, com o objetivo de orientar as partes e os árbitros sobre como proceder na existência de financiamento de terceiros e uniformizar os procedimentos arbitrais, editou a Resolução n.18/2016. A resolução administrativa possui apenas 05 artigos e se preocupa com a imparcialidade e independência dos árbitros atrelados ao dever de revelar o financiamento, identificando que a presença de um terceiro pode gerar dúvida sobre um possível conflito de interesses (art.3º). A recomendação da CAM-CCBC é de que as partes informem a existência e qualificação completa do financiador na primeira oportunidade possível, inclusive à parte contrária, para que a instituição arbitral verifique com seus árbitros eventual questão que possa gerar dúvidas sobre o julgamento.

De tudo se constata que as leis de arbitragem e as regras institucionais atuais são incapazes de lidar com a novidade e complexidade do financiamento de terceiros e de sanar os potenciais conflitos de interesses envolvendo o seu ingresso em disputas internacionais. Para Osmanoglu (2015, p.336), faltam regras adequadas para disciplinar o envolvimento de um terceiro financiador em relação aos possíveis conflitos com os árbitros, pois nenhuma das regras existentes detalha como deve ser realizada a divulgação e nem impõem qualquer sanção pelo descumprimento. Isso nos leva à conclusão de que, a utilização saudável desse mecanismo que pode impulsionar o acesso à arbitragem internacional e aos benefícios do procedimento,

depende que novas diretrizes regulamentem satisfatoriamente o financiamento de terceiros (SEIDEL, 2013, p.19).

Devido ao fato do financiamento de arbitragem ser relativamente uma prática recente, que ocorre acobertada pelo manto da confidencialidade e por não ter acontecido sucessivas vezes a ponto de criar um atendimento com base nos costumes, pouco foi dito ou escrito sobre esse financiamento, contudo, esse cenário está começando a mudar. Atribui-se certa urgência em regulamentar o setor uma vez que a falta de certezas sobre a condução do financiamento de terceiros tem impedido um justo equilíbrio de mercado entre oferta e demanda.

O que também parece inegável é que a demanda está crescendo mais rapidamente do que a oferta institucional. Isso se deve a vários fatores por trás desse aumento de demanda. Por exemplo, mais reclamantes estão aprendendo sobre o financiamento de terceiros, mais reivindicantes que podem pagar sua própria maneira estão escolhendo o financiamento pelas suas vantagens, e os requeridos estão começando a procurar financiamento. Em comparação, do lado da oferta, o capital que vem para a indústria de financiadores institucionais está entrando lentamente por vários motivos: a indústria tem barreiras de entrada elevadas; há conflitos que mantêm muitos concorrentes em potencial do lado de fora; e a indústria ainda é difícil de entender, mesmo para participantes experientes, porque está crescendo, evoluindo e mudando muito rapidamente e de muitas maneiras (SEIDEL, 2013, p.25 – tradução nossa).

Como resultado, parece evidente que há lacunas e que a prática de financiamento de terceiros “[...] precisa ser regulada para o bem-estar das partes envolvidas na arbitragem e a estabilidade e a longevidade da arbitragem como instituição própria”¹²⁰ (MANIRUZZAMAN, 2012 – tradução nossa), pois, como exposto, o financiamento de terceiros pode ser tanto um recurso capaz de trazer consideráveis benefícios aos participantes, e porque não dizer à arbitragem como um todo, como pode ser fonte de causar novos prejuízos, além dos já suportados.

A partir de então, algumas ideias surgem no intuito de sanar os problemas apresentados. A primeira proposta refere-se a elaboração de diretrizes que estabeleçam conceitos, princípios, obrigações e procedimentos, a exemplo e semelhança do que é o incipiente Código de Conduta elaborado pela *Association of Litigation Funders* (ALF), porém, com uma projeção internacional e com conteúdo

¹²⁰ No texto original: “[...] it needs to be regulated for the welfare of the arbitrating parties and the stability and the longevity of arbitration as an institution itself”.

melhor elaborado e detalhado, a ser redigido pela presença conjunta de instituições arbitrais, de financiadores e de representantes de entidades comerciais.

