

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

THAIS HELENA TEIXEIRA TENANI

**ANÁLISE DOS POSSÍVEIS MECANISMOS DE TUTELA AO FINANCIADOR
NAS OPERAÇÕES DE *LITIGATION FINANCING***

SÃO PAULO

2021

THAIS HELENA TEIXEIRA TENANI

**ANÁLISE DOS POSSÍVEIS MECANISMOS DE TUTELA AO FINANCIADOR
NAS OPERAÇÕES DE *LITIGATION FINANCING***

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito dos Negócios

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Monteiro Gabbay

SÃO PAULO

2021

Tenani, Thais Helena Teixeira.

Análise dos possíveis mecanismos de tutela ao financiador nas operações de *litigation financing* / Thais Helena Teixeira Tenani. - 2021.

85 f.

Orientador: Daniela Monteiro Gabbay.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Ação judicial. 2. Financiamento. 3. Investidores (Finanças). 4. Arbitragem comercial. 5. Direito tributário. I. Gabbay, Daniela Monteiro. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 34::336.2

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

THAIS HELENA TEIXEIRA TENANI

**ANÁLISE DOS POSSÍVEIS MECANISMOS DE TUTELA AO FINANCIADOR
NAS OPERAÇÕES DE *LITIGATION FINANCING***

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito dos Negócios

Data de Aprovação: 25/11/2021

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Daniela Monteiro Gabbay
FGV-DIREITO SP

Prof. Dr. Luciano de Souza Godoy
FGV- DIREITO SP

Prof. Dr. Claudio Finkelstein Pontifícia
PUC-SP

RESUMO

O financiamento de litígios, embora comum em diversos países, ainda é um mecanismo recente no Brasil. Atualmente, sua tendência é de expansão, com a entrada de novos financiadores nesse mercado ainda incipiente. A presente dissertação trata do tema em quatro capítulos e oferece diretrizes aos financiadores para a elaboração de seus contratos. O primeiro capítulo examina o desenvolvimento histórico do financiamento de litígios em procedimentos arbitrais, enquanto o segundo trata do enquadramento jurídico de tais operações no direito brasileiro. No capítulo terceiro se examina a atuação dos financiadores nas operações de financiamento de litígios – como estruturam seus contratos, quais são suas preocupações e como elas são endereçadas contratualmente. Por fim, no capítulo quatro são feitas recomendações contratuais com o objetivo de tutelar os interesses dos financiadores.

Palavras-chave: Financiamento de litígios. Arbitragem. Financiador. Operação de Financiamento. Investidor. Contratos.

ABSTRACT

Litigation financing is still a recent phenomenon in Brazil, although common in several countries. Currently, there is a tendency of expansion, with new funders interested in the Brazilian market, which is still incipient. This dissertation deals with this subject in four chapters and offers guidelines to funders when drafting their contracts. The first chapter examines the historical development of litigation financing in arbitration, while the second characterizes such operations within the Brazilian legal framework. The following chapters analyze the role of funders in the financing transactions, how they structure their contracts, what are their concerns and how they are contractually addressed. Finally, this dissertation establishes contractual recommendations to protect the funders interests.

Keywords: Litigation Financing. Arbitration. Funder. Funding Operation. Investor.

LISTA DE SIGLAS

ATE	<i>After The Event</i>
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CAM-CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CIESP/FIESP	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
FIDC	Fundos de Investimento Em Direitos Creditórios
FIDC-NP	Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-padronizados
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICVM 356	Instrução nº 356 da CVM
ICVM 444	Instrução nº 444 da CVM
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PIS/COFINS	Contribuições para o Programa de Integração Social e para o Financiamento da Seguridade Social
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O HISTÓRICO DO <i>LITIGATION FINANCING</i> NA ARBITRAGEM COMERCIAL	11
2.1 UM BREVE HISTÓRICO	11
2.2 O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE <i>LITIGATION FINANCING</i> NO BRASIL	13
3 O PANORÂMA LEGAL DO <i>LITIGATION FINANCING</i> NO BRASIL	19
3.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO	19
3.1.1. Contrato de empréstimo	19
3.1.2 Contrato de seguro	21
3.1.3 Cessão de posição contratual	22
3.1.4 Estipulação em favor de terceiro	23
3.1.5 Cessão fiduciária de créditos	24
3.1.6 Cessão de créditos	25
3.1.7 Contrato atípico	26
3.1.8 Sociedade em conta de participação	27
3.2 A REGULAÇÃO DE CONDUTA DO FINANCIADOR NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.2.1 Regulamentos de Câmaras de Arbitragem no Brasil	29
3.2.2 Demais normas no ordenamento jurídico brasileiro	31
3.2.2.1 Financiador-financiado	33
3.2.2.2 Financiador-advogado	35
3.2.2.3 Árbitro-financiador	37
3.2.2.4 Financiador-parte adversa	40
3.3 A POSIÇÃO DO FINANCIADOR NO PROCEDIMENTO ARBITRAL	41
3.4 AS CONCLUSÕES QUANTO À ANÁLISE DA LITERATURA	45
4 ANÁLISE DOS MECANISMOS CONTRATUAIS PARA A TUTELA DOS INTERESSES DO FINANCIADOR	47
4.1 DA METODOLOGIA PARA A INVESTIGAÇÃO	47
4.2 DA OPERAÇÃO DO FINANCIAMENTO	50

SUMÁRIO

4.2.2 Da decisão por financiar	52
4.2.3 Da estrutura do financiamento.....	55
4.2.4 Do arranjo contratual utilizado.....	58
4.2.5 Das obrigações do financiador.....	60
4.2.5.1 Pagamento dos custos	61
4.2.5.2 Obrigação referente ao pagamento da sucumbência	62
4.2.5.3 Obrigação de contratar seguro ATE	63
4.2.5.4 Obrigação de arcar com condenação de pedido de <i>security for costs</i>	64
4.2.5.5 Considerações sobre resolução do contrato	65
4.2.6 Das obrigações do financiado	66
4.3 DAS LIMITAÇÕES À OPERAÇÃO	68
4.3.1 Da estrutura do financiamento pelo <i>trust</i>.....	69
4.3.2 Da forma de pagamento dos custos da disputa.....	70
4.3.3 Da falta de regulamentação aos financiadores.....	71
5 DIRETRIZES AOS FINANCIADORES	74
6 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método de resolução de conflitos que está ganhando cada vez mais espaço no mercado brasileiro¹. As partes, ao decidirem pela via arbitral, celebram cláusula compromissória, efetivada no momento da formação do contrato e do negócio das partes. A partir disso, elas se vinculam a essa escolha e renunciam expressamente a que a jurisdição estatal decida qualquer controvérsia oriunda da relação.

Há, no entanto, um espaço temporal entre a celebração da cláusula compromissória e o momento da efetiva disputa e, como se sabe, uma das maiores características da arbitragem é o seu elevado custo². Assim, é possível que durante esse espaço de tempo ocorra uma deterioração financeira de uma das partes, que pode repercutir na impossibilidade de arcar com as custas necessárias para instaurar o procedimento.

Nesse cenário, cria-se um paradoxo: por um lado, a parte está obrigada a litigar exclusivamente pela via arbitral; por outro, não possui os meios para tanto. Assim, a possibilidade de um terceiro financiador se envolver na controvérsia, arcando com os custos necessários da disputa, torna-se muito interessante. O serviço do financiador costuma ocorrer da seguinte forma: ele arcará com os custos da controvérsia e, em troca, receberá parcela do valor de eventual condenação na sentença, caso essa dê procedência aos pedidos da parte que requer o financiamento. Trata-se de um financiamento *non recourse* – isto é, o financiador só

¹ Sobre o assunto, a advogada e pesquisadora Selma Lemes elaborou a pesquisa “Arbitragem em Número e Valores” em 2020, com o objetivo de demonstrar numericamente a evolução do número de casos e os valores envolvidos nas arbitragens administradas em Câmaras localizadas nos grandes centros brasileiros. A pesquisa indicou que em 2018 e 2019 foram iniciadas, respectivamente, 292 e 289 novos procedimentos arbitrais. Apesar de uma redução de 1% no número de novas arbitragens de um ano para outro, a quantidade de arbitragens em processamento (casos novos e antigos) aumentou em 7,2% nesse período (em 2018, eram 902, e em 2019, foram 967). A pesquisa também concluiu um aumento de quase 7% (6,73%) da participação da Administração Pública direta e indireta nos novos casos de 2019, e um aumento de quase 20% (19,75%) da participação de árbitros estrangeiros em arbitragens com partes brasileiras na Câmara de Comércio Internacional, sendo 35% na Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Tal indica um aumento em arbitragens com base em contratos internacionais processadas no Brasil. (LEMES, Selma. *Arbitragem em Número e Valores*. São Paulo, 2020. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021. p. 2-4, 7).

² De acordo com pesquisa realizada em 2013 pela Queen Mary University of London e a auditora PwC, os custos com arbitragem são uma das preocupações gerais nas disputas transnacionais. (PWC; QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives*. [S. l.], 2013. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/pwc-international-arbitration-study2013.pdf>. Acesso em 20 jun. 2021). Além disto, em pesquisa elaborada pelo CBAR - IPSOS o “menor custo do processo arbitral, comparado ao de um processo judicial” foi identificado como uma qualidade da arbitragem apenas por 1% dos entrevistados. Por outro lado, a pesquisa ao tratar das vantagens da arbitragem indicou o custo como a principal para cerca de 60% dos entrevistados. (CBAR. Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos. 2021. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/arbitragem-no-brasil-pesquisa-cbar-ipsos/>. Acesso em 27 out. 2021)

terá direito de receber algo se os pedidos na arbitragem forem acolhidos.

Portanto, com o crescimento da arbitragem, também se desenvolveu o mercado de financiamento de litígios no Brasil, atraindo o interesse de financiadores estrangeiros. Ocorre que, diferentemente de países como Singapura, Inglaterra ou País de Gales, não há qualquer legislação sobre as operações de financiamento ou um código de conduta dos financiadores.

Assim, o presente trabalho dá um diferente enfoque ao *litigation financing*, operação que ganhou especial relevância acadêmica no Brasil nos últimos anos³. Esse debate focou predominantemente na perspectiva regulatória e processual acerca do tema, ensejando discussões sobre (i) como regular a relação do financiador com o financiado, (ii) a necessidade de checagem de conflito de interesse do árbitro com o terceiro financiador, (iii) quais são os riscos éticos do financiamento de litígios, e (iv) se o financiamento de litígios proporciona acesso à justiça. Nesse sentido, há uma escassez de trabalhos acadêmicos quanto à perspectiva contratual, à luz do mercado que está se disseminando.

Portanto, o objetivo deste trabalho é compreender como os financiadores costumam agir nas operações de financiamento e como estruturam seus contratos, à luz da regulação vigente. Primeiramente, busca-se entender e identificar quais questões o financiador considera na elaboração do contrato que financiará o litígio (i.e., questões de confidencialidade, conflito de interesses com o árbitro e o advogado, nível de gerência do procedimento arbitral realizado pelo financiador e financiado). Em seguida, busca-se sistematizar recomendações contratuais ao financiador, diante das normas legais e regulatórias em vigor, respondendo às seguintes questões: (i) quais são as obrigações e deveres contratuais impostos aos financiadores e financiados?; (ii) que cláusulas e mecanismos estão presentes no contrato para mitigar os riscos do financiador?; e (iii) quais cautelas são tomadas pelo financiador e como essas se refletem no contrato?

Dessa forma, pretende-se focar no financiador, oferecendo, ao final, diretrizes de como esse pode estruturar sua operação contratualmente. Para isso, o capítulo 1 desta dissertação examina o desenvolvimento histórico do financiamento de litígios em procedimentos arbitrais. Apresentado esse cenário, o capítulo 2 analisa o enquadramento jurídico de tais operações no direito brasileiro, enquanto o capítulo 3, por sua vez, examina a atuação dos financiadores nas operações de financiamento de litígios – como estruturam seus contratos, quais são suas

³ Nesse ponto, destacam-se a tese de doutorado de Napoleão Casado Filho “Arbitragem Internacional Comerciale acesso à justiça: O Novo Paradigma do *Third Party Funding*”, de 2014; a dissertação de mestrado de Roberto Araújo Gabardo “Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada”, de 2014; e a obra de Marcel Cardoso “Arbitragem e Financiamento de Terceiros”, de 2020.

preocupações e como elas são endereçadas contratualmente. Por fim, no capítulo 4, são feitas as recomendações contratuais que podem tutelar os interesses do financiador em seus arranjos contratuais.

A metodologia utilizada é o trabalho exploratório e empírico, através da análise dos mecanismos de tutela para os financiadores a partir de entrevistas realizadas com essas (empresas focadas em *third party funding* – financiamento por terceiros), de maneira a analisar os modelos contratuais e as cláusulas utilizadas nessas operações em relação à arbitragem. A ideia é analisar as principais questões e controvérsias atinentes ao financiamento de litígios pela perspectiva do financiador, identificando os melhores mecanismos para a tutela de seus interesses. Com efeito, procura-se oferecer aos usuários da arbitragem e aos financiadores de litígio as ferramentas mínimas para a elaboração de instrumentos de financiamento.

