



Volume 4, número 2, ano 2021
REVISTA JURÍDICA INVEST

**Da insuficiência de meios financeiros no processo arbitral e outras formas de
financiamento**

Amanda Fumes Duda Machado¹

Resumo

O presente trabalho, sem o intuito de esgotar o tema, tem por objetivo apresentar as noções de arbitragem doméstica e internacional sob a problemática da insuficiência de meios financeiros que pode se configurar ao tempo da instituição do Tribunal Arbitral. De fato, diversas são as soluções encontradas nos Tribunais Estaduais estrangeiros sobre a matéria e que serão apontadas, sendo, ainda, abordada a recente figura do *third-party funder* – TPF e as questões que permeiam o assunto.

Palavras-chave: Arbitragem. Impecuniosidade. Terceiro financiador.

Abstract

The present study, without trying to exhaust the subject, has as purpose addressing issues related to presente the notions of domestic and international arbitration under the problem of insufficient financial resources that can be configured at the time of the institution of the Arbitral Tribunal. Indeed, several solutions are found in foreign State Courts on this matter and will be pointed out, as well as the recent figure of the third-party funder (TPF) and the issues that permeate the subject.

Key-words: Arbitration. Impecuniosity. Third-party funder.

1. Das considerações iniciais sobre a arbitragem em geral

A arbitragem é, por sua natureza, um meio alternativo de resolução de conflitos e, por essa razão, é possível inferir que trata de instrumento cuja subsunção não é obrigatória para as

¹ Mestranda em Direito e Ciência Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Especialista em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito, em Agronegócio pela USP/Esalq e em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

partes de um contrato. Entretanto, uma vez adotada – isto é, convencionada a arbitragem para dirimir controvérsias em determinada situação; ela passa a ser imperiosa aos envolvidos.

Isso porque, sob a égide do Direito privado, tem-se que as partes que se obrigam em face de uma relação jurídica gozam de autonomia para decidir as cláusulas que materializam o contrato e, a partir daí, fazem lei entre elas, desde que observados os parâmetros necessários para a celebração de um negócio jurídico livre de quaisquer vícios, nos termos da legislação civil.

Sob esse prisma, entende-se que a arbitragem é permeada, pelo menos, por dois efeitos: positivo e negativo. Pelo primeiro, entende-se que a convenção da arbitragem constitui para as partes um direito potestativo, enquanto que o último é caracterizado pela exclusão da competência dos Tribunais Estaduais para apreciar a matéria que esteja afeta ao objeto da arbitragem.

Com efeito, o direito potestativo supramencionado implica no poder-dever de uma das partes sujeitar, ao tempo de um conflito nos moldes estabelecidos pelo contrato, a outra ao processo arbitral.

Lado outro, o efeito negativo da arbitragem, em regra, está presente, mas em situações excepcionais também pode ser afastado, de forma que seja possível provocar o Poder Judiciário para dirimir a questão – e é aqui que se encontra a problemática abrangida pelo presente trabalho.

Antes, porém, cumpre delinear alguns preceitos inerentes à arbitragem para a melhor compreensão do tema e da delimitação deste estudo. Veja.

A arbitragem, nos termos do artigo 3º Código de Processo Civil, é permitida na forma da lei. Tal instrumento é materializado, no Brasil, pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 que dispõe sobre a arbitragem e, em seu artigo 1º, estabelece que *as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

Nesse sentido, tem-se que a arbitragem pode assumir duas vertentes: nacional ou internacional. E, assim, a depender do ordenamento jurídico pátrio a orientação de determinado país para o tratamento das regras aplicáveis revela uma posição monista ou dualista.

Vislumbra-se que a corrente monista, seguida pela maioria dos países, dentre os quais se pode destacar Brasil, Itália, Holanda, Inglaterra e Suécia, independentemente de estar em causa relações ou interesses nacionais ou internacionais há uma regulação uniforme, isto é, em uma única legislação há o tratamento para a arbitragem como um todo.

Por sua vez, alicerçado na França do século XX, a corrente dualista busca atender às necessidades específicas da arbitragem em âmbito internacional, razão pela qual no ordenamento desses países, como Portugal, Suíça, Angola e Moçambique, há uma bipartição.

Vale dizer que o dualismo subdivide-se em fraco – muito embora haja tratamento diferente para arbitragens nacionais e internacionais, estas são escassas e remetidas, em boa parte, para o regime das nacionais; e forte – a especificidade da previsão de normas para a arbitragem internacional é feita de forma completa (CORDEIRO, 2015, p. 114).

Não obstante tais diferenciações, é cediço que a arbitragem é regida por princípios e valores clássicos propositalmente buscados pelas partes na medida em que não se socorrer ao Poder Judiciário diante de um conflito é exatamente a intenção das partes, sobretudo no que diz respeito ao comércio internacional – tendência contemporânea derivada da crescente globalização.

O processo arbitral, assim sendo, para além de representar a autonomia das partes, se traduz na escolha livre e informada de benefícios inerentes a esse universo. Assim sendo, Alan Redfern (2004, p. 22) elenca os motivos pelos quais as partes que compõem uma relação contratual aderem à arbitragem.