O especial sentido dessas diretrizes seria oferecer um caminho para o desenvolvimento do financiamento de terceiros, um norte global capaz de orientar as mais diversas instituições a seguirem entendimentos uniformes e, conseqüentemente, extirpar conduções discrepantes que somente trazem insegurança para as partes e para a arbitragem, para que assim, num futuro, seja inserido no mercado um consenso.

Contudo, por ser um fenômeno muito recente ainda não há um movimento global nesse sentido, sendo ainda controversa perante as instituições a necessidade de dispor a respeito e, com isso, interferir na autonomia da vontade das partes e em negócio privado de terceiro. Ademais, persistiriam os problemas do Código de Conduta, qual seja, não ter caráter vinculante.

Proposta similar seria estabelecer as diretrizes através de tratados internacionais ou de uma lei modelo, a exemplo do realizado com alguns aspectos da arbitragem. No entanto, grande parte dos problemas não seriam solucionados, além de não parecer ser o meio mais adequado, pois, o foco estaria sendo redirecionado das instituições privadas aos Estados, e muitos deles, por mais que aceitem a tradicional arbitragem como meio de solucionar conflitos, são reticentes quanto à possibilidade de um terceiro fornecer o custeio de uma demanda em troca de vantagens econômicas.

Outra possibilidade que merece ser apresentada diz respeito à criação de uma instituição independente, com abrangência internacional, destinada unicamente ao financiamento de terceiro, em especial, com o objetivo de verificar a compatibilidade do agente financiador com a arbitragem. Para tanto, os financiadores realizariam uma prévia inscrição na instituição, com a qualificação da empresa e do seu corpo de profissionais; do mesmo modo, as instituições arbitrais também alimentariam o banco de dados da instituição independente com a qualificação dos seus árbitros. Com o cruzamento das informações seria possível estabelecer um mapa com as incompatibilidades, o que poderia ser previamente consultado pelas partes antes de contratar algum agente financiador, evitando, com isso, conflitos de independência e imparcialidade do árbitro.

No mais, a instituição também poderia ser dotada de uma cartilha ética e registrar as ocorrências de cada financiador, a exemplo de anotar se o financiador

não deixou de prover recursos pactuados, entre outros. Ocorre que, essa não tem demonstrado ser a tendência. Na prática, mostra-se difícil regular um mercado privado e abranger todos os agentes, sobretudo porque a arbitragem é regida pela autonomia da vontade das partes, ademais, trata-se de um centro de controle, sem efeito vinculativo e que não seria o bastante para sanar todas as questões.

Constata-se que qualquer opção voluntária e desprovida de obrigatoriedade será insuficiente para solucionar satisfatoriamente os conflitos decorrentes do financiamento de terceiros, no mais, a arbitragem comercial é um mecanismo eminentemente privado, não sendo apropriada uma intervenção externa. Daí porque, como alternativa às abordagens apresentadas, a inclusão dos procedimentos para o financiamento de terceiro nas regras das instituições arbitrais exprimi adequabilidade e aplicabilidade (SCHERER, 2013, p. 98).

As instituições arbitrais são prestadoras de serviços e exercem atividade empresarial, por assim ser, aquelas que melhor compreenderem os anseios da ordem internacional e com mais eficiência conseguir disciplinar o financiamento de terceiros (de modo a potencializar suas vantagens e conferir segurança ao procedimento), terão um importante atrativo perante o mercado. A auto-regulação é favorável na medida em que preserva o núcleo da arbitragem – autonomia da vontade – e o caráter privado do instituto.

Independentemente da orientação que prosperará, o fato é que com a evolução da prática de financiamento de terceiros mais problemas tendem a surgir e novos conflitos de interesse irão desafiar as arbitragens, portanto, observando a necessidade de regulamentação para o bem da arbitragem, propõem-se diretrizes-chaves que poderão auxiliar com os rumos do setor.