2 O HISTÓRICO DO *LITIGATION FINANCING* NA ARBITRAGEM COMERCIAL

Para compreender o que se propõe este trabalho, faz-se fundamental contextualizar o surgimento dessas operações que, inicialmente, foram fortemente combatidas por diversos estados, bem como conceituá-las. Assim, o presente capítulo introduz um breve histórico do desenvolvimento da arbitragem e do financiamento de litígios e suas relações (subseção 2.1), bem como do mercado de *litigation financing*, demonstrando as diversas espécies de financiamento presentes na atualidade e o seu conceito geral (subseção 2.2). A análise desses pontos é feita a partir da revisão de literatura jurídica.

2.1 UM BREVE HISTÓRICO

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos no qual as partes convencionam contratualmente submeter eventuais controvérsias à jurisdição particular, por meio da celebração de convenção de arbitragem. Diante disso, renunciam a que a jurisdição estatal aprecie os futuros litígios oriundos da relação contratual⁴. A arbitragem, como alternativa contratual ao Poder Judiciário, iniciou-se a partir de disputas entre diferentes estados⁵, ganhando espaço aos poucos na solução de litígios particulares, com o crescimento do comércio internacional.

A escolha pela arbitragem solucionaria o dilema dos comerciantes internacionais que, ao celebrarem seus contratos, tinham o receio de submeter eventuais litígios a um juízo que estaria vinculado a qualquer uma das partes. De forma a evitar esse cenário de desconfiança, surge a figura da arbitragem, a partir da ideia de escolher um terceiro imparcial, não vinculado

⁴ Carlos Alberto Carmona caracteriza o instituto como “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”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3 ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31).

⁵ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 39.

a nenhum dos entes da relação comercial, para a solução dos conflitos^{6 7}.

Nesse ponto, as Nações Unidas também tiveram um papel relevante na disseminação da arbitragem no comércio internacional, elaborando, em 1958, a Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução das sentenças arbitrais estrangeiras (Convenção de Nova York). A partir de tal iniciativa, a homologação de sentenças arbitrais se desvinculou, em parte, da burocracia e da análise do Poder Judiciário do país em que seriam executadas, permitindo que isso fosse feito de maneira mais rápida. Nesse sentido, a arbitragem evoluiu como método de resolução de conflitos comerciais internacionais.

No Brasil, entrou em vigor em 1996 a Lei nº 9.307 (Lei de Arbitragem), marco do avanço do método no país. A Lei de Arbitragem garantiu que, uma vez pactuada convenção de arbitragem, os contratantes renunciariam ao Poder Judiciário, estando vinculados ao procedimento arbitral⁸.

A questão restou incontroversa com decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em particular, dos dispositivos que afastam da apreciação judicial as questões submetidas ao método⁹. A Convenção de Nova York também foi ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, garantindo que o

⁶ “Com efeito, diante da estatização das justiças locais, o comerciante internacional, sujeito que, por natureza, é desprovido de um local único de negócios, passou a enfrentar um dilema. Ao realizar seus contratos, teria de optar por um juízo que, provavelmente, estaria vinculado de alguma forma a um dos lados do litígio. Afinal, é muito comum que se escolha entre o juízo da sede do vendedor ou do juízo da sede do comprador. Ambas as escolhas trazem consigo uma carga de desconfiança, por parte do lado contrário.” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 32).

⁷ Nesse contexto, foi criada a Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris, com o propósito de administrar os conflitos dos comerciantes e estimular o comércio internacional, garantindo maior credibilidade na solução de controvérsias. Em seguida, surgiram outras câmaras arbitrais pelo mundo, como a London Court of International Arbitration, a Stockholm Chamber of Commerce, a American Arbitration Association e em 1973, no Brasil, surge a CAM-CCBC. (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 33).

⁸ O Código de Processo Civil (1973), em voga naquele momento, foi alterado. Incluiu-se, por exemplo, a possibilidade de extinguir o processo sem resolução de mérito, em razão da presença de convecção de arbitragem (artigo 267, VII).

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206. [...] Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; [...]. Agravante: M B V COMMERCIAL AND EXPORT ESTABLISHMENT Agravado: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, p. 59, 30 abr. 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=5206&classe=SE-AgR>. Acesso em: 07 out. 2021.

instituto da arbitragem tivesse um rápido desenvolvimento no Brasil, assim como possuísse um contexto legislativo que permitisse o seu crescimento como forma de resolução de conflitos.

2.2 O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE *LITIGATION FINANCING* NO BRASIL

Diante da prosperidade do instituto, a discussão acerca dos custos da arbitragem consiste em elemento importante – mas não o único¹⁰ – entre aqueles que pretendem dela se utilizar, pois suas despesas não costumam ser baixas¹¹. Diferentemente do que ocorre no processo judicial, no procedimento arbitral as partes devem custear as instituições que administram os casos, bem como os honorários dos árbitros que decidirão o litígio, sendo esses, na maior parte das vezes, dimensionados com base no valor da causa. As partes ainda incorrem com honorários advocatícios e custas com perícia, quando ocorre

A preocupação referente aos custos da arbitragem cria especial relevância em cenários de crise financeira, pois é possível que, entre o momento da celebração do contrato até a efetiva instauração de procedimento arbitral, a situação financeira das partes possa ter se modificado. Logo, pode haver uma ausência de recursos financeiros para suportar as custas necessárias à instauração e condução da arbitragem.

Assim, a possibilidade de dividir os custos com um terceiro é muito atrativa. Com o financiamento de litígios, as partes tanto evitam eventual negação ao acesso à justiça em razão da dificuldade de arcarem com os custos – pois essas não só renunciaram à jurisdição estatal, como não conseguem ingressar ou manter uma demanda perante um tribunal arbitral – como também não precisariam indicar, provisionar ou antecipar custos com a controvérsia, já que esses serão arcados pelo terceiro financiador.

Embora o financiamento de litígios por terceiros tenha se originado na Austrália há quase quarenta anos¹², a operação remonta à Inglaterra feudal (século XX), em específico, à Alta Idade Média. Nesse período, o Judiciário inglês era complexo: em razão do sistema feudal vigente, havia tanto cortes locais quanto cortes centrais, sendo que as últimas detinham

¹⁰ Por exemplo, o financiamento de litígios também possibilita que a parte litigante não provisione os custos com a arbitragem, não os indicando em suas demonstrações financeiras. Há também o benefício pessoal em que a parte terá o alívio de não precisar se preocupar com os custos.

¹¹ Em regra geral, o custo da arbitragem é vinculado ao valor da causa. Nesse sentido, câmaras de arbitragem providenciam uma calculadora, como é o caso da CAM-CCBC, que o faz em seu portal eletrônico: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>.

¹² SEIDEL, Selvyn. Investing in International Arbitration Claims: Burford Group *apud* NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-party funding in international arbitration*. 2. ed. [S. l.]: Wolters Kluwer, 2016.

jurisdição por todo reino¹³. As cortes também se diferenciavam pelos princípios que as norteavam e pela aplicação de normas originárias dos precedentes dos próprios tribunais, não da lei criada pelo Parlamento.

Essa configuração dificultava o acesso dos cidadãos ao sistema, o que propiciou a criação de figuras especializadas nos precedentes e normas específicas de cada um desses tribunais¹⁴, sendo esses profissionais remunerados por seus serviços. A utilização desses especialistas, não obstante poderia garantir o sucesso na controvérsia, a tornava mais custosa. Como essas figuras não eram necessárias para a defesa de direitos dos indivíduos, muitos cidadãos seguiam “advogando em causa própria”¹⁵.

Nesse cenário, criou-se um arranjo contratual entre os senhores feudais e os demais cidadãos comuns, em que os primeiros, objetivando aumentar o território que dominavam, auxiliavam os cidadãos em suas causas envolvendo propriedade de terras vizinhas. Assim, os senhores feudais pagariam pela contratação dos especialistas, bem como pelos custos do processo, e, em contrapartida, ficariam com parte da terra controvertida caso a disputa fosse vitoriosa¹⁶.

Deu-se o nome de *champt* a essa contratação e, posteriormente, de *champtery*. Na *champtery*, portanto, o senhor feudal, ao financiar os custos da controvérsia, detinha o interesse de expandir o seu domínio por meio da aquisição das terras que eram objeto de uma disputa. O cidadão comum, por outro lado, tinha maiores chances de vitória e até teria um verdadeiro incentivo em ajuizar mais ações.

Havia também a figura do *maintenance* na Inglaterra, que seriam os senhores feudais que patrocinavam as causas dos seus vassallos sem justificativa. A *maintenance* é definida como “a contratação, por meio de assistência financeira direta e indireta, de outra pessoa para instaurar, cuidar ou defender um processo civil sem justificativas legais”¹⁷ (tradução nossa).

¹³ As cortes eram nomeadas (i) *King's Bench*, (ii) *Common Pleas*, (iii) *Excheque* e (iv) *Chancery*. Marcel Cardoso, ao contextualizar a esse respeito, afirma que a *Chancery* era denominada como *equity court*, enquanto as demais, como *common law court*. (CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 24-25).

¹⁴ *Attorneys* e *Narrators* (com seus assistentes denominados *barristers*).

¹⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 25.

¹⁶ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 25.

¹⁷ No original: “*the procurement, by direct and indirect financial assistance of another person to institute, carry or defend civil proceeding without lawful justifications.*” (REINO UNIDO. Comissão de Leis. *Proposals for the Reform of the Law Relating to Maintenance and Champtery*. Londres: Her Majesty's Stationery, 1966. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/LC.-007-PROPOSALS-FOR-REFORM-OF-THE-LAW-RELATING-TO-MAINTENANCE-AND-CHAMPERTY.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021. p. 4).

Assim, enquanto na *champerty* há um interesse econômico na prestação da assistência, na *maintenance* não há vantagem financeira direta.

Essas modalidades sofreram resistência nas jurisdições de *common law*, pois geravam incentivo a eventuais demandas frívolas, efeito apontado como prejudicial para o aparato estatal. Com efeito, o financiado, que não arcaria com os custos sucumbenciais e processuais da demanda, tenderia a ajuizar diversas ações, algumas sem fundamento, lançando a sorte até receber a recompensa almejada¹⁸.

Assim, na Inglaterra, a *maintenance* foi combatida por meio do *Star Chamber Act* de 1487 e do *Statute of Liveries* de 1504, e, nos Estados Unidos, ambas as práticas foram proibidas. Posteriormente, tanto o *champerty* quanto a *maintenance* foram permitidos nas jurisdições mencionadas, desde que não houvesse violação à ordem pública. Esse é o entendimento que segue existindo nesses países, possibilitando que as cortes eventualmente invalidem contratos de financiamento¹⁹.

A partir de então, o financiamento de litígios por terceiros se espalhou não só em países de *common law*, como nos de *civil law*. Atualmente, o fenômeno pode ser definido como a atuação, na disputa, de entidade terceira à controvérsia que suporta as despesas do processo no lugar de uma das partes. Em contrapartida, essa entidade tem direito à percentual do valor da disputa caso a decisão seja favorável à parte que custeou.

Yves Derains define o financiamento de litígios por terceiros como

um arranjo em que uma parte sem interesse na controversia financia todos ou parte dos custos de arbitragem de uma das partes, na maioria dos casos, o requerente. O financiador é remunerado por uma porcentagem acordada do montante da sentença, uma taxa de sucesso, uma combinação dos dois por meio de dispositivos mais sofisticados. No caso de uma sentença desfavorável, o investimento do financiador é perdido²⁰ (tradução nossa).

¹⁸ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 145.

¹⁹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 25.

²⁰ No original: "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, Yves. Prefácio. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. ICC Dossier: Third-party funding in International Arbitration. Paris, 2013. p. 5 *apud* CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 90).

De toda forma, não há uma definição padrão da doutrina – principalmente, quanto ao que a operação deve compreender²¹. O International Council for Commercial Arbitration (ICCA), em parceria com a Universidade Queen Mary, emitiu o “*Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration*” em abril de 2018, em que se discutiu a definição do financiamento de litígios, dentre outros pontos²².

O termo "financiamento de terceiros" refere-se a um acordo por uma entidade que não é parte da disputa que fornecerá à outra parte, afiliada dessa parte ou a um escritório de advocacia que a representa, a) recursos ou outro suporte material para financiar parte ou a totalidade dos custos da disputa, individualmente ou como parte de um espectro específico de casos, e b) tal apoio ou financiamento é fornecido em troca de remuneração ou reembolso, total ou parcial, do resultado da disputa, fornecido por meio de um subsídio ou devolução do pagamento prêmio²³ (tradução nossa).

Daí se extrai que uma das características principais do financiamento de litígios por terceiro é a vinculação do financiador ao resultado da disputa. O relatório também concluiu pela

²¹ A doutrina possui diversas definições, como:

(i) “financiamento de litígios abrange uma variedade de mecanismos criados para facilitar a instauração e a defesa de pedidos cíveis” – no original, “[l]itigation financing encompasses a variety of mechanisms that facilitate the prosecution and defense of civil claims” (FISCHER, James M. Litigation Financing: A Real or Phantom Menace to Lawyer Professional Responsibility. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 191-226, 2014. p. 191); (ii) “a provisão de financiar das companhias que não tem qualquer conexão com a demanda” – no original, “[i]t is the provision of fund by companies who have no other connection to the litigation” (STEINITZ, Maya. Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding. *Minnesota Law Review*, [s. l.], v. 95, n. 4, p. 1268-1338, 2011. p. 1275-1276); e (iii) “simplicemente, [...] uma fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da ação, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse “investimento” caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir” (GORJÃO, Duarte Henriques. Third Party Funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 51, p. 295-336, 2016. p. 2-3).