Na visão do autor, a arbitragem trata de um processo privado e vantajoso aos olhos daqueles que não querem que os detalhes do seu litígio sejam divulgados em um tribunal (confidencialidade), oferece às partes a oportunidade de indicar seus próprios julgadores que podem ser escolhidos de acordo com suas especiais habilidades e competência técnica sobre a matéria e existe uma continuidade no processo arbitral uma vez que o tribunal é composto para lidar com um caso particular, bem como a arbitragem é mais flexível e adaptável e, como resultado, mais rápida e mais eficiente do que o processo judicial.

Outrossim, menciona-se que o processo arbitral pode ser desenvolvido sob a égide de dois tipos de tribunal arbitral, quais sejam, o *ad hoc*² que é indicado pelas partes e somente constituído diante da provocação de uma delas que apresente o litígio derivado do contrato em tela, e o institucional reconhecido por ser uma instituição permanente dotada de regram próprio estabelecido anteriormente às desavenças de determinadas pessoas.

Desse modo, a partir de conceitos brevemente colocados, sem o intuito de esgotar o tema, é possível contextualizar o cenário que envolve a discussão hodierna sobre o enquadramento e o respectivo tratamento que permeia a insuficiência de meios financeiros de uma ou de ambas as partes no processo arbitral.

2. Do afastamento do efeito negativo da arbitragem e a problemática da Impecuniosidade

A arbitragem, conforme salientado em epígrafe, uma vez convencionada para a resolução de litígios originados de certa relação contratual suporta ao menos dois efeitos basilares: positivo – surgimento do direito potestativo para sujeitar a outra parte ao processo arbitral no momento em que lhe convier; e o negativo.

O efeito negativo, corolário da exclusão da competência do Poder Judiciário de processar e julgar a lide eventualmente apresentada, pode ser afastado em casos excepcionais.

Referidos casos são, inicialmente, extraídos de diplomas elaborados diante do Direito Público Internacional, como a Convenção de Nova Iorque e a Lei Modelo da UNCITRAL que em seus artigos II(3) e 8º, respectivamente, excetua tal efeito quando constatada a caducidade, a inexecutabilidade ou a insuscetibilidade de aplicação da convenção de arbitragem.

Infere-se, nesse sentido, que a caducidade é caracterizada pela invalidade da convenção, a exemplo de vícios constatados na esfera da arbitrabilidade, enquanto que a inexecutabilidade diz respeito à ineficácia, como na hipótese de revogação da convenção, anulação da sentença ou, ainda, que o litígio já tenha sido decidido por outro tribunal, e a insuscetibilidade que exprime casos em que a arbitragem não pode funcionar, como regras processuais, escusa do árbitro, impossibilidade de instituição do tribunal, etc.

Além-mar, a Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal – LAV em seu artigo 5º, n.1 igualmente prevê a obrigatoriedade da convenção de arbitragem (efeito positivo), *a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.*

² Tribunal criado com a finalidade de resolver um conflito específico.

A propósito, a doutrina comparada aponta que a versão inglesa dos diplomas susomencionados é a que melhor compõe o sentido desejado para afastar o efeito negativo da convenção de arbitragem, qual seja, *null and void, inoperative or incapable of being performed* (PINHEIRO, 2004, p. 8).³

No Brasil, enquanto o artigo 3º da Lei de Arbitragem consagra o efeito positivo da convenção de arbitragem, não há um dispositivo que corresponda aos exatos termos apresentados pelo Direito Público Internacional e pelo Direito comparado. O que se tem no Capítulo II – Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos é a competência dos árbitros para discutir a existência, a validade e a eficácia da convenção e situações de nulidade desta.

Sem embargo da devida relevância de todas as figuras citadas (caducidade, inexecutabilidade e insuscetibilidade), a questão que se coloca é se a impecuniosidade de uma ou ambas as partes, isto é, a alegação de insuficiência de meios financeiros é passível de ser enquadrada nas hipóteses que por serem *incapable of being performed* ensejam o afastamento da convenção arbitral e, portanto, a subsunção do litígio ao processamento judicial realizado por um Tribunal Estadual.

De fato, ao compor uma convenção de arbitragem as partes relacionadas naquela obrigação específica definem regras e leis a serem observadas na decisão de eventual litígio que decorra desse contrato, em outras palavras, o conflito ainda não existe e, por essa razão, as partes estão a escolher o regramento aplicável em um momento futuro – e que sequer pode chegar a existir.

É possível afirmar, salvo situações dolosas, que cada indivíduo que celebra a convenção arbitral não pode precisar que a sua realidade, sobretudo a financeira, permanecerá a mesma que possui no momento da formação do contrato quando da configuração do litígio.

E por “cada indivíduo” conclui-se que a insuficiência de meios financeiros para suportar o processo de arbitragem pode ser configurada tanto para o demandante, quanto para o demandado, assim como para ambas as partes, divergindo, pois, os efeitos e as consequências de acordo com o polo e o momento que tal situação se configurar.

Têm-se, nesse diapasão, três cenários: a) se todas as partes não possuírem meios financeiros para arcarem com o processo arbitral não há sequer hipótese de instituição do Tribunal e, uma vez acordado, há supressão da convenção de arbitragem; b) se o demandante alegar a impecuniosidade haverá oportunidade para a outra parte cumprir integralmente com os custos ou, ainda, a suspensão e/ou a extinção do processo; c) se o demandado incorrer na insuficiência de meios a situação é mais complexa.