Sobre as regras de arbitragem, não pairam dúvidas de que a validade da sentença arbitral e de todo o instituto da arbitragem está depositado na imparcialidade e independência do árbitro, daí a exigência de que, na dúvida, seja divulgada qualquer informação que possa ser relevante, inclusive sobre terceiros financiadores. Como destacado no tópico anterior, omitir a figura do financiador não parecer ser a melhor orientação; as partes (litigantes e árbitros) devem estar cientes do envolvimento de terceiros para que possam avaliar possíveis conflitos e terem ciência de todas as circunstâncias que estão presentes no seu litígio. Por assim ser, defende-se a obrigatoriedade daquele que está contratando o financiamento em divulgar a presença do terceiro a todos os envolvidos no processo, como um dever

decorrente do devido processo legal e um comportamento segundo os ditames da boa-fé processual.

Como medida para evitar conflitos de interesses e para que seja evitada exposição de questões cobertas pela confidencialidade, é coerente propor que aquele que estiver interessado em buscar o auxílio de um agente financiador divulgue às partes e aos árbitros as qualificações do pretendente antes mesmo de estar avançado o contrato entre eles. Assim, seria possível avaliar eventual conflito sem prejuízo à arbitragem, desse modo, somente após a autorização de todos os envolvidos, a negociação entre os interessados pelo financiamento prosseguiria com o acesso às informações do litígio, reduzindo os riscos de exposição indevida do procedimento arbitral.

A medida também obstará a utilização do financiamento de terceiros para provocar impedimentos supervenientes. Ainda que não fosse suficiente, não há motivos para não se aplicar a mesma orientação dada nos processos judiciais, segundo o qual, o causador do conflito não pode se beneficiar o prejuízo plantado, o que implica dizer que o conflito superveniente não se torna causa de impedimento ou suspeição (CASADO FILHO, 2014, p.173).

Considerando que o financiador ingressa em um procedimento cujas regras já estão bem delimitadas pelas partes interessadas, entende-se que o terceiro aceitou, ainda que tacitamente, as regras da arbitragem e deva observar todas as condições pactuadas, inclusive as obrigações a respeito da confidencialidade. Por ser um agente externo, maior o agravo em caso de quebra do compromisso, dessa maneira, oportuno que haja previsão de sanções ao financiador além das responsabilidades por perdas e danos.

Apesar de parecer simplório, como não há necessidade da parte contrária ter ciência de todas as condições envolvendo o contrato de financiamento, recomendável que estejam previstas quais as informações sobre a qualificação do agente que devem ser tornadas públicas, sobretudo pela necessidade de ser previamente avaliada eventual impugnação do agente.

Além de ser mantida a independência das partes e árbitros, a melhor orientação é a de que o financiador não exerça influência sobre o advogado. Recomenda-se, ainda, que seja previsto que o advogado do financiador, quando muito, atue de forma a auxiliar o advogado da parte e, de maneira nenhuma atentar

contra a autonomia dele, pois, havendo conflito de interesses, a opinião do advogado da parte deve preponderar (CASADO FILHO, 2014, p.186).

Como uma figura equiparada em obrigações às partes, o financiador deve ser sancionado em caso de descumprimento, tanto financeiramente, como através de um registro com o histórico dos agentes. No caso de interferência na mencionada independência do advogado da parte, compreendemos que há o cometimento de um agir abusivo, por esse motivo, propõe-se que seja prevista uma multa percentual sobre o valor da causa capaz de prevenir e inviabilizar o investimento daqueles que não agem segundo a melhor orientação.

Importante também reproduzir a recomendação do Código de Conduta da ALF de que os financiadores demonstrem possuir recursos financeiros adequados para cobrir as obrigações e atendam as demandas de imediato. A isso é devido acrescentar que, após integrar o procedimento arbitral como um aparente auxiliar da parte e assumir responsabilidades, não pode mais o financiador abandonar o processo enquanto não exaurido. A recomendação posta se deve primeiro pela razão de que, ao aceitar financiar a arbitragem, assumiu responsabilidades não só com o contratante, mas com a parte adversa, com o árbitro e com a Câmara arbitral; segundo porque não pode o financiador ao constatar possível revés ou mudança do cenário inicial fugir do risco aceito, o que, por vias reflexas, evita o caráter meramente exploratório do financiamento de terceiros; por último, a segurança ofertada pela certeza das obrigações do financiador conduzirá ao bom desenvolvimento da técnica.