²² O relatório tratou de questões referentes à revelação e conflito de interesses, dever de sigilo profissional, custos da arbitragem e *security for costs*. Especificamente sobre o financiamento de litígios, o relatório recomenda certas práticas a serem seguidas entre as partes das operações, assim como uma *checklist* do que deve ser considerado para realizar um financiamento de litígios. (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION; QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on Third-Party Funding in international arbitration: the ICCA reports n. 4*. [S. l.]: International Council for Commercial Arbitration, abr. 2018. Disponível em https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.p. 13-25).

²³ No original: “[t]he term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party, a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment”. (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION; QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on Third-Party Funding in international arbitration: the ICCA reports n. 4*. [S. l.]: International Council for Commercial Arbitration, abr. 2018. Disponível em https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.p. 62).

existência de variados modelos desse tipo de negócio – justamente o ponto que dificultava a elaboração de um conceito preciso.

Há, por exemplo, o financiamento da arbitragem pela parte contrária – isso ocorre quando a parte convocada à arbitragem não arca com a integralidade dos seus custos e, como resultado, a outra parte deve realizar o pagamento – ou o financiamento pelo advogado por meio da contratação por honorários de êxito²⁴. Há ainda a situação excepcional da American Arbitration Association em que, comprovada a incapacidade em arcar com os custos arbitrais, oferece-se o benefício de abstenção das custas administrativas²⁵. De toda forma, a rigor, o financiamento de litígios típico é qualquer auxílio financeiro fornecido por terceiro cujo retorno esteja atrelado à demanda.

E tais operações estão em destaque. Nos Estados Unidos, os valores envolvidos dobraram de US\$ 1 bilhão em 2010 para US\$ 2,3 bilhões na primeira metade de 2019²⁶, abrangendo cerca de 25% a 30% das controvérsias comerciais²⁷. Nesse país, duas companhias têm atraído especial atenção: a Juridica Capital Management e o Burford Capital Limited²⁸.

Quanto ao Brasil, o Grupo Leste foi a primeira instituição brasileira a desenvolver esse tipo de investimento pela aquisição de direitos creditórios em disputas²⁹. Também se ressalta o fundo peruano LexFinance, focado em investimentos para a América Latina, Portugal e

²⁴ Maxi Scherer, por exemplo, afirma que o financiamento de litígios por terceiro abrange todos os ajustes entre indivíduos no que se refere ao litígio em si, incluindo, em sua definição, honorários de êxito. (SCHERER, Maxi C. Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements?. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. Dossiers- ICC 2013. [S. l.], 2013. p. 94- 100. p. 98).

²⁵ Para tanto, a parte deve comprovar que o seu faturamento é inferior a 300% da *Federal Poverty Guidelines*, apresentando documentação que comprove a sua receita e os seus ativos. Uma vez concedido o benefício, a câmara indicará o árbitro que atuará gratuitamente. (AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Consumer Arbitration Rules: cost of arbitration. [S. l.], 01 jan. 2016. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule_0.pdf. Acesso em: 12 out. 2021. p. 1).

²⁶ APPELBAUM, Binyamin. Investors put Money on Lawsuits to Get Payouts. *New York Times*, [s. l.], 14 nov. 2010. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html>. Acesso em: 07 out. 2021.

THE ECONOMIST. *Litigation finance faces ethical quandaries*. Nova Iorque, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2019/11/07/litigation-finance-faces-ethical-quandaries>. Acesso em: 07 out. 2021.

²⁷ Lawrence Schaner informa que, embora a dificuldade em quantificar o mercado, estima-se que anualmente cerca de 25% a 30% dos litígios nos Estados Unidos sejam financiados. (SCHANER, Lawrence S. Third Party Litigation Funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 32, p. 175-187, 2012. p. 177).

²⁸ Ambas as companhias possuem focos diferentes de litígios, e as disputas a serem investidas são indicadas por grandes escritórios de advocacia. Nessas duas empresas, os investimentos típicos são no montante de US\$ 3 milhões a US\$ 10 milhões de dólares, sendo que o valor da disputa deve exceder US\$ 25 milhões. (SCHANER, Lawrence S. Third Party Litigation Funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 32, p. 175-187, 2012. p. 3).

²⁹ LESTE. *Leste Litigation Finance*. [S. l., 2015]. Disponível em: <http://www.leste.com/pt/leste-litigation-finance/>. Acesso em: 22 set. 2019.

Espanha, que tem feito incursões para se inserir no mercado brasileiro. No mesmo sentido, a Omni Bridgeway, financiadora holandesa, informou no começo de 2021 que possui o Brasil como um novo alvo para a realização dos seus investimentos.

Porém, não há regulamentação específica sobre o tema no país, o que, embora não inviabilize as operações, gera discussão a respeito do enquadramento jurídico geral do instituto, bem como a definição de direitos e deveres das partes envolvidas no *litigation financing*. Nos capítulos seguintes, são demonstrados os possíveis contornos jurídicos da operação.

3 O PANORÂMA LEGAL DO *LITIGATION FINANCING* NO BRASIL

Sabe-se que no Brasil não há regulação específica para as operações de financiamento de litígios. Embora isso não cause necessariamente prejuízos, não se pode concluir que tais operações estão em um vácuo jurídico e não interagem com outras normas do ordenamento; discute-se, por exemplo, qual seria o tipo contratual das operações e quais normas incidem nessas transações e seus efeitos.

Diante disso, a primeira subseção deste capítulo trata dos possíveis enquadramentos jurídicos e as repercussões legais que cada tipo contratual poderia desencadear nas transações de financiamento. Já a segunda trata das normas que incidem na relação do financiador com os demais participantes – ainda que incidentais – do financiamento. A análise desses pontos é feita a partir da revisão de literatura jurídica e precedentes nacionais e internacionais.

3.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Como já exposto, a falta de consenso na definição do financiamento de litígios por terceiro também se expande para a natureza jurídica desse instrumento e para as normas que podem vir a regê-lo. Diante disso, nesta subseção, primeiramente, analisa-se os possíveis tipos contratuais oferecidos pelo Código Civil.

Em seguida, partindo da premissa principal do financiamento de litígio – terceiro vinculado ao resultado de determinada disputa – verifica-se a possibilidade de qualificar essas operações em cada um desses modelos contratuais, assim como as suas respectivas repercussões jurídicas. Mais especificamente, analisa-se a qualificação de (i) um contrato de empréstimo, (ii) contrato de seguro, (iii) cessão de posição contratual, (iv) estipulação em favor de terceiros, (v) cessão fiduciária de crédito, (vi) cessão de crédito, (vii) contrato atípico e (viii) sociedade em conta de participação.

3.1.1. Contrato de empréstimo

O contrato de empréstimo exprime a ideia de utilização de coisa alheia acompanhada do dever de restituição³⁰. Sob tal caracterização genérica, reúnem-se duas figuras jurídicas

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. v. 3.

contratuais no Código Civil brasileiro (2002): o comodato e o mútuo, disciplinados, respectivamente, nos artigos 579 ao 585 e artigos 586 ao 592

Observa-se desde já que o contrato típico de financiamento de litígios por terceiro prevê que o ressarcimento dos custos está vinculado à vitória no procedimento. Nesse sentido, há uma verdadeira assunção do risco por parte do financiador, podendo esse perder todos os recursos fornecidos com o insucesso da demanda. Trata-se de contrato de natureza aleatória, e, portanto, não há como enquadrá-lo juridicamente a um empréstimo, cuja característica principal é o ressarcimento.

Ainda, o comodato, por tratar de empréstimo de coisas não fungíveis, não se adequa à estrutura de financiamentos. Porém, seria possível aproximar o arranjo contratual do financiamento de litígios ao mútuo, pois ambos se referem à oferta de coisa fungível: recursos financeiros.

De toda forma, uma possível aproximação com o mútuo também não é apropriada, na medida em que o artigo 586 do Código Civil (2002), ao definir esse instituto, é expresso ao determinar a obrigação de "restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade". Tal é o oposto da natureza do financiamento de litígios, que vincula qualquer retorno financeiro à condição de sucesso da demanda.

De toda forma, haja vista a autonomia das partes na celebração do contrato, pode-se imaginar – o que é incomum – que os financiadores estabeleçam que o reembolso total ou de parte do valor financiado seja incondicionado, sendo, portanto, independente do sucesso do conflito. Nesse cenário contratual, o financiamento perde sua natureza aleatória e se torna um mútuo, conforme caracterizado pelo Código Civil (2002).

Nos contratos de mútuo, presume-se a aplicação de juros, o qual possui um limite legal (artigos 591 e 406, respectivamente, do Código Civil de 2002). Nesses arranjos contratuais, portanto, qualquer recurso adicional ao valor dado em empréstimo, obtido pela sentença favorável, estaria submetido ao limite da lei.

Ainda, cita-se exercício realizado por Napoleão Casado Filho³¹ em sua tese de doutorado, ao comparar o investimento de litígios e a atividade financeira e/ou bancária. Em especial, destaca a presença de cláusulas de preferência sobre os valores recebidos em sede de sentença arbitral, o que aproximaria as atividades. Isso porque a cláusula de preferência tornaria

³¹ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 145-150.

o recebimento do investimento como algo mais "certo". Porém, conclui que qualquer comparação é equivocada, principalmente porque essa cláusula não torna inexistente o risco de não recebimento pelo financiador, tratando-se apenas de uma maneira contratual de mitigação dos riscos.

Assim, conclui-se que o financiamento de litígios, em regra, não poderia se caracterizar como um empréstimo. Tal enquadramento dependeria de o instrumento contratual garantir – expressamente – o retorno do valor financiado. A partir disso, estariam submetidos aos limites legais para a aplicação de juros.

3.1.2 Contrato de seguro

Pode-se também discutir o possível enquadramento de instrumento de financiamento de litígios aos contratos de seguros, regulamentados nos artigos 757 e seguintes do Código Civil (2002). Com efeito, em algumas jurisdições – como a francesa – o financiamento de terceiros é, por vezes, equiparado juridicamente a tal instituto.³²

O artigo estabelece que, "[p]elo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados". Nesse ponto, o segurador se obriga a indenizar eventuais prejuízos decorrentes de risco futuro³³.

Com efeito, existem semelhanças entre o financiamento de litígios e o contrato securitário, como (i) a certeza de um pagamento antecipado, quais sejam, o prêmio e o financiamento, e (ii) a assunção do risco contratual. No entanto, enquanto no seguro o evento coberto é indesejado, no financiamento de terceiros o resultado é desejado e as partes tomam, de fato, medidas para alcançá-lo³⁴.

³² CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 152.

³³ Maria Helena Diniz define o contrato de seguro como "[...] aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga com a outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoal ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 316).

³⁴ Conforme explica Napoleão Casado Filho, "[o] risco do Third Party Funding incide sobre um evento desejado e não sobre um evento danoso". (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 152).

Além disso, observa-se que os contratos de seguro possuem uma característica mercadológica inerente – sua sustentação é possível porque os riscos de cada contratação são pulverizados no mercado, entre todos que participam de operações de seguro. Por tal razão, contratos de seguro são comutativos e não aleatórios. A alta contratação de seguros permite que a álea e o risco do negócio securitário sejam distribuídos entre todos da comunidade de segurados.

Já no instrumento de financiamento de litígios não há, verdadeiramente, tal pulverização, e a existência dessa característica poderia permitir o questionamento ético de incentivo ao ajuizamento de demandas sem sucesso. Diante disso, o contrato de financiamento mantém sua característica aleatória; ainda há o risco de o financiador não obter o retorno do seu financiamento, o que deixa de existir nos contratos de seguro. Assim, conclui-se que não é possível enquadrar as operações de financiamento de litígios ao contrato de seguros.¹

3.1.3 Cessão de posição contratual

O Código Civil (2002), no que se refere à transmissão de obrigações, limita-se a tratar de cessão de crédito e a assunção de dívida, não havendo estipulação legal específica quanto à cessão de posição contratual. No entanto, com respaldo nos artigos 421 e 425, os quais consagram a liberdade das partes em celebrar os contratos inominados ou atípicos, admite-se essa figura.

Nesse instrumento contratual, um terceiro à relação substituirá uma das partes que inicialmente contratará, havendo a transferência do cedente ao cessionário do contrato por inteiro, incluindo as obrigações e os deveres. Não há alteração nos direitos e nas obrigações devidas, apenas ocorrendo a substituição de uma das partes da relação contratual, sendo a cedente excluída do negócio.

E tal figura pode ser celebrada em um cenário de financiamento de litígios. Nesse caso, o financiador será o cessionário e a parte que requer os valores cederá a sua posição contratual. O financiador passará a deter todos os direitos e obrigações que decorrem da relação jurídica, tornando-se o titular efetivo do direito material em questão. Assim, será a parte legítima para

¹ O não enquadramento dos contratos de financiamento ao contrato de seguros é relacionada as diferenças dos mercados. Havendo eventual alteração no mercado de financiamento, possivelmente será possível enquadrar tais contratos ao contrato securitário.

postular o direito em juízo, virando o próprio autor da ação e deixando de ser um terceiro sem interesses na causa³⁵.