Sob este último prisma deve ser levado em conta, para fins de aferir os efeitos da impecuniosidade, o momento da alegação. Se no início do processo o demandante pode optar por responsabilizar-se de forma integral pelas taxas ou, sem prejuízo da defesa, o demandado não terá a possibilidade apenas de apresentar reconvenção. Entretanto, não há que se olvidar dos efeitos posteriores dessa ausência de recursos quando da execução da sentença arbitral que após todos os trabalhos desempenhados – e custeados; será ineficaz haja vista o caráter patrimonial que permeia a fase executória.

Repise-se que o processo arbitral comporta duas espécies: *ad hoc* e institucional, de maneira que a última, em que pese oferecer parâmetros mais seguros para as partes diante de um sistema de regras posto anteriormente ao conflito em causa, repassa custos fixos da instituição que é permanente (água, luz, honorários dos árbitros, despesas administrativas – café, papel, telefone; despesas de pessoal, etc.) contrapondo-se ao processo judicial que conta

³ Em livre tradução: nulo e sem efeito, inoperante e incapaz de ser performado.

com orçamento público próprio e com a arbitragem *ad hoc* que somente é constituído o tribunal com a provocação das partes.

Faz-se necessário nesse ponto estabelecer algumas premissas.

Assevera-se, primeiramente, que o processo arbitral decorre da autonomia e da liberalidade de indivíduos civilmente capazes celebrarem um acordo no sentido de submeter eventuais conflitos à arbitragem e, portanto, sendo exclusivamente de Direito Privado, espera-se que as partes financiem de forma integral o referido processo. Mormente, quando se tratar de arbitragem institucional, cujo regramento, obedecendo ao princípio da transparência, já se encontra disponível para consulta.

Corolário de tal premissa é o fato de que por se tratar de Direito privado não há no processo arbitral o benefício da assistência judiciária. Leia-se.

[...] O direito à assistência judiciária, no entanto, não se aplica a processos de arbitragem em várias jurisdições (Berger / Kellerhals, loc. Cit., N 572 e N 1043). A exclusão do apoio judiciário para a arbitragem interna suíça - à qual o Tribunal Federal Suíço se referiu em sua decisão - é frequentemente explicada com o argumento de que a arbitragem está fora do âmbito dos processos judiciais estaduais. De acordo com essa linha de argumentação, não é responsabilidade do Estado tornar os procedimentos perante os tribunais mais acessíveis se eles não fizerem parte do judiciário estadual (ver DFT 99 Ia 325, consid. 3b). Além disso, é geralmente salientado que as partes que se submetem ao processo arbitral o fazem de forma voluntária e, portanto, renunciam às vantagens dos processos judiciais estaduais, que incluem a possibilidade de solicitar assistência judiciária (VON SEGESSER, 2015, p. 18).

Por conseguinte, afirma-se que a impecuniosidade caracterizada pela insuficiência de meios financeiros das partes para financiar o processo arbitral não corresponde, necessariamente, com a sua insolvência.

[...] trata apenas de falta de dinheiro suficiente para suportar os custos que a participação numa arbitragem implica, nomeadamente os pagamentos por conta dos honorários dos árbitros e encargos administrativos do processo, cuja satisfação as instituições administrantes [...] exigem a cada uma das partes, para que possam tomar parte, plenamente, no processo arbitral (CAMELO, 2016, p. 70)

Por sua vez, a insolvência, em suma, é caracterizada a partir da constatação de que o conjunto de relações designadas no passivo é superior àqueles que se encontram no ativo, quer seja na modalidade civil delineada pelo artigo 955 do Código Civil de 2002, quer seja, empresária, nos termos da Lei nº 11.101/05.

Com efeito, uma parte insolvente não só pode participar do processo arbitral, como tal fato não representa óbice ao reconhecimento de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. NATUREZA CONSTITUTIVA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 6º DA LEI 11.101/2005. PRESSUPOSTOS FORMAIS PREENCHIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. [...]. 2. O processo de homologação de sentença estrangeira tem natureza constitutiva, destinando-se a viabilizar a eficácia jurídica de provimento jurisdicional alienígena no território nacional, de modo que tal decisão possa vir a ser aqui executada. É, portanto, um pressuposto lógico da execução da decisão estrangeira, não se confundindo, por óbvio, com o próprio feito executivo, o qual será instalado posteriormente - se for o caso -, e em conformidade com a legislação pátria, na hipótese aplicando-se a Lei n. 11.101/2005, tendo em vista que a requerida se encontra em recuperação judicial. 3. Por conseguinte, não há falar na incidência do art. 6º, § 4º, da Lei de Quebras como óbice à homologação da sentença arbitral, uma vez que se está em fase antecedente à execução, apenas emprestando eficácia jurídica ao provimento homologando. 4. Homologação da sentença arbitral estrangeira deferida (SEC/EX 2015/0212240-5, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/06/2017).

Acontece, na verdade, que a impecuniosidade não é unidimensional e circunstancialmente pode diferir de um caso para outro (ZIVKOVIC, 2015, p. 46), mas a questão que se coloca, dessa vez, é se ao anuir a uma convenção de arbitragem a parte também concorda em perder outros direitos subjetivos, como a assistência judiciária e o acesso à justiça – estes previstos constitucionalmente como fundamentais.