Várias são as questões que envolvem o financiamento de terceiros e que ainda causam insegurança por não possuírem respostas. Levando em consideração a importância que o financiamento de terceiros adquire para o incremento da arbitragem no comércio internacional, o seu oxigênio estará atrelado a um plano que otimize os benefícios do financiamento e que antecipe e minimize eventuais problemas. Dessa maneira, foram realizadas considerações no intuito de expor propostas para que sejam regulamentados pontos-chaves que possibilitem afastar as controvérsias e que deem um norte ao desenvolvimento do financiamento de terceiros na arbitragem internacional.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa levada a efeito, foi possível extrair as seguintes conclusões:

a) As crescentes transações comerciais internacionais fruto da globalização vieram para redefinir as regras de mercado em detrimento do papel do Estado, ganhando, com isso, proeminência o fenômeno da desterritorialização da soberania estatal.

b) Este processo leva à insuficiência das estruturas internas dos Estados para assegurar os interesses daqueles que operam comercialmente para além das fronteiras estatais, provocando a necessidade de afirmação de um instrumento capaz de conferir segurança jurídica e amparar os conflitos transnacionais.

c) A jurisdição estatal é adstrita territorialmente, faltando-lhe efetividade na ordem econômica globalizada e carecendo de segurança jurídica, imperiosa para as relações comerciais internacionais.

d) Nesse panorama, alcança destaque a *lex mercatoria*, regramento paraestatal fruto da vontade privada, bem como a arbitragem, já que esta, aplicando aquela, possibilita aos árbitros a faculdade de decidir segundo as regras do comércio internacional, o que confere a certeza e a segurança imperativas para a manutenção e desenvolvimento da atividade empresarial no mundo globalizado.

e) Ambiente de liberdade, a arbitragem é meio adequado para solução de conflitos internacionais, pois permite que uma decisão tenha validade no estado mesmo tendo origem alheia, e permite o uso da *lex mercatória* como razão de decidir. Os estados, em sua esmagadora maioria, admitem sua incapacidade para gerir essas situações, na medida em que passam a reconhecer a força da arbitragem por meio de tratados internacionais (como, *v.g.*, a Convenção de Nova York, com 157 signatários), e da legislação interna, dando força a esta técnica.

f) A arbitragem demonstra ter proficuidades que bem se adequam às características dos litígios internacionais, sendo elas i) o caráter voluntário do procedimento arbitral; ii) a especificidade técnica do árbitro; iii) a celeridade para solução dos conflitos; iv) a neutralidade; v) a confidencialidade do procedimento; vi) a economicidade.

g) Em cotejo com a via jurisdicional, por não estar eivada de

formalismo, não se submeter a reiterados recursos, possuir uma infraestrutura que permita um processamento sem entraves, e permitir a fixação de um termo para a prolação da decisão, a utilização da arbitragem é tida como meio idôneo a reduzir os custos de transação, por permitir uma resolução célere e eficaz dos conflitos decorrentes de relações comerciais internacionais. Deve-se levar em conta uma gama de fatores paralelos aos simples custos financeiros imediatos com a contratação desta via, os quais circundam as controvérsias neste campo.

h) Um significativo óbice identificado para a instauração do procedimento arbitral são os custos financeiros imediatos, usualmente elevados, que podem representar empecilho determinante para o acesso à arbitragem.

i) Como alternativa para flexibilizar os custos econômicos e viabilizar o acesso à arbitragem, advém o financiamento da arbitragem por terceiros (*third-party funding*).

j) Três principais razões justificam a procura por um agente que financie a disputa arbitral: i) representa modo de promover acesso à justiça para aqueles que estão impossibilitados financeiramente de perseguir o direito; ii) possibilita aos comerciantes manterem o fluxo de caixa necessário para a permanência da sua atividade enquanto um financiador custeia o prosseguimento da demanda; iii) evita o risco e o desejo de mitigá-lo, em especial num contexto de regressões econômicas e incertezas do mercado mundial.