Porém, esse instrumento contratual não parece ser o enquadramento jurídico adequado ao financiamento de litígios por terceiro, principalmente diante do ingresso efetivo desse na disputa. Isso porque o financiador/cessionário teria direito à totalidade do valor disputado, o que não é comum nos financiamentos de litígios – nesses, o autor/cedente tem direito a parte do montante controverso.

3.1.4 Estipulação em favor de terceiro

A estipulação em favor de terceiro está prevista no artigo 436 do Código Civil (2002). Nessa relação jurídica existem três personagens: o estipulante, o promitente e o beneficiário. O primeiro estipula que determinada obrigação deve ser realizada em favor do beneficiário (terceiro da relação), enquanto o promitente é aquele que celebra contrato com o estipulante, obrigando-se a realizar algo em favor do beneficiário. A esse é garantido tanto o benefício do negócio jurídico quanto o direito de exigir o cumprimento da obrigação, não havendo contraprestação sua.

Na operação de financiamento de litígios, o autor que solicitaria o financiamento seria o estipulante, o réu da demanda, o promitente, e o financiador, o beneficiário. Assim, nota-se que o financiamento dificilmente se enquadraria no modelo contratual da estipulação em favor de terceiro, pois não há incentivos para as partes litigantes celebrarem o contrato. Verdadeiramente, a falta de recursos financeiros da parte adversa lhe beneficiaria.

Ainda, existe uma contraprestação do financiador (no caso o beneficiário), qual seja, o pagamento dos custos da arbitragem para o autor da demanda (o estipulante). Assim, há uma dificuldade conceitual de enquadrar o financiamento de litígios como estipulação em favor de terceiros.

³⁵ “Como exposto, a cessão de posição contratual transfere toda relação jurídica subjacente para o cessionário, após o que o cedente se retira do negócio (ainda que, em determinadas hipóteses, pode manter responsabilidade subsidiária). Assim, caso o financiamento seja feito por meio dessa figura, o financiador se tornará efetivo titular do direito material. Esse fato possui algumas consequências jurídicas. Primeiramente, o financiador será a parte legítima para postular o direito em juízo (artigo 18, CPC/2015, que repete o artigo 6º, CPC/1973), salvo se for admitida a legitimidade extraordinária convencional, caso em que o financiador atuará como substituto processual voluntário.” (CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 88).

3.1.5 Cessão fiduciária de créditos

A cessão fiduciária de créditos consiste em operação de garantia vinculada a uma obrigação principal, regulada pela Lei nº 9.514/1997. Nesse caso, o devedor de uma obrigação principal detém determinado crédito e transmite a propriedade fiduciária desse, com a finalidade de garantia, ao credor dessa obrigação principal. Nos termos do art. 25 da Lei nº 9.514/1997, a propriedade transferível é resolúvel – isto é, passa a ser extinta com o cumprimento da obrigação principal. Portanto, ao credor da obrigação cabe a devolução do bem dado em garantia a partir do momento que ela for cumprida.

Há certa discussão sobre a caracterização do financiamento de litígios como uma operação de cessão fiduciária de créditos. Napoleão Casado Filho afirma que "o negócio fiduciário nos parece a forma mais apropriada para a efetivação de um investimento em procedimentos arbitrais". Tal posicionamento se fundamenta porque a propriedade fiduciária é a forma que mais garante a efetivação de um negócio jurídico, e a cessão fiduciária de créditos nada mais é do que uma cessão de crédito "acrescida e revestida da figura da alienação fiduciária"³⁶.

Por outro lado, Marcel Cardoso discorda de Napoleão Casado Filho ao estabelecer que, "no negócio fiduciário, a transmissão não é o próprio escopo, mas objetiva apenas garantir uma obrigação principal"³⁷. Isto é, a transmissão da propriedade fiduciária, embora tenha um valor e força jurídica, não é o centro da cessão fiduciária cujo objetivo é a garantia.

Com efeito, ainda que a transmissão da propriedade garanta um melhor posicionamento ao financiador, o financiamento de litígios típico não possui a finalidade de garantia de outra obrigação, que é a natureza de um negócio fiduciário. Nada impede, contudo, que os valores de uma sentença arbitral sejam ofertados e aceitos como garantia para determinada obrigação.

Ressalva-se, porém, que não há um verdadeiro incentivo, na perspectiva do credor, em aceitar como garantia crédito que decorrerá de uma sentença que ainda não foi proferida. Assim, embora exista posicionamento diverso, conclui-se que o instrumento para o financiamento de litígios não se enquadra, tipicamente, em operações de cessão fiduciária de créditos.

³⁶ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 170-172.

³⁷ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 88-89.

3.1.6 Cessão de créditos

Na cessão de créditos, regulada pelos artigos 286 a 296 do Código Civil (2002), assim como na cessão da posição contratual, ocorre a transposição de um sujeito da relação contratual, com a inserção do cessionário em lugar do cedente na relação jurídica. Porém, esse último não se desvincula integralmente do contrato, apenas transferindo o crédito do credor ao cessionário. Em termos simples, o cessionário se torna efetivo titular do crédito, mas não o sujeito da relação obrigacional que o originou.

Marcel Cardoso, ao tratar das possíveis naturezas jurídicas do financiamento de litígios, analisa a possibilidade da realização da cessão de crédito, nas operações de financiamento. Destaca que, pelo artigo 286 do Código Civil, a cessão é, em regra geral, permitida, somente sendo vedada (i) quando há dispositivo contrário na lei, (ii) por convenção das partes ou (iii) se não se opuser a natureza da obrigação³⁸.

Logo, não havendo vedação legal ao financiamento, Marcel Cardoso analisa se a natureza do crédito se opõe a este negócio jurídico, concluindo que a cessão de crédito no financiamento de terceiros seria existente e válida³⁹:

quanto ao plano da existência (manifestação de vontade; partes; forma e objeto), não há qualquer vício. No tocante ao plano da validade (manifestação de vontade livre; pare capaz; forma prevista em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável – art. 104, CC), não tendo havido dolo ou coação (arts 145 e 151, CC), sendo o cedente e o cessionário capazes (arts 4º e 5º, do CC) e inexistindo forma prescrita em lei ou vedação legal para tal transferência, há que se reconhecer também a validade⁴⁰.

No que se refere à eficácia, Marcel Cardoso entende que negócio jurídico seria ineficaz por ser subordinado a evento futuro e incerto, conforme o estabelecido pelo artigo 121 do

³⁸ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 90.

³⁹ Especificamente ao argumentar quanto à vedação decorrente da natureza da obrigação, Marcel Cardoso afirma que a doutrina aponta como hipóteses que impede a cessão (i) obrigações personalíssimas, (ii) a cessão do acessório sem o principal e (iii) os casos em que não puder ser feita a transferência sem alteração do conteúdo. (CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 90).

⁴⁰ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 90.

Código Civil⁴¹. Assim, o financiamento de litígios só seria eficaz a partir do proferimento da sentença que determina o direito ao crédito.

Tal negócio jurídico também é compatível com os interesses e objetivos do financiador. Primeiramente, a cessão de crédito é adequada, pois apenas transfere o direito de crédito de uma das partes, e não as obrigações subjacentes ao contrato – como é o caso da cessão da posição contratual. Portanto, o financiador não se torna o detentor do direito materiale, como consequência, autor da ação, mas permanece como terceiro à relação jurídica. Em segundo lugar, há um benefício advindo de tal arranjo: o financiador por ser considerado um terceiro da relação, não é responsável – em termos legais – ao pagamento dos custos de sucumbência. Assim, conclui-se que a cessão de créditos é adequada para as operações de financiamento de litígios.

3.1.7 Contrato atípico

Como já estabelecido, às partes contratantes é dada a possibilidade de contratarem da forma como bem entenderem, não sendo necessária vinculação aos tipos contratuais determinados em lei. A uniformidade e constância de muitas das formas de contratar fizeram surgir modelos de contratos ao longo da história, os quais foram acolhidos pela lei que desenharam seus delineamentos, limites e efeitos. Esses são os contratos típicos.

Até o momento, tentou-se enquadrar o instrumento de financiamento de litígios aos tipos contratuais já determinados em lei. Porém, nada impede que as partes contratantes tentem fugir dos contornos já definidos e contratem um modelo atípico. Nos termos do artigo 425 do Código Civil (2002), tal é possível se respeitadas as normas estabelecidas no direito brasileiro, como os pressupostos de validade dos contratos, as regras relativas ao adimplemento de obrigações e a boa-fé objetiva.

Assim, as partes podem estabelecer as normas que melhor se adequem às suas vontades no que tange ao percentual de remuneração, ao controle do financiador da demanda e às hipóteses de rescisão. Marcel Cardoso, porém, estabelece que são necessárias duas características essenciais no contrato para que seja um financiamento de litígios: (i) o financiado não poderá ser obrigado a devolver o valor adiantado pelo financiador em caso de perda de demanda e (ii) a remuneração do financiador deve ser vinculada ao resultado da controvérsia.

⁴¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 90.

Presentes essas duas características, os outros elementos do contrato podem ser livremente pactuados pelas partes, respeitadas as obrigações do Código Civil⁴².

3.1.8 Sociedade em conta de participação

É possível, ainda, construir um paralelo entre o contrato de financiamento e os contratos de sociedade. Isso porque as partes possuem os mesmos interesses e compartilham o risco do negócio, qual seja, a obtenção de decisão favorável. Esse é o entendimento da Alemanha e Holanda, que, em acordos de financiamento, adotam a constituição, respectivamente, de sociedade silenciosa atípica e sociedade com propósito específico.

Segundo Marcel Cardoso, entre os possíveis tipos societários disponíveis para o financiamento de litígios no Brasil, o mais adequado seria a sociedade em conta de participação⁴³, disciplinada pelos artigos 991 ao 996 do Código Civil (2002). Trata-se de sociedade não personificada que possui duas categorias de sócios: o ostensivo e o participante. O primeiro é responsável pela operação, atuando em nome próprio e detendo exclusiva responsabilidade pela atividade da companhia. Já o sócio participante fornece os recursos necessários para a sociedade, detendo o direito de participar dos seus lucros e, em regra, não é responsável pelas atividades da empresa⁴⁴.

Tal sociedade possui como peculiaridade o anonimato do sócio participante, pois terceiros não sabem da sua existência. Isso se dá principalmente pelo fato da desnecessidade de registro da sociedade ou de qualquer formalidade para a sua constituição.

Considerando esses elementos, é o entendimento de Marcel Cardoso de que o financiamento de litígios por terceiro poderia se adequar aos contornos da sociedade em conta de participação. O financiado seria o sócio ostensivo, mantendo-se titular do direito material, e o financiador, o sócio participante, limitando-se ao fornecimento de recursos para a sociedade⁴⁵.

Diante disso, o benefício de tal constituição decorre da manutenção da titularidade do direito material pelo financiado. Portanto, não há alteração dos participantes da lide ou

⁴² CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 92-93.

⁴³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 92-93.

⁴⁴ O artigo 993 do Código Civil (2002) estabelece uma exceção a esta regra determinando que o sócio participante pode ser responsabilizado nos casos em que atuar na relação do sócio ostensivo com terceiros. Nesses casos haverá a responsabilidade solidária dos sócios.

⁴⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 92-93.

responsabilização do financiador pelo pagamento pela eventual sucumbência, considerando que a responsabilidade perante terceiros é exclusiva do sócio ostensivo (artigo 991 do Código Civil de 2002).

Há ainda aspecto tributário. Os sócios participantes, quando da distribuição de lucros e dividendos, são isentos de tributação no que se refere ao imposto de renda, uma vez que a contribuição tributária já foi realizada pelo sócio ostensivo quando da realização da operação.

Por fim, cabe ao sócio ostensivo toda a responsabilidade perante a terceiros, inclusive em face da Receita Federal – assim, o financiador estaria isento de qualquer responsabilidade tributária⁴⁶. Em conclusão, embora mais complexa que os contratos de cessão de crédito, a sociedade em conta de participação também pode ser utilizada como mecanismo para instrumentalizar o financiamento de litígios.

3.2 A REGULÇÃO DE CONDUTA DO FINANCIADOR NO DIREITO BRASILEIRO

Não obstante não haver tipificação jurídica da atividade no direito brasileiro, fato é que o financiador é um terceiro da relação com interesses no procedimento arbitral. Nesse sentido, foram analisados os possíveis arranjos contratuais para a operação, conforme o Código Civil, e os impactos que cada arranjo possui para o financiador – conforme seção 4.1. Considerando tal análise, continua sendo importante identificar se existem outras normas no direito brasileiro e nos regulamentos de câmara de arbitragem que regulem quais seriam os deveres e obrigações do financiador para com o procedimento.

De início, constata-se que não há no Brasil, diferentemente de outras jurisdições como Singapura, Hong Kong⁴⁷, Inglaterra, País de Gales ou Austrália⁴⁸, uma legislação ou normas de conduta quanto ao financiamento de litígios. A única regulação brasileira parte de determinadas

⁴⁶ Art. 991 do Código Civil (2002): “[n]a sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único - Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”.