Gerard Wagner afirma que não (IN ZIVKOVIC, 2015, p. 47). Entretanto, não há um consenso na doutrina especializada e nem por parte dos Tribunais.

3. Das considerações na jurisprudência internacional

No ensaio *Arbitration and Right of Access to Justice: Tips for a Successful Marriage*,⁴ é apontada a existência de um “casamento” entre a impecuniosidade e o direito de acesso à justiça celebrado em 17 de novembro de 2011 (KUDRNA, 2013, p. 2).

Na ocasião, discutia-se o incumprimento de um contrato de licença de marca pelas sociedades empresárias *Pirelli e Licensing Project (LP)*, cujo teor constava uma convenção de arbitragem para subsumir quaisquer conflitos originados desse contrato à Câmara do Comércio Internacional – CCI sediada em Paris.

Ocorre que, apesar da LP invocar a ausência de meios financeiros em face da decretação de sua insolvabilidade, a CCI sentenciou pela regularidade da resolução do contrato, proibindo a LP de usar as marcas e condenando-a em três milhões de euros por royalties desconsiderando, apenas, os pedidos apresentados por reconvenção, nos termos do regulamento da CCI.

A sentença foi objeto de recurso da LP perante a Corte de Apelação de Paris com fundamento na violação do seu direito de acesso à justiça e do princípio da igualdade no tratamento entre as partes com base no artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, posição essa acolhida.

⁴ Em livre tradução: Arbitragem e Direito de Acesso à Justiça: dicas de um casamento bem-sucedido.

Entretanto, em recurso para a Corte de Cassação o acórdão foi anulado (28/03/2013) sem pôr em causa a solução adotada, mas estabeleceu-se que as restrições ao direito das partes devem ser proporcionais à boa administração da justiça de forma que se a arbitragem é um produto da liberdade das partes a elas cabe escolher todas as condições de processamento da causa, bem como afirmou que *a recusa de analisar os pedidos reconventionais pode constituir ofensa ao direito de acesso à justiça e ao princípio da igualdade. [...] sob a condição de que os pedidos reconventionais sejam indissociáveis dos pedidos principais, o que a Corte de Apelação não investigou.*

Extrai-se, portanto, que a Corte de Cassação Francesa tem posição firme na autonomia das partes e que essa é a base para a configuração da renúncia à proteção do Estado na convenção da arbitragem.

Antes disso, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha em 14 de setembro de 2000 proferiu decisão no caso denominado Canalizador – um contrato de empreitada no qual um pequeno empreiteiro (canalizador) suscitou a insuficiência de meios financeiros em um primeiro litígio, sendo que o dono da obra não aceitou a proposta de resolvê-lo na justiça estadual.

Contudo, em um segundo litígio o próprio dono da obra alegou insuficiência de meios e propôs uma ação na via judicial contra o empreiteiro que, dessa vez, invocou a violação da convenção de arbitragem.

A Primeira e a Segunda Instâncias entenderam pela aplicação da convenção de arbitragem o que não se manteve no Supremo Tribunal Federal que proferiu sentença no sentido de que o acordo de arbitragem era *incapable of being performed*, nos termos da Seção 1032 (1) do GPPC.

Isso porque diante da alegação do demandante de insuficiência de meios e da recusa do demandado em cobrir tais despesas o STF alemão entendeu pela possibilidade de a parte encerrar o acordo de arbitragem, sob a luz, ainda que indiretamente, do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Feita a ponderação dos interesses das partes em litígio, o BGH considerou que forçar a parte impecuniosa a submeter-se a arbitragem equivaleria a uma denegação de justiça, sendo isso mais grave que impor ao demandante que recusasse financiar provisoriamente arbitragem, o recurso à justiça estadual (CAMELO, 2016, p. 73)

Além disso, naquela oportunidade foram estabelecidas algumas diretrizes sobre a jurisprudência alemã: demandante e demandado podem alegar a insuscetibilidade de execução da convenção pelo motivo da insuficiência de meios financeiros, a suscetibilidade da execução somente poderá ser considerada se a parte que possui recursos providenciar o pagamento das taxas, sendo a insuficiência de meios alegada pelo demandante, não é obrigatório que o demandado os forneça, não pode ser invocada a incapacidade de execução da convenção de arbitragem se esta for abusiva ou violar o princípio da boa-fé.

Ademais, tal jurisprudência consagra, ainda, que é irrelevante que a parte impecuniosa tenha culpa na caracterização da sua própria insuficiência de meios financeiros, sendo que apenas não se pode invocar esse argumento se a situação já existia ao tempo da celebração da convenção de arbitragem.

Na Inglaterra, sob a égide da Seção 9 da Lei de Arbitragem, tem-se a correspondência ao supracitado artigo 8º da Lei Modelo da UNCITRAL. Entretanto, muito embora em 1973 a Corte de Apelação tenha reconhecido o direito de desvinculação à convenção de arbitragem o precedente vinculativo só foi proferido anos mais tarde.

Assim, em 1981 a Corte de Apelação no caso *Paczy v. Haendler & Natermann GmbH*, decidiu por remeter as partes ao Tribunal Arbitral, declinando, pois, sua competência. O caso envolvia a discussão sobre o incumprimento de um contrato de licenciamento de direitos de propriedade industrial a ser dirimido pela CCI.