k) Impactos tais como conflitos com os ordenamentos jurídicos, questões éticas e a ingerência que pode ser exercida pelo terceiro na condução da causa geram polêmicas. Ao longo da pesquisa foram identificados possíveis riscos, como a quebra da imparcialidade do árbitro; a suscitação de causa de impedimento superveniente; o esvaziamento do sigilo procedimental; a possibilidade de serem estimuladas demandas frívolas e desarrazoadas; e a utilização do sistema como alternativa para especulação financeira, o que levou à conclusão de que é necessária regulamentação do instituto.

l) Por derradeiro, como a regulamentação tem se mostrado ainda incipiente, sugerem-se como importantes aspectos a serem observados: i) a obrigatoriedade daquele que está contratando o financiamento em divulgar a presença do terceiro a todos os envolvidos no processo, decorrência do devido processo e da boa-fé; ii) o interessado em buscar o auxílio de um financiador deverá divulgar ao adversário e aos árbitros as qualificações do pretendente o quanto antes,

como medida para evitar conflitos de interesses, bem como a exposição de questões cobertas pela confidencialidade, além de obstar sua utilização para provocar impedimentos supervenientes; iii) o reconhecimento de que o agente financiador estará inegavelmente aceitando, ainda que tacitamente, as regras da arbitragem, motivo pelo qual deverá observar todas as condições pactuadas, inclusive as obrigações a respeito da confidencialidade, devendo ser previstas sanções pela violação, além de responder por eventuais perdas e danos; iv) os financiadores deverão demonstrar possuir recursos financeiros adequados para cobrir as obrigações e atender as demandas de imediato, de modo que, após integrar o procedimento arbitral como um aparente auxiliar da parte e assumir responsabilidades, não poderá mais abandonar o processo em curso.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ALTER LITIGATION. **About third party litigation funding**. Disponível em <<http://www.alterlitigation.com>>. Acesso em 30 jun 2017.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: **Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. WALD, Arnold, LEMES, Selma Ferreira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2011.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 16, jan-mar 2008, p. 205-210.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Miguel. FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma do Mexico, 2005.

BAGANHA, Maria Loannis. A cada sul o seu norte: dinâmica migratória em Portugal. In: SANTOS, Boaventura de Souza (coord.). **A globalização e as ciências sociais**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

BAO, Chiann. **Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: the next chapter**. Journal of International Arbitration, vol. 34, issue 3, p. 387-400, 2017.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: TRINDADE, Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.941-960.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BENTHAM. **Commercial litigation**. Disponível em <<http://www.imf.com.au/practice-areas/commercial-litigation>>. Acesso em: 02 jul. 2017a.

BENTHAM. **Our track record speaks for itself**. Disponível em <<https://www.benthamimf.com/about-us/bentham-imf>> . Acesso em: 14 jul. 2017b.

BUFORD. **Financial Reports and presentations**. Disponível em <<http://www.burfordcapital.com/investors/financial-reports-and-presentations/>>. Acesso em: 02 jul 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAIVANO, Roque J. **Negociación y mediación**: instrumentos apropiados para La abogacia moderna. 2 ed, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional**: o local da arbitragem. Curitiba: Juruá, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça**: o novo paradigma do third party funding. Tese de Doutorado em Direito pelas Relações Internacionais. PUC-SP. São Paulo, 2014.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. **Tabela de despesas e calculadora**. Disponível em <<http://ccbc.org.br/Materia/1068/tabela-de-despesas-e-calculadora>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CIESP/FIESP. **Tabela de custas**. Disponível em <<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CODE OF CONDUCT FOR LITIGATION FUNDERS. 2014. Disponível em <<http://www.calunius.com/media/10012/code-of-conduct-jan-2014-final-pdfv2-2.pdf>> . Acesso em: 15 jul. 2017.

CRETELLA NETO, José. Globalização, empresas transnacionais e institutos. In: GUERRA, Sidney (coord.). **Globalização**: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006, p. 89.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**: arbitragem comercial, arbitragem internacional. Lei brasileira de arbitragem. Instituições internacionais de arbitragem. Convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. A lex mercatoria e o direito brasileiro. In: **Arbitragem Doméstica e Internacional**: Estudo em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DE ALBUQUERQUE, Tércio Waldir. Os desafios da globalização para os operadores do direito. In: GUERRA, Sidney (coord.). **Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006, p. 290.