⁴⁷ Em 2017, tanto Singapura quanto Hong Kong inseriram em seus ordenamentos jurídicos legislação quanto à possibilidade do financiamento de litígios em procedimentos arbitrais. (BAO, Chiann. Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter. *Journal of International Arbitration*, [s. l.]: Kluwer Law International, v. 24, n. 3, p. 387-400, 2017. p. 388).

⁴⁸ A regulação da Austrália é breve. O governo federal, em 2011, apenas impôs que o financiador adequasse suas políticas internas com o objetivo de evitar conflitos de interesse. (DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 11).

câmaras arbitrais – tais como a CAM-CCBC, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP/FIESP) e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) – que mencionam essas operações em recomendações por meio de Resoluções Administrativas.

Assim, procura-se entender neste capítulo quais dispositivos normativos podem ser aplicados às operações de financiamento de litígio – em especial, quanto às obrigações do financiador. Ainda, busca-se os reflexos que a legislação vigente possui na operação.

3.2.1 Regulamentos de Câmaras de Arbitragem no Brasil

Como já dito, algumas câmaras de arbitragem buscaram impor regras de conduta quanto aos casos que são financiados por terceiros. No Brasil, a CAM-CCBC regulou essas operações por meio da Resolução Administrativa nº 18/2016: trata-se de recomendação para quando houver a presença de financiamento de litígio por terceiro em arbitragens administradas pelo órgão.

A mencionada resolução, embora breve, preocupa-se em definir o financiamento de litígios⁴⁹ e, especificamente, é clara ao afirmar que sua preocupação é endereçar os conflitos de interesse entre o terceiro financiador e o tribunal arbitral. Nesse sentido, a resolução determina em seu artigo 4º que,

[a] fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.

Ainda, determina em seu artigo 5º que,

⁴⁹ Artigo 1º da Resolução nº 18/2016: "Considera-se financiamento de terceiro quando uma pessoa física ou jurídica, que não é parte no procedimento arbitral, provê recursos integrais ou parciais a uma das partes para possibilitar ou auxiliar o pagamento dos custos do procedimento arbitral, recebendo em contrapartida uma parcela ou porcentagem de eventuais benefícios auferidos com a sentença arbitral ou acordo" (CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *RA 18/2016: Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC*. São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em: 07 out. 2021.)

Artigo 2º da Resolução nº 18/2016: "São considerados “custos do procedimento arbitral” qualquer valor despendido com o procedimento, englobando, mas não se limitando, as custas administrativas, honorários dos árbitros, honorários de experts, honorários advocatícios, custas e honorários sucumbenciais e valores de condenação." (CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *RA 18/2016: Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC*. São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em: 07 out. 2021)

[d]e posse desta informação, o CAM-CCBC convidará os árbitros a procederem à checagem de conflito e revelarem qualquer fato que possa gerar uma dúvida justificável sobre sua independência e imparcialidade. A informação sobre financiamento de terceiro também será fornecida à parte contrária⁵⁰.

No mesmo sentido, tanto a CAMARB⁵¹ quando a CIESP/FIESP⁵² se preocupam em definir o financiamento de litígios e recomendam a divulgação da operação para evitar o

⁵⁰ CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *RA 18/2016*: Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC. São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁵¹ Conforme a Resolução Administrativa nº 14/2020:

“1.1 - Esta Resolução contém recomendações da CAMARB às partes, árbitros, peritos e à Secretaria, quanto aos procedimentos a serem adotados em caso de existência de financiamento de terceiros. [...]

2.1 - Financiador terceiro significa qualquer pessoa, física ou jurídica, que não seja parte no procedimento arbitral, mas assine contrato com uma das partes, com os procuradores de uma das partes, ou com empresa a ela ligada das partes no processo (“Terceiro financiador), a fim de proporcionar benefícios materiais ou arcar com as custas arbitrais total ou parcialmente, recebendo em troca remuneração ou participação, total ou parcial, no benefício econômico a ser eventualmente auferido pela parte financiada na sentença arbitral. [...]

3.1 – A existência de terceiro financiador pode suscitar, na perspectiva das partes, dúvidas cabíveis quanto à imparcialidade ou independência dos árbitros e peritos, em razão de eventual vínculo, relação ou vínculo, profissional ou acadêmico, entre eles e o financiador terceirizado que possa causar conflitos de interesse.

3.2 - Assim, a fim de evitar conflito de interesses entre os árbitros, peritos e o terceiro financiador, a CAMARB recomenda ao financiado, na primeira oportunidade, que divulgue a existência e plena qualificação do terceiro financiador. 3.3 - Após receber as informações do terceiro financiador, a CAMARB comunicará aos árbitros e demais partes do procedimento arbitral a verificação de possíveis conflito” (CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL. *Resolução Administrativa N° 14/20*: recomendações sobre financiamento de terceiros em arbitragens administradas pela CAMARB. Belo Horizonte, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>. Acesso em: 07 out. 2021).

⁵² Conforme a Resolução nº 6/2019:

“3-A.1. A presença de um terceiro financiador pode ser relevante para avaliar a independência e imparcialidade dos árbitros, especialmente se houver relacionamento prévio ou atual entre os árbitros e o terceiro financiador. Portanto, recomenda-se que a parte de procedimento arbitral que beneficie de financiamento de terceiros revele a existência do financiamento e a qualificação completa do terceiro financiador na primeira oportunidade e por escrito. A Secretaria da Câmara encaminhará a informação às demais partes do procedimento, bem como aos árbitros, mediadores ou membros do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias para que, em sendo o caso, cumpram seu dever de revelação.

3-A.2 O financiamento de terceiros ocorre nos casos em que uma parte celebra negócio jurídico por meio do qual o terceiro financiador oferece os recursos financeiros destinados ao custeio do procedimento arbitral, ficando estipulado ao terceiro financiador um benefício econômico condicionado a determinado resultado do procedimento. 3.A.2.1. Por terceiro financiador entende-se a pessoa física ou jurídica que celebra negócio visando ao financiamento do procedimento arbitral, não sendo titular de outro interesse jurídico relacionado com a matéria-objeto da arbitragem, exceto o negócio de financiamento.

3-A.2.2 Por custeio do procedimento arbitral entende-se a disponibilização parcial ou integral, a qualquer título, dos recursos financeiros necessários à condução do procedimento arbitral, incluindo os seguintes, mas não se limitando a eles: as taxas, custas administrativas, honorários dos árbitros, honorários de peritos, honorários advocatícios e despesas com profissionais envolvidos na representação da parte no procedimento, cauções e garantias, custas e honorários sucumbências e valores de condenação [...]

conflito de interesses entre o árbitro e o financiador. Ressalta-se que a resolução da CIESP/FIESP vai um pouco além, afirmando que o terceiro financiador não possui “outro interesse jurídico relacionado com a matéria-objeto da arbitragem, exceto o negócio do financiamento”, exemplificando os possíveis destinos do recurso financeiro aportado pelo financiador e garantindo que a parte da arbitragem poderá compartilhar com “terceiros financiadores” ou “potenciais terceiros financiadores” informações da arbitragem, uma vez celebrado por escrito compromisso de respeito ao sigilo⁵³.

O ingresso de um terceiro em uma relação litigiosa pode gerar um impacto na independência e imparcialidade do árbitro, que pode ter uma relação com a parte financiadora. Assim, o propósito de as resoluções recomendarem que as partes informem se ele existe é garantir que os árbitros revelem se possuem qualquer envolvimento com esse.

Nesse ponto, veja-se que o conflito de interesses entre o financiador e o árbitro pode ser utilizado pela parte contrária caso deseje postergar a solução da controvérsia. Isso porque, da mesma forma que um juiz pode se tornar suspeito no decorrer do processo, é possível que, diante de operação de financiamento de litígios, o árbitro venha a ser considerado parcial e dependente. A parcialidade e dependência do árbitro, por sua vez, acarretam a suspensão do procedimento para a necessária substituição do árbitro por outro imparcial e independente. A tendência das câmaras arbitrais permanece sendo a de incentivar a revelação da existência de um contrato de financiamento e a qualificação completa do financiador.

Diante do exposto, nota-se que a única obrigação do financiador e das partes contratantes do financiamento seria a revelação da existência da operação e da identidade daquele. Assim, cabe ao tribunal arbitral, para proteger os participantes de boa-fé, impedir a utilização desse mecanismo como forma de postergar a resolução da disputa.

3.2.2 Demais normas no ordenamento jurídico brasileiro

Não há norma jurídica brasileira aplicável ao financiamento de litígios ou à conduta

5.7. Sem prejuízo do disposto nos itens 10.6 do Regulamento de Arbitragem da Câmara, a parte poderá compartilhar com terceiros financiadores ou potenciais terceiros financiadores, condicionada à assunção, por escrito, da obrigação de respeitar o sigilo dessas informações na forma do item 5 deste Código de Ética” (CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. *Resolução n.º 6/2019: Financiamento de terceiros*. [São Paulo, 2019]. Disponível em: https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Resolucao_n_6.2019.pdf. Acesso em: 07 out. 2021).

⁵³ CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL. *Resolução Administrativa N° 14/20: recomendações sobre financiamento de terceiros em arbitragens administradas pela CAMARB*. Belo Horizonte, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>. Acesso em: 07 out. 2021.

dos financiadores. Porém, propõe-se aqui analisar a possível aplicação de algumas normas jurídicas gerais à operação – já adiantando que não é aplicável ao financiador o Código de Defesa ao Consumidor, uma vez que essa é condicionada à qualificação jurídica das partes envolvidas na operação como fornecedor e consumidor e à existência de uma relação de consumo, inexistente nesse caso⁵⁴.

Por outro lado, nota-se que as operações de financiamento de litígios são estruturadas por fundos de investimentos, merecendo a regulação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) especial atenção, a fim de identificar disposições quanto a esses veículos, comuns no mercado de capitais. Conforme determinado pela Instrução nº 444 da CVM (ICVM 444), a qual constituiu os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-padronizados (FIDC-NP), é possível a realização de aplicações, em direitos creditórios "que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia".

Portanto, os financiamentos de litígios possuem como veículo de captação de recursos os FIDC-NP, sendo regulados pela instrução ICVM 444 e, também, a Instrução CVM 356 (ICVM 356), a qual regula o funcionamento dos demais Fundos de Investimento Em Direitos Creditórios (FIDC). Analisadas ambas as instruções, conclui-se que não há nenhuma regulamentação sobre arranjos contratuais que serão colocados no mercado de capitais (e, portanto, de eventual obrigação do financiador), mas apenas quanto ao funcionamento do FIDC-NP no mercado⁵⁵.

Dado esse breve panorama normativo, é possível concluir que não há legislação que trate da conduta do financiador. De toda forma, existem disposições que podem incidir nas relações existentes dentro do financiamento de litígios, muito embora não sejam direcionadas

⁵⁴ Nesse ínterim, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (1990) define o fornecedor como "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". O parágrafo segundo do dispositivo contém a definição de prestação de serviço, como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". Assim, a característica essencial para a definição de prestação de serviços é a remuneração. Como já explicado, a natureza da operação de financiamento é aleatória, de forma que o financiador corre o risco de não obter qualquer contraprestação com o contrato. Portanto, os dispositivos do Código de Defesa ao Consumidor não seriam inaplicáveis aos instrumentos de financiamento de litígios.

⁵⁵ Em breve resumo, a regulamentação do FIDC-NP determina que esses (i) somente poderão receber aplicações, bem como ter cotas negociadas em mercado secundário, quando o subscritor ou o adquirente dessas for investidor qualificado, conforme definido em regulamentação específica, e (ii) requerem, para seu funcionamento – sejam abertos ou fechados –, prévio registro na CVM, o qual deverá ser instruído com os documentos determinados na Instrução, acompanhados de parecer de advogado e assessoria jurídica, quando for o caso.

ao financiador. São essas a relação (i) financiador-financiado, (ii) financiador-advogado, (iii) árbitro-financiador, e (iv) partes adversas da demanda e financiador, tratadas nas subseções a seguir.

3.2.2.1 Financiador-financiado

O ingresso de um terceiro na demanda é capaz de gerar questões quanto ao conflito de interesses, principalmente entre quem financia e o financiado. Isso porque, embora o risco monetário tenha sido transferido, o direito material não o foi. Exemplificando uma hipótese de conflito de interesses, muitas vezes uma composição entre as partes já satisfaria o interesse do financiador; porém, não estaria em consonância com os interesses do financiado, que pode ter uma vantagem estratégica na continuidade do litígio, ou vice-versa.

Nesse íterim, veja-se o emblemático caso *Bollea versus Gawker*, julgado na Flórida, Estados Unidos. Tratava-se de controvérsia entre o profissional de luta livre Terry Bollea, que ajuizou ação indenizatória em face do site Gawker, diante da disponibilização, por esse, de um vídeo íntimo daquele. O conflito foi financiado por Peter Thiel, que também foi vítima de nota publicada pelo site doze anos antes, a respeito de sua orientação sexual.

Peter Thiel já havia financiado diversos litígios em face do Gawker e nunca informou o seu envolvimento nessas controvérsias. Nesse caso em particular, a disputa se iniciou em 2014 e terminou em 2016, com a Justiça norte americana sentenciando pela indenização de US\$140 milhões em danos a favor de Terry Bolea. Três meses após a sentença, o site Gawker teve que pedir a sua falência⁵⁶.