Sob a alegação de insuficiência de meios financeiros, uma das partes provocou a Alta Corte no intuito de obter assistência judiciária. Contudo, em seu voto Lord Buckley estabeleceu que a convenção de arbitragem somente poderia ser considerada como incapaz de ser realizada se as circunstâncias fossem tais que mesmo se as partes estivessem em plenas condições ela não pudesse ser executada.

Os Estados Unidos, ao seu modo, apresentam parâmetros diversos. A Corte ao ser provocada é responsável por analisar essencialmente se os encargos da arbitragem seriam superiores em comparação ao que a parte suportaria no curso do processo judicial, bem como diante da alegação de impecuniosidade, os tribunais apuram se são colocados em risco os *Statutory Rights*, isto é, direitos conferidos por lei que visam a proteger consumidores, trabalhadores, operadores econômicos ou pessoas de práticas discriminatórias com origem em raça, gênero ou religião.

Em Portugal, a matéria foi tratada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal de Justiça em 18 de janeiro de 2000 que, muito embora em 1ª e 2ª instâncias tenha sido julgada procedente a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, entendeu pela violação do direito de acesso à justiça, com base no artigo 20º 1 da Constituição Portuguesa.

A fundamentação seguida pelo STJ português abrangeu a análise da prevalência do artigo 20º 1 da Carta Magna em face do Código de Processo Civil que trata da exceção de violação de convenção de arbitragem.

Assim sendo, afirmou que uma vez impossível o cumprimento de uma obrigação acessória (encargos da arbitragem) pela incapacidade financeira não culposa e superveniente da parte os tribunais retomam a competência genérica para processar e julgar a causa.

No mesmo sentido, o acórdão 311/2008 de 30 de maio de 2008. Leia-se.

[...] julgando – inconstitucional, por violação do artigo 20º 1, da CRP, a norma do artigo 494, j) do CPC, quando interpretada no sentido de exceção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação de superveniente insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta que eventualmente seja de imputar a essa situação. (CAMELO, 2016, p.89)

Desse modo, verifica-se que a solução para tratamento da impecuniosidade exige o comprometimento tanto do Tribunal Arbitral, quanto do Tribunal Judicial, porquanto envolve não só a ponderação do interesse das partes, como também matérias de relevância para a organização estatal, como a sua competência.

4. Da insuficiência de meios financeiros na arbitragem internacional e outras formas de financiamento do processo arbitral

Verifica-se, em atenção ao exposto que a jurisprudência internacional se divide entre a aplicação da convenção de arbitragem à luz da materialização da autonomia privada e da proteção do direito de acesso à justiça.

Denota-se, sob esse prisma, que os casos colocados em análise no tópico anterior tratam de soluções dirimidas em âmbito da arbitragem nacional, respeitando, pois, a ordem jurídica interna.

Não obstante, a arbitragem internacional por envolver diferentes jurisdições, possuir conceituação própria de ordem pública e, geralmente, tratar de valores mais elevados e objetos complexos merece especial concentração.

Em um caso emblemático, o Tribunal Federal Suíço rejeitou um recurso que visava anular uma sentença proferida pelo Tribunal de Arbitragem do Desporto (CAS) que ao processar acusações disciplinares de um ciclista profissional negou o seu pedido de assistência judiciária em face da alegação de insuficiência de meios financeiros. O Tribunal Suíço afirmou que uma vez que o auxílio judiciário não é aplicado em arbitragens internas na Suíça também não poderia sê-lo naquelas internacionais.

A arbitragem esportiva também tem sido objeto de críticas a esse respeito, devido ao fato de que a arbitragem é geralmente obrigatória para os atletas. Em resposta a esta situação, o apoio judiciário, bem como os “conselhos pro bono”, foram disponibilizados para arbitragem perante o CAS, **provando assim que o Tribunal Federal Suíço errou, segundo o qual o apoio judiciário não é aplicável à arbitragem internacional**. Nos termos do artigo 5.º das Orientações relativas ao apoio judiciário, que entraram em vigor em 1 de setembro de 2013, “o apoio judiciário é concedido (...) a qualquer pessoa singular desde que os seus rendimentos e ativos não sejam suficientes para o permitir cobrir as custas processuais, sem contar com a parte de seu patrimônio necessária para sustentar ele e sua família. (VON SEGESSER, 2015, p. 20). Grifo nosso.

A doutrina alemã, entretanto, afirma que a posição adotada nos idos dos anos 2000 pelo seu Supremo Tribunal Federal não é passível de ser aplicada na arbitragem internacional.

O Supremo Tribunal de Justiça Português, de igual modo, no processo de reconhecimento e execução de sentença estrangeira de 28 de novembro de 2003 no caso *Nederlands Arbitrage Instituut* em que se alegou a insuficiência de meios financeiros não analisada pelo Tribunal Arbitral, ao invocar a ordem internacional, entendeu que não estava em jogo a ordem pública interna portuguesa e deu prosseguimento ao feito.

Ao que parece pelas razões e fundamentações de direito até aqui expostas, a insuficiência de meios financeiros não pode ser considerada, à luz do preceito restritivo, como integrante do que se entende por insuscetibilidade de aplicação da convenção de arbitragem na esfera internacional.