DIMOLITSA, Antonio. Introduction. In: Dossier: **Third-party funding in International Arbitration**. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. Dossiers – ICC, Paris, p. 07-09, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, p. 35, 2013.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIA, José Eduardo. **Reforma constitucional em período de globalização econômica**. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v.90, p. 253-265, 1995.

_____. **O direito na economia globalizada**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Poucas certezas e muitas dúvidas** o direito depois da crise financeira. Texto apresentado no seminário do International Institute for Sociology of Law, Onnati, realizado em 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. **Isonomía**. Itália, vol. 09, p. 173-184, out. 1998.

FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. **A constelação pós-nacional de Habermas e a atual crise européia**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun, p. 41-55.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. **O direito no mundo globalizado: reflexos na atividade empresarial**. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.

FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A distribuição do custo do processo na sentença arbitral. In: **Arbitragem: temas contemporâneos**. LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

FONSECA, Ricardo Garcia da; CORREIA, André de Luizi. A confidencialidade na arbitragem: fundamentos e limites. In: **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária: fundamentos para uma possível regulação**. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Regulamento da câmara FGV de conciliação e arbitragem**. Disponível em: <<http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, n.10, p.348-359, out-dez.2000

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil**. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GOELER, Jonas Von. Impartiality and Independence of Arbitrator and Third-Party Funding. In: **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impacto in Pcedure**. International Arbitration Law Library, Volume 35, p. 253-292, 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos – Soluções de Controvérsias**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 15 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HIRST, Paul. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 14 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Investment arbitration claims could be ‘traded like derivatives**. Mar 2013. Disponível em <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=02decc8d-bf67-4b86-a023-f2ef2aa4843b>>. Acesso em: 30 jun. 2017a.

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVEST DISPUTES. **The ICSID Caseload – Statics**. Disponível em <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>>. Acesso em: 22 jun. 2017c.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Cost calculator**. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator/>>. Acesso em: 18 jun. 2017b.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LANDI, Nicollò. **The arbitrator and the arbitration procedure: third party funding in international commercial arbitration – na overview**. In: Austrian Yearbook on international arbitration. KLAUSEGGER, Christian, et al, vol 2012, p. 84-104, 2012.

LCIA Arbitration and ADR worldwide. **LCIA releases costs and duration data.** Disponível em <<http://www.lcia.org/News/lcia-releases-costs-and-duration-data.aspx>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. O princípio da manutenção da atividade empresarial e a recuperação da empresa na Lei 11.101/2005: um exame sob o prisma da função social. **Revista Direito em (Dis)Curso**, Londrina, v.2, n.1, p.79-104, jul. 2008.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MUNIZ, Tânia Lobo. Análise crítica sobre a utilização da arbitragem na solução de conflitos do comércio internacional. **Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesual y Arbitraje**, Madrid, 2013. Disponível em: <<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21302.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2017.

LEI MODELO DA UNCITRAL. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

MACNEIL. Ian R. **American Arbitration Law**. New York: Oxford University Press, 1992.

MAGALHÃO, José Carlos. O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas. In: **Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas**. Estudos em homenagem ao professor Irineu Strenger. BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). São Paulo: LTr, 1994.

MAIA, Jayme de Mariz. **Economia Internacional e comércio exterior**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANGE, Flavia Foz. **O ordenamento jurídico brasileiro e a ordem internacional: admissibilidade de medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**. Dissertação (mestrado em direito internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MANIRUZZAMAN, Munir. **Third-Party Funding in International Arbitration – A Menace or Panacea?**. Kluwer Arbitration Blog: 2012. Disponível em <<http://kluwarbitrationblog.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>>. Acessado em 15 jul 2017.

MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTÍNEZ, José María Roca. **Arbitraje e instituciones arbitrales**. Barcelona: Bosch editor, 1992.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, *lex mercatória*, e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro, 15 ed., 2004.