Nesse caso, percebe-se que o interesse do financiador tinha um viés pessoal. Isso porque esse gastou cerca de US\$ 10 milhões com o litígio e, anteriormente, ao conceder entrevista, afirmou o seu desprezo pelas publicações e pelo trabalho do site – Peter Thiel afirmou que não tratavam de interesse público e causavam muitos danos às pessoas envolvidas⁵⁷.

Percebe-se assim que o financiador possui uma posição central e que pode causar um conflito de interesses entre o litigante e seus advogados, pois pode influenciar nas estratégias legais e, dessa forma, limitar o envolvimento e o controle da parte litigante. Esse nível de

⁵⁶ KHOSHSIMA, Anusheh. Malice Maintenance Is Runnin' Wild: a demand for disclosure of third-party litigation funding. *Brooklyn Law Review*, v. 83, n. 3, p. 1029-1058, 2018. p. 1029.

⁵⁷ KHOSHSIMA, Anusheh. Malice Maintenance Is Runnin' Wild: a demand for disclosure of third-party litigation funding. *Brooklyn Law Review*, v. 83, n. 3, p. 1029-1058, 2018. p. 1041.

controle, somado a um interesse malicioso e pessoal, viola o propósito de utilização da máquina do judiciário garantido pelo artigo 2º, VIII, 'b', do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (Lei nº 8.906/1994), bem como a vedação de litigância de má-fé imposta pelo Código de Processo Civil (2015).

O que se percebe, no entanto, é que no ordenamento jurídico brasileiro não há nenhuma disposição específica que trata dessas situações de conflito de interesse; somente é possível identificar um desencorajamento à perseguição de litígios por motivações escusas ou pessoais ao tratar de vedações aos comportamentos dos advogados. O Código de Ética e Disciplina da OAB, nesse sentido, estabelece que é o dever do advogado se abster de "patrocinar interesses ligados a outras áreas estranhas à advocacia"⁵⁸. Assim, uma vez identificado que o financiador ou financiado possui interesses políticos ou pessoais na demanda, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que cabe ao advogado se afastar da disputa.

O caso aqui citado exemplifica uma dessas hipóteses, em que o advogado deveria se abster de patrocinar a causa em razão dos interesses frívolos do financiador, ou que poderia ser qualificado como litigância de má-fé. De toda forma, ressalta-se que, diante da ausência de normas que determinam a transparência quando na presença de financiamento de litígios, raramente será possível identificar a presença de financiador e muito menos as suas motivações. Nesses casos, revela-se a importância de questionar a falta de regras que determinem a transparência da operação para os demais participantes da disputa (seja a contraparte ou o tribunal arbitral).

Dito isso, existem casos de conflito que não necessariamente decorrem de interesses frívolos de uma das partes, mas sim da estratégia frente à disputa. Entende-se aqui que essas situações devem ser endereçadas no contrato, principalmente no que tange ao controle da estratégia jurídica do caso e da transferência do poder decisório.

Napoleão Casado Filho estabelece um teste para averiguar se seria interessante a transferência desse poder do financiado ao financiador, elencando que,

[m]uitas vezes, determinadas questões são de alta relevância estratégica para uma Companhia. Ceder esse direito termina por ser um risco demasiado elevado, o que, por vezes, não compensa os benefícios trazidos pelo investimento de terceiros. Portanto, ao cogitar o financiamento externo, deve a parte auto aplicar o seguinte teste: (a) o litígio a ser financiado é diretamente ligado ao seu projeto empresarial? E (b) eventual derrota no litígio ou qualquer tipo de composição afetarão a estratégia jurídica

⁵⁸ Artigo 2º, VIII, 'b', do Código de Ética e Disciplina da OAB (1994).

da empresa? Entendemos que, no plano ideal, apenas os litígios cujas respostas ao teste referido sejam negativas é que são apropriadas ao financiamento de terceiros⁵⁹.

Bert Huang também argumenta que determinadas perguntas devem ser feitas pelos árbitros em um procedimento para entender o grau de controle do financiador sobre os litígios, de modo a verificar a presença de um conflito de interesses. Sugere-se que o financiado seja questionado sobre a (i) identidade do financiador, (ii) se esse patrocina outros casos, (iii) detalhes do pagamento, (iv) parcela do resultado da ação que deverá ser restituída e (v) taxa de juros entre outros detalhes do contrato de financiamento⁶⁰. A proposta sugerida pelo autor, no entanto, não parece ser atrativa aos financiadores que requerem a confidencialidade da operação de financiamento e dos seus termos.

Quando se olha para o caso *Bollea versus Gawker* – isto é, quando na presença de interesse frívolo de uma das partes –, entende-se que, diante da regulamentação vigente, caberia ao advogado, representando o financiado, certificar-se de que o judiciário ou a arbitragem esteja sendo utilizada para fins lícitos, respeitando a boa-fé processual. É claro, porém, que o advogado também deve garantir o interesse legítimo da parte e não a deixar à mercê somente por estar presente interesse escuso. O acesso à justiça não deve ser limitado por isso. O que se destaca é que, diante da legislação vigente, caberia somente ao advogado servir como filtro para impossibilitar que o direito pleiteado esteja intrinsecamente ligado à má-fé, à frivolidade ou à abusividade.

3.2.2.2 Financiador-advogado

Conforme introduzido, a relação financiador-financiado pode ser difícil se ambos possuem interesses diferentes. Para o advogado, eventual conflito se reflete também nele, pois, ao mesmo tempo em que representa a parte financiada, também representa, de certa forma, o financiador. Assim, se houver conflito entre as partes do financiamento de litígios, o advogado estará em uma situação eticamente complicada. Afinal, quais interesses deve perseguir?

⁵⁹ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021. p. 102.

⁶⁰ HUANG, Bert I. *Litigation Finance: What Do Judges Need to Know?* In: COLUMBIA LAW SCHOOL PUBLIC LAW & THEORY WORKING PAPER GROUP. Paper Number 13-362. [S. l.], jul. 2021. p. 525-538. p. 525-527.

Para mitigar isso, o contrato de financiamento de litígios deve apresentar disposições sobre as decisões jurídicas do caso e quem deve tomá-las⁶⁶. Isso mitiga a situação delicada em que se encontra o advogado, visto que, dependendo do arranjo contratual, é possível garantir que apenas uma parte determine e oriente a estratégia legal – tipicamente, o financiado –, enquanto à outra caberia um dever de monitoramento – tipicamente, o financiador. Ainda assim, entende-se que certo conflito se mantém, considerando que o advogado presta contas à uma parte, mas deve proteger os interesses de outra.

Novamente, não há disposição legal que oriente o advogado em acordo de financiamento de litígios, cabendo isso exclusivamente à convenção das partes. Assim, é necessário que o contrato possua claras previsões quando na presença de impasses entre financiador e financiado, ou que preveja autonomia ao advogado em tais momentos.

A forma de contratação do advogado também deve ser analisada, pois, dependendo da estipulação sobre honorários, os advogados também terão interesse no valor final da demanda. Esse é o caso da contratação *ad exitium* ou *a quota litis*, que vinculam o pagamento dos advogados ao sucesso da demanda. Nesses arranjos, introduz-se o interesse do próprio advogado na solução da controvérsia, além do interesse do investidor.

E é importante que o contrato de financiamento esteja alinhado com o contrato de honorários mesmo quando os interesses das partes envolvidas estejam alinhados, pois existe a possibilidade de essas divergirem quanto à estratégia da demanda, principalmente (como já exemplificado) entre a realização de um acordo ou arriscar mais ou perseguir um valor maior na disputa. Nesse sentido, deve-se pensar, por exemplo, se é interessante dar autonomia ao advogado para resolver o conflito de interesses entre o financiador e financiado, considerando o interesse econômico daquele.

De toda forma, a análise acima é puramente acadêmica pois, pela legislação brasileira, tais formas de contratação são excepcionais. O Tribunal de Ética da OAB já decidiu que a contratação por honorários *ad exitium* ou *a quota litis* “se trata de modalidade excepcional de cobrança que deve ser justificada, sendo admitida apenas na hipótese de cliente sem condições pecuniárias, desde que contratada por escrito”⁶¹. Considerando que, em uma operação de financiamento é de se imaginar que o financiador consiga arcar com os custos com advogados, não seria possível realizar tal contratação no âmbito dessa. Posto isso, entende-se ser necessário

⁶¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Tribunal de Ética (São Paulo). *E-5.402/2020*. CONTRATAÇÃO POR HONORÁRIOS QUOTA LITIS: EXCEPCIONALIDADE - LIMITES – MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE [...]. Relator: Doutor Eduardo Augusto Alckmin Jacob, 12 de agosto de 2020. [São Paulo, 2020]. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2020/e-5-402-2020>. Acesso em: 13 out. 2021.

que as partes se atentem para que a modalidade de contratação se alinhe com a de operação de financiamento.

3.2.2.3 Árbitro-financiador

A relação árbitro-financiador deve ser analisada pois, com a introdução de uma nova parte na demanda – o financiador –, essa pode ter alguma influência na imparcialidade e independência do árbitro. Assim, os artigos 144 e seguintes do Código de Processo Civil (2015), que estabelecem as hipóteses de impedimento e suspeição de juízes, podem ser aplicados de maneira análoga aos árbitros.

Quando a esse ponto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já estabeleceu seu entendimento de que a imparcialidade e a independência dos árbitros são matérias de ordem pública no caso paradigmático *Abengoa versus Ometto*⁶², que trata de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. O STJ não homologou a decisão, a qual condenava o usineiro Adriano Ometto ao pagamento de indenização de cerca de US\$ 200 milhões ao grupo Abengoa, pois entendeu que o árbitro presidente era parcial, o que violaria a ordem pública brasileira.

No caso, a corte arbitral havia decidido em favor do grupo Abengoa quando, após o julgamento, tomou-se conhecimento que o árbitro presidente, David W. Rivkin, era sócio de escritório que recebeu mais de US\$ 6 milhões de honorários advocatícios por representar entidade do grupo Abengoa. Os advogados do Adriano Ometto impugnaram o árbitro e apresentaram ação anulatória argumentando a presença de conflito de interesses. No entanto, em todas as searas, as cortes mantiveram a decisão arbitral.

O STJ, por outro lado, ao analisar a questão, entendeu que o recebimento de dinheiro pelo escritório caracteriza conflito de interesses, vício que viola o princípio da ordem pública. Assim, por sete votos⁶³, entendeu-se que a decisão que concordou com a responsabilização do grupo Ometto não poderia ser reconhecida pelo estado brasileiro. Tal estabeleceu o

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada nº 9412. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CREDOR/DEVEDOR ENTRE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO ÁRBITRO PRESIDENTE E O GRUPO ECONÔMICO INTEGRADO POR UMA DAS PARTES. HIPÓTESE OBJETIVA PASSÍVEL DE COMPROMETER A ISENÇÃO DO ÁRBITRO [...]. Requerente: ASA BIOENERGY HOLDING A G e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 19 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 maio 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=9412&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 07 out. 2021.

⁶³ O julgamento foi realizado pela Corte Especial do STJ, composta pelos 15 ministros mais antigos do tribunal.

entendimento de que situações que interfiram na imparcialidade e independência do árbitro são matérias de ordem pública no direito brasileiro.

Nesse mesmo viés e mais recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo anulou decisão por considerar o árbitro suspeito. Nesse caso, os desembargadores da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial decidiram que houve violação à lei decorrente da falta de revelação do árbitro que, no curso do procedimento, aceitou participar de um outro julgamento em que uma das empresas da disputa arbitral também era parte⁶⁴.

Conforme os regulamentos das câmaras de arbitragens, em procedimentos arbitrais, após a indicação dos árbitros pelas partes, cada árbitro deve responder a um questionário de verificação de sua parcialidade, momento em que revelam suas relações com as partes. O árbitro presidente também deve passar pelo mesmo procedimento após sua indicação⁶⁵.

Assim, no ordenamento jurídico e, em especial, na jurisprudência brasileira, vem crescendo o entendimento da importância da matéria, justamente para evitar situações de conflito de interesses com os árbitros. Portanto, esses devem ser cautelosos com qualquer vínculo que detenham com as partes e realizar todas as revelações possíveis, até mesmo as que considerarem desnecessárias, para mitigar qualquer risco futuro de alegações de parcialidade, dependência ou conflito de interesses.

Especificamente nos casos de financiamento de litígios, há regulamentações como a da CAM-CCBC que invoca, por meio da Resolução Administrativa 18/2015, que, quando na presença de operações do tipo, a parte deve informar o tribunal arbitral, justamente para que se possa realizar possíveis revelações⁶⁶. De fato, não há como os árbitros revelarem algo se sequer souberem da existência de um financiador no caso.

⁶⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento nº 2166470-26.2019.8.26.0000. [...] Apelação – Ação Anulatória De Arbitragem – Preliminares Afastadas – Dever de revelar que não ficou demonstrado – Relação de emprego mantida pelo árbitro que deu ensejo à sua suspeição – Possibilidade De Anulação Pelo Poder Judiciário – Inteligência Do Disposto No Artigo 32, Inciso Ii, Da Lei De Arbitragem - Sentença Mantida – Recurso Não Provido [...]. Agravante: L. H. de S. F. Agravado: A. C. e C. de S. S.A. Relator: Fortes Barbosa, 09 de outubro de 2019. *Diário da Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 3783, 24 out. 2019. Judicial - 2ª instância.