A um, porque socorrer-se de imediato ao Poder Judiciário de certa forma denota a inferioridade do instituto da arbitragem em face da estrutura e da imposição da cultura demandista.

Neste ponto vale dizer que é possível extrair do regramento que permeia a arbitragem que esta não foi a vontade do legislador e nem o espírito buscado pelas normas, uma vez que a imediata assunção da competência pelo Tribunal Estadual contrapõe-se aos princípios regentes da ordem arbitral.

Sob esse prisma, tem-se em vigor o princípio *kompetenz-kompetenz*, pelo qual se entende que cabe ao Tribunal Arbitral analisar a sua competência em face da causa e que a desconsideração do efeito negativo da convenção de arbitragem trata é situação excepcional.

Ressalta-se, por exemplo, que o legislador português, no artigo 5º, n.1 da LAV, para tratar do tema se utilizou da expressão *a menos que verifique que, **manifestamente**, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável* (grifo nosso), portanto, pressupõe-se que ao Tribunal Estadual somente é permitida a atuação diante de uma situação cristalina e devidamente comprovada de nulidade, ineficácia e inexecutabilidade.

A dois, porque sequer respeita a própria especialidade inerente ao sistema arbitral diante da direta subsunção ao que se tem como regra geral – a judicialização de demandas.

Excluir o efeito negativo da arbitragem de forma ampla e irrestrita obstaculiza, assim, a conformação e o aperfeiçoamento da realidade arbitral contrariando, pois, a ideia de evolução do Direito em si na medida em que este corresponde e apresenta respostas aos anseios trazidos em voga pela sociedade.

A ideia, talvez, comporta um paralelo com o sistema da autopoiese, isto é, da operação da realidade arbitral dentro da sua própria organização utilizando-se de meios de comunicação autorreferenciais para que seja possível resolver os problemas apontados de forma a assegurar a sua sobrevivência e capacidade, delimitando-se, pois, a interferência externa de outros sistemas como o judicial.

Além disso, o exercício da atividade dos Tribunais e das Câmaras Arbitrais, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, constituídas diante da livre iniciativa inerente a um sistema capitalista, não indica que essas instituições devam prestar assistência financeira às partes, mormente, porque há possibilidade de que tais custos sejam repassados e diluídos em outros processos de maneira a provocar um aumento global para todos aqueles que busquem a instituição arbitral.

Nessa toada, vale ressaltar que a insuficiência de meios financeiros na esfera internacional, apesar de necessitar de avanços mais específicos sobre o tema, já não pode ser considerada inevitavelmente como violação do direito de acesso à justiça, uma vez que outros meios de financiamento podem ser alcançados.

Não se trata, aqui, de simples financiamento obtido em face das instituições bancárias – mesmo porque seria necessária a comprovação de solidez patrimonial, ao contrário do que se tem na impecuniosidade; mas de terceiros financiadores especializados nesta atuação.

Invoca-se, pois, a figura do *Third-Party Funding* – TPF⁵ que é caracterizada pela assistência de um terceiro que ainda não sendo parte do processo arbitral contribui com os recursos financeiros faltantes no interesse de uma das partes.

Vislumbra-se, nesse sentido, que a consagração de tal forma de financiamento do processo arbitral atende aos objetivos próprios da arbitragem, uma vez que serve de instrumento

⁵ Terceiro financiador

que materializa a autonomia privada e torna, inequivocamente, a convenção de arbitragem suscetível de ser executada – ainda que seja aceitável tal enquadramento.

Além disso, a presença do TPF afasta quaisquer discussões acerca de eventual denegação de acesso à justiça e de prestação de assistência judiciária em âmbito do Tribunal Arbitral, coadunando-se, nesse cenário, com a natureza deste órgão – que dotado de jurisdição própria não se presta a concessão de serviços filantrópicos.

Acontece que, muito embora possam ser listados benefícios que permeiam o TPF, por ser instrumento que ainda pode ser considerado novo na seara arbitral, é possível apontar desequilíbrios provocados por sua atuação.

Nadia Darwazeh e Adrien Leleu (2016), em artigo intitulado *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*⁶ elencam a apresentação de alegações frívolas e exageradas, o aumento de custo e a parcialidade do processo como defeitos que devem ser combatidos.

No que se refere às alegações frívolas e exageradas e ao aumento de custos os autores, em suma, explicitam que o maior interesse do terceiro financiador é maximizar sua chance de lucrar e, de tal maneira, independentemente do mérito do processo arbitral e sem se preocupar com a ineficácia da sentença a ser proferida, criam arbitragens denominadas *hit-and-run* (bate e corre, em livre tradução).

De fato, quando um reclamado obtém uma sentença contra o reclamante que não possui meios financeiros que se valeu do financiamento do TPF na reclamação, o reclamado é deixado com uma sentença que não é efetiva. O reclamado não pode executar a sentença contra o reclamante por não possuir meios – que é a principal razão de ter sido amparado pelo TPF. Do mesmo modo o reclamado não pode executar a sentença contra o financiador porque ele não é parte na arbitragem e não pode ser nomeado na sentença como geralmente os tribunais arbitrais não possuem jurisdição sobre terceiros. (DARWAZEH. LELEU, 2016, p. 130-131)

Na perspectiva de um árbitro, assemelha-se a situação ao que denominou de aposta de Nirvana: se as demandas são bem-sucedidas, os financiadores ganham; se os custos da sentença são atribuídos contra a parte financiada, os financiadores não perdem porque esses não podem ser obrigados a arcar com tais custos.