MONTANARI, Valdir; STRAZZACAPPA, Cristina. **Globalização: o que é isso?** 8 ed. São Paulo: Moderna, 1999.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/1996.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e do direito societário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEW YORK CITY BAR. **Third Party Litigation Financing.** Formal Opinion 2011.2. Disponível em <<http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072132-FormalOpinion2011-2Third-partyLitigationFinancing.pdf>> . Acesso em: 14 jul. 2017.

OSMANOGLU, Burcu. **Third-Party Funding in international commercial arbitration and arbitrator conflict of interest.** Journal of international Arbitration, vol. 32, p. 325-350, 2015.

PACHUKANIS. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Tradutor: Soveral Martins. Coimbra, 1977.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema.** São Paulo: Atlas, 2012.

PAULSSON, Jan. **Moral Hazards in International Arbitration.** University of Miami School Law, abr. 2010. Disponível em <http://www.arbitrationicca.org/media/0/1277374999_9020/paulsson_moral_hazard.pdf>, Acesso em: 20 fev. 2016.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização e integração de mercados: repercussões sociais.** In Revista TST, vol. 69, n. 1. Brasília, jan/jun 2003, p. 21-39.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. **Arbitragem: a alternativa premente para descongestionar o poder judiciário.** São Paulo: Arte & Ciência, 2002.

PIRES, Eduardo; ARAUJO, Neiva C. de. **Lex mercatória e arbitragem internacional: alternativas para regulação e solução de conflitos do comércio internacional.** In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI - Maringá, 2009, Maringá. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Revista GV, São Paulo, v.7, p.15-28, jan./jun. 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REGULAMENTO CCI 2017. Disponível em <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: TRINDADE, Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.455-494.

SAHANI, Victoria Shannon. **Judging third-party funding**. *UCLA Law Review* 63, p.388-448, 2016.

Santos. FERRAS, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n.172, out./dez. 2006

SANTOS, Mauricio Gomm Ferreira dos. Existe um consenso internacional no âmbito da arbitragem comercial? Está o Brasil em linha com tal consenso? In: **Arbitragem: Estudo em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCHERER, Maxi. **Third-Party funding in international Arbitration: Towards mandatory disclosure of funding agreements?**. In: *Third-party funding in International Arbitration*. CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. *Dossiers – ICC*, pag. 95-100, Paris, 2013.

SCLEE, Paula Christine. Política e globalização econômica: o relacionamento Estado-empresas transnacionais. In: CAUBET, Christian Guy (coord.). **A força e o direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 53-70.

SEIDEL, Selvyn. **Third-party investing in International arbitration claims: to invest or not to invest? A daunting question**. In: *Dossier: Third-party funding in International Arbitration*. CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. *Dossiers – ICC*, Paris, p. 16-31, 2013.

SHANNON, Victoria; NIEUWVELD Lisa Bench. **Third-Party Funding in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2012.

SHAPIRO, Martin. **The globalization of law**. *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 1, n. 1, Symposium: The Globalization of Law, Politics, and Markets: Implications for Domestic Law Reform (Fall, 1993), pp. 37-64. Disponível em:

<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1398&context=facpubs>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, v.7, p. 374-402, 1978.

SODRÉ, Antonio. **Curso de direito arbitral**. Leme: Mizuno, 2008.

STEECK, Wolfgang. As crises do capitalismo. Tradução de Alexandre Morales. **Novos estudos**, p. 35-56, mar. 2012.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996 a.

_____. **Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996 b

SWISS CHAMBERS. **Coast of Arbitration**. Disponível em <<https://www.swissarbitration.org/Arbitration/Cost-of-Arbitration>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento das despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. In: **Arbitragem doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prfº Thóphilo de Azeredo Santos**. FERRAS, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIDIGAL, Erick. A lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 186, p. 171-194, 2010.

VIVEIROS, Leonardo. III Congresso Pan-Americano de Arbitragem – 24 r 25 de outubro de 2016. In: LEE, João Bosco; ANDRADE, Daniel de (org). **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. XIV, pp. 132-144, São Paulo, 2017.

WILLIAMSON, John. **Economia aberta e a economia mundial**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.