⁶⁵ A título de exemplificação, cita-se o art. 4.14 do Regulamento da CAM-CCBC: “4.14. A Secretaria comunicará aos árbitros para que, no prazo de 10 (dez) dias, firmem o Termo de Independência, que demonstra a aceitação formal do encargo, para todos os efeitos, intimando-se as partes para elaboração do Termo de Arbitragem”. (CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *Regulamento de Arbitragem*. [S. l., 2016]. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 8).

⁶⁶ CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. RA 18/2016: Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC. São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em: 07 out. 2021.) Há também as resoluções da CAMARB e da CIESP/FIESP.

Há de se ressaltar que introduzir a presença de um novo personagem – no caso, o financiador – no meio do procedimento pode gerar um evento de suspeição do árbitro. Nesses casos, é necessário averiguar se tal não seria uma estratégia para criar obstáculos à solução do litígio. Assim, embora não existam decisões no Brasil que tratem da suspeição de árbitro/juiz no meio da disputa em razão da introdução de financiador, sabe-se que a substituição dos patronos de uma das partes para àquele que ensejaria suspeição e impedimento do árbitro pode ser considerada conduta de litigância de má-fé.

Nesse sentido, o artigo 80 do Código de Processo Civil (2015), ao elencar condutas de litigância de má-fé, traz a resistência injustificada ao andamento do processo ou proceder de maneira temerária. Diante dessas situações, Napoleão Casado Filho afirma que se configura

conduta absolutamente reprovável em todos os aspectos e vem sendo rechaçada por tribunais no Brasil. Trata-se de abuso de direito da parte que recorre a tal expediente. Afinal, dentre os milhares de patronos que podem defendê-la em ação judicial, por que buscou exatamente aquele que possuía uma relação com o julgador? É bem verdade que, no que diz respeito a terceiros financiadores a oferta é bem menor que no mercado de advocacia, especialmente no caso brasileiro. Contudo, parece-nos que a analogia é válida. Afinal, a parte financiada poderia ter recorrido a outro financiador que não causasse tumulto processual.

Assim, fica claro que a introdução de financiador, no meio do processo, que gere evento de suspeição ou impedimento, configura abuso de direito, com a possibilidade de aplicação de multa, pois é conduta protelatória ao processo. Nesse interim, o artigo 27 da Lei de Arbitragem (1996) garante aos árbitros os poderes para decidir acerca de verba decorrente de litigância de má-fé, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Ocorre que a lei brasileira se limita a afirmar a incidência de multa e nada dispõe sobre o poder dos árbitros quanto à nulidade do ato em específico. No mesmo viés, as instituições de arbitragem também não assumiram para si o papel de gerenciar as condutas dos usuários e não preveem, em seus regulamentos, medidas claras a serem adotados pelo tribunal arbitral e/ou pela instituição de arbitragem para coibir ou punir tais práticas. De toda forma, já existem precedentes, no âmbito internacional, que dão aos tribunais arbitrais força de intervenção no processo diante de condutas abusivas.

A título de exemplificação, cita-se o caso *Hrvatska Elektroprivreda d.d. versus República da Eslovênia*. Nele, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos levantou a questão do poder e dever do tribunal arbitral para lidar com questões de condutas das partes. Tratou-se de arbitragem em que os árbitros julgaram a sua autoridade

para impedir que um advogado escolhido por uma das partes participasse do procedimento, baseado unicamente em padrões de condutas éticas supranacionais:

Depois de uma atenta análise de doutrina e jurisprudência, os árbitros concluíram que havia um poder intrínseco conferido ao tribunal para tomar medidas de preservação da integridade do procedimento. No caso em questão, os árbitros entenderam que a parte não poderia mudar de equipe de advogados depois da constituição do tribunal arbitral, porque isso poderia comprometer o status e a legitimidade do tribunal já constituído. O advogado novo (no caso um barrister inglês) era membro da mesma Chambers do presidente do tribunal arbitral e havia se envolvido no caso desde o início, mas a sua presença na equipe de advogados do demandado só foi revelada no final do procedimento. Tudo isso foi levado em conta pelo tribunal arbitral, que entendeu haver indícios de que se tratava de uma manobra intencional do demandado justamente para conflitar o presidente do tribunal e tumultuar o andamento do caso, comprometendo a integridade do procedimento⁶⁷. (grifos nossos)

Ou seja, é possível que o tribunal arbitral, ao regular andamento do processo, intervenha em determinada escolha das partes que gere tumulto nesse. Embora se trate de caso internacional em que não se verifica conflito decorrente da figura do financiador, entende-se que é um importante precedente e que pode ser utilizado por tribunais arbitrais brasileiros nesses casos.

3.2.2.4 Financiador-parte adversa

Há ainda a possível relação de conflito entre o financiador e a parte adversa da disputa. Trata-se de situação semelhante à descrita no caso *Bollea versus Gawker*, em que o financiador detinha uma rivalidade com o réu da ação. Nesse mesmo viés, pode-se imaginar que um terceiro concorrente a uma das partes tenha o interesse de financiar disputas como uma estratégia de seu negócio. O financiador concorrente poderia ter acesso, no curso do procedimento arbitral, a segredos industriais relevantes, ou poderia se beneficiar com o resultado da disputa.

Todas essas situações se encaixam na análise de litigância de má-fé e abuso de direito e devem ser inibidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, como já exposto, considerando que não há legislação que obrigue a parte a realizar a revelação da operação de financiamento de litígios, entende-se que existe apenas o filtro da atuação do advogado – que

⁶⁷ MENEZES, Caio Campello de. Como Barrar as Táticas de Guerrilha em Arbitragens Internacionais?. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s. l.]: Comitê Brasileiro de Arbitragem; Kluwer Law International, v. 12, n. 45, p. 82-107, mar. 2015. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/12.45/RBA2015004>. Acesso em: 16 out. 2021. p. 101.

deve se abster de defender tais controvérsias – no cenário legislativo atual, como forma de evitar tais situações.

3.3 A POSIÇÃO DO FINANCIADOR NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Um dos focos do estudo de Marcel Cardoso é a análise da posição que o financiador detém dentro do processo judicial, e as consequências práticas disso. Trata-se de ponto que, embora foque no processo civil, não deve passar despercebido no estudo em questão. Marcel Cardoso se atém às figuras contratuais em que não ocorre a transferência do titular do direito material em disputa, por entender que são as mais adequadas à operação de financiamento de litígios⁶⁸ – ressalta-se, portanto, que a figura do financiador do processo dependerá do arranjo contratual realizado e se houve ou não tal transferência.

Em breve resumo, se há alteração do detentor do direito material, o financiador será considerado parte do processo. Não ocorrendo isso, é impossível incluí-lo como parte; ele será, conforme Marcel Cardoso, um assistente simples, por tratar-se de terceiro que detém interesse jurídico na disputa. Cada uma dessas posições terá diferentes consequências ao financiador⁶⁹.

Ou seja, entende-se que é parte do processo aquele que é detentor do direito material e das obrigações subjacentes ao direito ao crédito, sendo uma parte substancial. Há ainda a possibilidade de existir a parte formal – aquela que está em juízo, participando do contraditório e da defesa do processo⁷⁰ – mas que não é a detentora do direito material (exemplo das associações e sindicatos). Nota-se que tal distinção entre parte formal e parte substancial ocorre a partir de legislação específica – como por exemplo, a Lei nº 7.347/1985, que regula as ações civis públicas e estabelece que as associações possuem legitimidade para propor essas, tutelando interesses alheios.

Em geral, a parte processual coincide com a parte substancial – mas existem situações em que essas se diferenciam, como quando se pleiteia direito alheio em nome próprio. É o caso de sindicatos que propõem ações civis públicas em prol dos interesses dos trabalhadores que defendem. No âmbito da arbitragem, tal cenário vem sendo ocupado nas ações coletivas, em

⁶⁸ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 151

⁶⁹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 153

⁷⁰ “Dá-se a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. Quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído”. (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. p. 354).

que associações vêm defendendo os interesses dos investidores de determinada companhia, principalmente em controvérsias envolvendo o mercado de capitais.

De toda forma, é possível concluir que, nos arranjos contratuais em que não há alteração no detentor do direito material, o financiador não será considerado parte (formal ou substancial) do processo, mas sim, assistente.

Assistência e litisconsórcio passivo. Na assistência simples, há conexão de direito do assistente com o debatido no processo. Não se confunde com o litisconsórcio passivo. O assistente tem interesse no desfecho da ação porque a sentença, indiretamente, repercutirá em direito seu⁷¹. (grifo nosso)

Quando o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio contra uma das partes, o que se dá é a assistência litisconsorcial. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente. Esse assistente entra num processo em que a relação material que o envolve já se acha disputada em juízo, embora a propositura da demanda tenha ocorrido sem sua participação. O assistente não figurou como litisconsorte na origem do processo, mas poderia ter figurado como tal⁷². (grifo nosso)

No caso em questão, trata-se de assistência simples, pois a operação de financiamento de litígios é subordinada à disputa, não podendo o financiador ser considerado assistente litisconsorcial. Isso porque a sentença não atinge diretamente a relação jurídica que tem com a parte contrária, vez que não há relação entre o financiador e a parte adversa.

Destaca-se que não cabe a esse trabalho analisar a possibilidade de terceiro assistente – no caso, o financiador – ingressar na demanda arbitral quando atingido pelos efeitos da sentença. Trata-se de situação complexa que merece tratamento próprio, incluindo uma análise da possibilidade de se estender o compromisso arbitral a um terceiro. O que se pretende aqui é verificar quais são as consequências de o financiador ser considerado um terceiro ou de ser considerado uma parte.

Marcel Cardoso conclui que essas são três: (i) a (im)possibilidade de a parte adversa iniciar execução contra o financiador, (ii) a (im)possibilidade de o financiador mover execução e (iii) a (im)possibilidade de responsabilizar o financiador pela sucumbência⁷³. No tocante à

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª turma). Recurso Especial nº 159.131/GO. RESP – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA SIMPLES [...]. Recorrente: Estado de Goiás. Recorrida: Rejane Honorato de Amorim. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 22 de setembro de 1998. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 170, 26 out. 1998 *apud* MELLO, Adriana Mandin Theodoro de; THEODORO, Ana Vitória Mandim; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 420.

⁷² MELLO, Adriana Mandin Theodoro de; THEODORO, Ana Vitória Mandim; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 422.

⁷³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 156-161.

primeira, será legitimado a participar do polo passivo da execução o devedor reconhecido no título judicial, conforme o artigo 779, I do Código de Processo Civil (2015). Se não for parte no processo de conhecimento (seja arbitral ou judicial), não figurará como devedor no título, não podendo, portanto, perseguir o valor do crédito.

Existem ainda outras possibilidades de início de execução nos demais incisos do artigo 779:

Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III - o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial;

V - o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito;

VI - o responsável tributário, assim definido em lei.

Porém, é notório que o financiador não se enquadra nessas. Quanto ao inciso II, ele não pode ser considerado sucessor do devedor, uma vez que não há transferência do direito material. Ainda, não assume qualquer obrigação em face à parte adversa da disputa, tendo relação exclusiva com o financiado, limitada ao pagamento dos custos com o processo – o que o exclui do inciso III. Por tal razão, também se afasta qualquer equiparação com a relação do fiador (inciso IV), considerando que não há qualquer obrigação do pagamento do débito da obrigação com a parte adversa. Os incisos V e VI tampouco são cabíveis: (i) não há bem do financiador dado em garantia real pelo financiado (inciso V) e (ii) o financiador não assume as responsabilidades tributárias (inciso VI).

Reitera-se: a relação da operação é exclusiva entre financiador e financiado, não beneficiando um terceiro, nesse caso, a contraparte. Logo o financiador não é parte legítima para configurar em eventual execução ou cumprimento de sentença.

Seguindo esse mesmo raciocínio, o financiador também não poderá iniciar uma execução ou um cumprimento de sentença contra a outra parte da arbitragem – segunda consequência. O Código de Processo Civil (2015) prevê aqueles legitimados para iniciarem o processo de execução no artigo 778:

Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

I – o Ministério Público, nos casos previstos em lei;

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

- III – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;
 - IV – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.
- § 2º A sucessão prevista no § 1º independe de consentimento do executado.

Considerando que o financiador não é parte, ele não figura no título executivo, sendo, portanto, inaplicável a regra estabelecida no *caput* do artigo. No que se refere às demais hipóteses, as únicas que poderiam ser aplicáveis são aquelas descritas nos incisos III e IV, que se referem à cessão e à sub-rogação.

No entanto, como já tratado, na cessão de crédito não se transfere o direito material do título executivo, não havendo relação jurídica entre o executado e o financiador. O financiamento cria uma relação de crédito apenas entre o financiador e a parte que detém direito frente ao executado.

De igual modo, o financiamento de litígio não estabelece uma sub-rogação. Conforme determinado pelos artigos 346 e 351 do Código Civil (2002), trata-se de forma que substitui o credor de determinada obrigação, em que o terceiro realiza o pagamento da dívida. Tal situação não se assemelha às operações de financiamento de litígios, pois o financiador não substitui o financiado quanto as obrigações em face à contraparte. Assim, considerando o disposto em lei, o financiador também não poderia assumir a posição do financiado e promover uma execução ou cumprimento de sentença.