Nessa toada, extrai-se desse trabalho que, por analogia, a Austrália registrou um crescimento de 16,5% nos litígios depois da liberação do TPF nos processos.

Por sua vez, pelo viés da constatação da parcialidade dos árbitros no processo arbitral são indicados conflitos de interesses entre as partes, os financiadores e os árbitros, bem como a falta de autoridade ou controle do processo no que tange ao financiador.

Isso porque é comum que os árbitros não destinem suas carreiras exclusivamente à função do Tribunal Arbitral e, assim, compõem o quadro de escritórios de advocacia e consultoria jurídica em muitas vezes.

⁶ Em livre tradução: Divulgação e Segurança para os custos ou como lidar com os desequilíbrios criados pelo terceiro financiador.

Disso é possível extrair que um árbitro indicado para integrar determinado tribunal em um processo arbitral pode funcionar como advogado ou consultor – ou ter seu escritório envolvido; em outras situações com aquele que se apresenta neste como financiador.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, por ocasião do SEC nº 9412 – US (2013/0278872-5), negou o reconhecimento e a execução de uma sentença estrangeira proferida por um Tribunal Arbitral sediado em Nova Iorque por entender que o recebimento de vultosa quantia pelo escritório de advocacia de um árbitro em momento anterior, muito embora não houvesse ligação com a lide que se processava, acarretou na parcialidade do árbitro quando compôs o tribunal em processo que envolvia a parte sob a fundamentação de ofensa à ordem pública nacional.

Corroborar tal entendimento o Guia de Diretrizes de Conflitos de Interesses do *IBA – International Bar Association* que, muito embora seja considerada uma *soft law*⁷ advém de uma instituição de referência sobre o assunto e em revisão no ano de 2014 tratou do assunto e indicou que para fins de verificação de conflito de interesses deve o financiador ser considerado como parte.

A independência e a imparcialidade do tribunal arbitral não podem ser propriamente avaliadas, a menos que a existência de um financiador seja divulgada para todos os membros do tribunal arbitral, para as partes e a instituição arbitral. É insuficiente para o financiador ou reclamante simplesmente assumir que não há um conflito de interesse. Deixando de lado o fato de que o financiador ou o reclamante pode não estar ciente de todos os fatos relevantes dessa relação, não cabe a eles unilateralmente fazer esse julgamento. Ultimamente, a falha da divulgação da existência de um financiador pode comprometer a sentença, que pode ser propensa a por de lado procedimentos ou ser recusada sua execução.

Esse assunto de potenciais conflitos de interesse tem agora sido amplamente reconhecido pela comunidade da arbitragem e tem recentemente sido abordada na Revisão do IBA Guidelines on Conflicts of Interests de 2014. O Guia agora, especificamente, prevê que o financiador será considerado equivalente à parte para verificação dos conflitos. Essa adição do IBA tem importantes ramificações. Por exemplo, no primeiro cenário mencionado acima, se o árbitro também serve como assessor de um financiador envolvido no caso, apareceria como não renunciável na lista vermelha das Diretrizes do IBA. No segundo cenário descrito acima, onde o escritório do árbitro tem uma significativa relação com o financiador, apareceria como renúncia na lista vermelha. (DARWAZEH. LELEU, 2016, p. 132-133)

Salienta-se que não se busca excluir a figura do terceiro financiador – TPF, mas a medida pretendida é a manutenção da lisura e da eficiência do processo arbitral para que cada vez mais o interesse das partes seja alcançado o que pode se tornar realmente difícil em uma arbitragem internacional em que os árbitros, não estando sujeitos a uma jurisdição específica, não possuem mecanismos estabelecidos para responsabilizar financiadores que não apresentarem a melhor conduta.

É por isso que os autores Nadia Darwazeh e Adrien Leleu (2016, p. 139) propõem remédios a serem adotados na arbitragem internacional a fim de respeitar os objetivos e os parâmetros do processo arbitral dentro do que se propõe como a divulgação antecipada de quem

⁷ Norma de caráter flexível, que não é cogente.

é o financiador e, se necessário, os termos do acordo de financiamento, bem como a exigência de garantias para assegurar os custos da arbitragem – de fato, é menos provável que um financiador financie uma demanda duvidosa se a ele for requerida uma caução para os custos.

Outrossim, vale mencionar que não se vislumbra a figura do terceiro financiador como única forma de solucionar os problemas trazidos pela impecuniosidade à convenção de arbitragem.

Assim sendo, é possível que uma das partes tenha pleno interesse na resolução do litígio pelo tribunal e, desse modo, aceite arcar com todos os custos para se ver, por exemplo, livre de cláusulas penais contratuais ou tenha a declaração de ausência de responsabilidade sobre determinado objeto na ordem da gestão de riscos reputacionais.

Lado outro, diante da complexidade das relações estabelecidas, do poder econômico das partes que se envolvem em contratos internacionais, bem como em observância ao fato de que a insuficiência de recursos financeiros deve ser superveniente, nada impede que no momento de celebração da convenção de arbitragem sejam estabelecidas cláusulas de depósitos em contas vinculadas e indicação de garantias antecipadas que visem propiciar eventual instalação do tribunal arbitral, sem prejuízo do respectivo levantamento caso após o encerramento do contrato e de todos os seus efeitos o litígio não ocorra.

5. Conclusão

A arbitragem, instrumento próprio do Direito privado, é um meio alternativo de resolução de litígio escolhido pelas partes contraentes para submeter qualquer desavença que surja em decorrência de uma relação jurídica anteriormente estabelecida.

É reconhecida por comportar dois efeitos, quais sejam, positivo e negativo. Pelo primeiro se tem a formação de um direito potestativo pelo qual as partes podem – e devem; sujeitar a outra ao procedimento arbitral quando do aparecimento de um litígio, nos moldes da convenção de arbitragem validamente consagrada.

O efeito negativo, por sua vez, exclui a competência dos órgãos do Poder Judiciário de apreciar a matéria. Ocorre que os diplomas internacionais preveem hipóteses em que tal efeito não está presente e, portanto, as partes podem se socorrer aos Tribunais Estaduais.

Relaciona-se isso às alegações de insuficiência de meios financeiros das partes no momento de instituição do Tribunal Arbitral e, por essa razão, a doutrina e os estudiosos da esfera internacional colocam duas questões: se a impecuniosidade é enquadrada no conceito de insuscetibilidade da execução da sentença arbitral e se é admissível tal discussão em âmbito das arbitragens internacionais.

Conforme delineado no presente artigo, tendo em conta a especificidade do processo arbitral, bem como o seu necessário desenvolvimento dentro daquilo que se propõe, ao que parece, a insuficiência de meios financeiros não pode ser considerada, à luz do preceito restritivo, como integrante do que se entende por insuscetibilidade de aplicação da convenção de arbitragem na esfera internacional.

Faz-se imperiosa a conformação do sistema arbitral dentro da sua própria realidade (autopoiese) e, no que tange à arbitragem internacional, não se vislumbram razões para a impecuniosidade servir de exceção dilatória da convenção arbitral.

Isso porque, muito embora haja quem afirme que a ascensão à convenção arbitral não implique na renúncia de outros Direitos, como o acesso à justiça e a assistência judiciária, preponderam outros, como a autonomia privada e as suas respectivas vertentes.

Entretanto, apesar dos benefícios, é necessária a adoção de medidas que estabeleçam parâmetros passíveis de garantir a manutenção da lisura, da transparência e da imparcialidade do processo e de seus envolvidos, razão pela qual, é possível, ainda que a partir de *soft laws*, considerar o terceiro financiador como parte, ao menos para fins de averiguação de conflitos de interesses e sugere-se a divulgação antecipada de quem são os financiadores ou até mesmo dos termos do acordo de financiamento, e, por fim, a exigência de garantias antecipadas para o prosseguimento do feito.

A importância se dá na medida em que os financiadores, com o fito de maximizar seus lucros, possam criar alegações frívolas e exageradas que acarretem o aumento dos custos do processo, bem como representem a parcialidade do tribunal por relações externas ao processo em causa.

Assim sendo, surge a figura do terceiro financiador que ao apoiar uma ou ambas as partes propiciam a instituição do tribunal arbitral e o desenvolvimento do processo em direta consonância com o que se pretende para o sistema da arbitragem.

E ainda, é possível admitir que uma das partes tenha interesse no financiamento de todo o processo para se ver livre de responsabilidades ou cláusulas penais contratuais, por exemplo, na gestão dos riscos reputacionais.

Por fim, podem as partes, também, no momento da celebração da convenção de arbitragem estipular a indicação de garantias ou o depósito de valores a serem utilizados para o financiamento de eventual processo, sem prejuízo do respectivo levantamento caso este não venha a ocorrer.

Certo é que a temática está distante de uma posição pacífica que represente uma solução única para o problema da impecuniosidade no processo arbitral de forma que relevantes estudos e a discussão frequente contribuem para o seu desenvolvimento.

6. Referências bibliográficas

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

CARAMELO, António Sampaio. *Obrigatoriedade da Convenção da Arbitragem e Direito de Acesso à Justiça*. Revista de Direito Civil. CIDP Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 65-116.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015.

DARWAZEH, Nadia. LELEU, Adrien. *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding* Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016, Volume 33 Issue 2) pp. 125 – 150.

GALAGAN, Dmytro. ZIVKOVIC, Patricia *If they finance your claim, will they pay me if i win: implications of third party funding on adverse costs awards in international Arbitration*. Central European University, Hungary. European Scientific Journal April 2015 /SPECIAL/ edition ISSN: 1857 – 7881 (Print) e - ISSN 1857- 7431 173.

KUDRNA, Jaroslav. *Arbitration and Right of Access to Justice: Tips for a Successful Marriage*. Journal of International Law and Politics Online Forum (New York University), 2013.

PINHEIRO, Luís Lima. *Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)*, em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/> , acessado em 22/11/2018.

REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. - London : Sweet & Maxwell, 2004. – LVIII.

VON SEGESSER, Georg. *Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration* disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/> acessado em 22/11/2018.

ZIVKOVIC, Patricia. *Impecunious party in arbitration proceedings and its rights under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights* Journal of Constitutionalism & Human Rights. ISSN 2351-6283 online. 2015