Por fim, mas não menos importante, tendo em vista a posição de terceiro do financiador no processo, a terceira consequência é de que ele não poderá ser responsabilizado pelos custos de sucumbência. Como se sabe, a arbitragem decorre da autonomia da vontade das partes, a qual, pela convenção, estabelece limites subjetivos e objetivos para o tribunal arbitral. Assim, os árbitros são limitados a julgar a matéria e os pedidos definidos pelas partes (limites objetivos), bem como aos direitos daqueles sujeitos que convencionaram arbitrar (limite subjetivo)⁷⁴. Não pode o tribunal arbitral, portanto, julgar ou condenar parte que não é signatária da convenção de arbitragem, como o financiador.

O mesmo se aplica ao processo judicial. Os artigos 82, 84 e 85 do Código de Processo Civil (2015) também limitam os poderes do Judiciário quanto à sucumbência. O primeiro

⁷⁴ Artigo 8º da Lei de Arbitragem (1996): “[a] cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

dispositivo, nesse sentido, estabelece que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou".

Assim, o financiador, ao não ser parte do procedimento – e, portanto, também não sendo parte vencida do direito material – não poderá ser condenado à sucumbência. Conclui-se, portanto, que o financiador, ao se posicionar como terceiro na demanda que financia, terá três consequências diretas: (i) a impossibilidade de ser executado pela parte adversa, (ii) a dependência ao financiado para a perseguição do crédito e (iii) a impossibilidade de ser condenado ao pagamento de sucumbência caso a demanda seja julgada improcedente.

Tal conclusão toma o rumo oposto se o arranjo contratual escolhido no financiamento tratar o financiador como parte do procedimento arbitral – é o caso da cessão de posição contratual. Como já elucidado, direitos e obrigações podem ser transmitidos a terceiro, cabendo a esse substituir uma das partes em todos os direitos e deveres decorrentes do contrato. Nesses casos, o terceiro será parte da convenção de arbitragem, substituindo o contratante original⁷⁵.

Existem apenas duas hipóteses em que essa transmissão automática não ocorre: (i) quando há estipulação expressa no contrato de que a cessão não abrange a convenção de arbitragem, ou (ii) quando a convenção for pactuada em *intuitu personae*⁷⁶, havendo vedação expressa à sua transmissão. Fora essas exceções, se o arranjo contratual da operação de financiamento for um contrato de cessão de posição contratual, o financiador será considerado como parte no procedimento arbitral, o que implica na possibilidade de ser executado pela parte adversa e de poder executar seu crédito face a ela, bem como a possibilidade de ser condenado ao pagamento de sucumbência.

3.4 AS CONCLUSÕES QUANTO À ANÁLISE DA LITERATURA

Diante da análise da literatura explorada neste capítulo, foi possível identificar as principais questões controversas no financiamento de litígios. Em breve resumo, nota-se que essas giram, primeiramente, em torno (i) do melhor enquadramento jurídico para o instrumento

⁷⁵ "No caso de cessão voluntária, duas regras substantivas tendem a se aplicar: primeiro, o cessionário deve consentir com a cessão e, em segundo lugar, se o cessionário aceitou a cessão do contrato principal subjacente à convenção de arbitragem, presume-se que aceitou a cessão da convenção de arbitragem" (tradução livre). No original: "*In the case of voluntary assignment, two substantive rules tend to apply: first, the assignee must consent to the assignment and, second, if the assignee has accepted the assignment of the main contract underlying the arbitration agreement, it is presumed to have accepted the assignment of the arbitration agreement*". (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Fouchard Gaillard Goldman on international arbitration. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 416-446, 1999. p. 425).

⁷⁶ Contratos celebrados levando em consideração a pessoa contratada.

e (ii) das possíveis consequências de cada modelo contratual cabível às partes. No que se refere a esse último ponto, três modelos contratuais foram ressaltados pela doutrina como mais adequados (embora tenham surgido controvérsias): o contrato de cessão de crédito, o contrato de cessão fiduciária de crédito e a sociedade em conta de participação.

Ainda, outros aspectos foram identificados como polêmicos pela academia, destacando-se (iii) os conflitos de interesse entre o financiador e os demais participantes dos processos. Embora tenham sido apresentados os conflitos de interesses entre financiador-financiado, financiador-árbitro, financiador-advogado e financiador-contraparte, apenas os dois primeiros podem, de fato, impactar a controvérsia e a operação de financiamento. As controvérsias acadêmicas decorrentes dessas duas relações se subdividem em duas categorias: a necessidade de revelação do financiamento e o (des)alinhamento de interesse entre o financiador e o financiado – ponto esse que impacta o gerenciamento e a estratégia do caso, podendo gerar um possível abuso de direito processual ou litigância de má-fé.

Por fim, também há a preocupação em entender, em tese, qual seria (iv) a posição do financiador no processo, o enquadrando como parte somente se houver alteração do detentor do direito material. Assim, dependendo da posição tomada pelo financiador, há o desencadeamento da possibilidade de ele ser executado pela parte adversa ou de perseguir a contraparte para obtenção do crédito, bem como a condenação ao pagamento de sucumbência.

A análise da literatura forneceu um importante fundo para verificar as possíveis questões que o financiador deve ter cautela em suas operações no Brasil, diante das normas vigentes. A seguir, é realizada uma investigação prática que pretende verificar se as preocupações acadêmicas são as mesmas preocupações (ou não) dos financiadores e como isso se reflete contratualmente.

4 ANÁLISE DOS MECANISMOS CONTRATUAIS PARA A TUTELA DOS INTERESSES DO FINANCIADOR

O presente capítulo aborda os resultados obtidos no curso da pesquisa exploratória empírica. Reserva-se a primeira subseção para tratar dos desafios da investigação e introduzir os financiadores entrevistados, bem como as perguntas realizadas. Ainda, explica-se a metodologia utilizada para elaborar as entrevistas com os financiadores. Já segunda subseção organiza as informações trazidas nas entrevistas. Por fim, a terceira trata das limitações que os financiadores encontram nas operações de financiamento de litígios no Brasil.

4.1 DA METODOLOGIA

Realizada a contextualização jurídica do financiamento de litígios e das diferentes normas aplicáveis e estruturas utilizadas, trata-se, neste capítulo, das disposições acerca dos arranjos contratuais. Para tanto, foi necessário entrar em contato com financiadores que realizam tais aportes de recursos, de forma a analisar os contratos das operações. Assim, esta seção trata do caminho percorrido e da metodologia utilizada para a realização dessa pesquisa.

De início, a questão da confidencialidade foi um empecilho para a análise, o que impossibilitou acesso aos instrumentos contratuais e aos dispositivos comumente usados. Porém, os financiadores se disponibilizaram a realizar entrevistas, nas quais foi possível fazer perguntas específicas sobre os aspectos contratuais, as preocupações gerais que possuem com as operações e como isso se reflete contratualmente.

Outra peculiaridade encontrada foi que, no Brasil, o financiamento de litígios é focado em créditos de precatórios. Trata-se de direitos creditórios contra pessoas jurídicas de direito público, constituídos por sentenças transitadas em julgado prolatadas no curso de ações judiciais contra entes públicos⁷⁷. São, portanto, créditos mais simples do que aqueles vinculados a um procedimento arbitral ainda em andamento. Esses é o caso de gestores como Jive, Canvase Quadra Capital, além de tesourarias de bancos que aumentaram as negociações desses papéis. Porém, apesar de os precatórios federais serem os mais visados para os investidores, a presente

⁷⁷ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%20c3%a7%20c3%a3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 52.

pesquisa focou em financiadores que se interessam somente em créditos provenientes de processos arbitrais, em razão de sua diferenciação.

Para os fins desta pesquisa, portanto, foi possível entrevistar representantes de cinco empresas de grande porte que financiam litígios arbitrais no Brasil. A baixa atuação de financiadores no país impossibilitou a divisão desses em subgrupos, tendo a sua escolha se dado exclusivamente pela identificação de atuação em financiamentos de controvérsias arbitrais em território nacional.

De forma a preservar a confidencialidade dos financiadores, esses foram nomeados como Financiador 1, Financiador 2, Financiador 3, Financiador 4 e Financiador 5. O Financiador 1 possui sede no Brasil com foco em controvérsias no país, financiando tanto conflitos arbitrais como judiciais. Já os demais financiadores são internacionais, com sede no Peru (Financiador 2), na Inglaterra (Financiadores 3 e 4) e na Holanda (Financiador 5), com foco somente no financiamento de arbitragens. O Financiador 4, embora estrangeiro, pontuou que trabalha no Brasil através de uma parceria estratégica com companhia de financiamento nacional, a qual também não é identificada, para fins de confidencialidade. O Financiador 5, por sua vez, possui bastante interesse nos financiamentos da América Latina e apenas recentemente começou a investir no Brasil.

Os Financiadores 1, 2 e 3 detêm conhecimento a respeito do direito brasileiro – embora se utilizem de escritórios para esclarecer suas dúvidas – e puderam responder às questões específicas sobre o Brasil. Já os Financiadores 4 e 5 não possuem esse conhecimento, focando em responder questões quanto às tutelas contratuais que utilizam em seus arranjos para resguardarem os seus direitos na disputa.

Com isso, foi possível mapear as práticas implementadas por alguns dos principais atores no financiamento de arbitragem. Considerando que tais operações não são práticas disseminadas ou públicas no país, a presente pesquisa é qualitativa e não quantitativa, pretendendo sistematizar as informações apresentadas pelos financiadores.

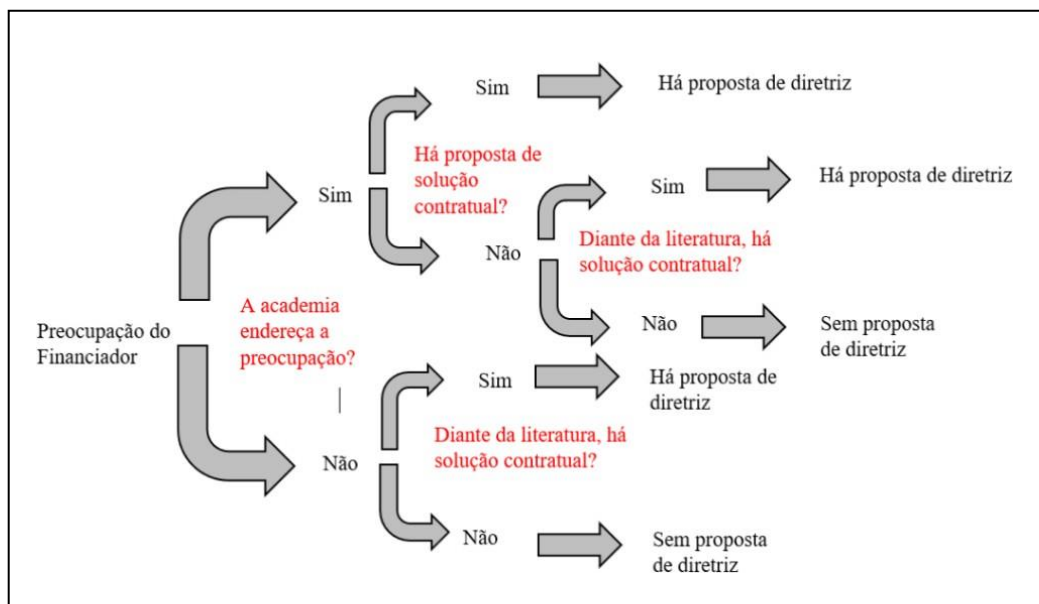
As perguntas foram subdivididas nos seguintes assuntos: (i) aspectos do financiador, (ii) aspectos do contrato de financiamento de litígio e (iii) aspectos da política de investimento dos financiadores. As questões foram estruturadas de modo a verificar o processo do financiamento em si até a elaboração do contrato, focando em questões relacionadas ao dia a dia da operação. As perguntas também se preocuparam em identificar quais são as preocupações dos financiadores no decorrer de suas operações e como isso é refletido no contrato. Por fim, foi questionado se os financiadores entendem que existem limitações no cenário normativo brasileiro. Lista-se nas alíneas e subalíneas a seguir as perguntas formuladas:

- a) aspectos do financiador:
- quais fatores da disputa são levados em consideração, pelos financiadores para decidirem realizar o financiamento?
 - em termos gerais, quais são principais preocupações do financiador?
 - quais são as principais vantagens e riscos, na perspectiva do financiador, para o financiamento de litígios?
- b) aspectos do contrato de financiamento de litígio:
- há alguma limitação na participação que o financiador terá sobre os direitos referentes aos valores da sentença?
 - quais critérios são levados em conta para definir o valor da participação?
 - são tomadas medidas contratuais para mitigar os riscos de perda no que se refere à disputa? quais?
 - os financiadores interferem ou, de alguma forma, possuem gerência na estratégia do caso?
 - qual instrumento contratual vocês entendem ser mais adequado para esses acordos de financiamento? Por quê?
 - há alguma obrigação contratual para com os árbitros?
 - em termos gerais, quais são as obrigações contratuais do financiador?
 - em seu entender, diante das normas legais e regulatórias em vigor, quais são as limitações na elaboração da estrutura de financiamento?
- c) aspectos da política de investimento:
- são recomendadas aos financiadores potenciais demandas para serem financiadas? Ou isso cabe ao critério exclusivo do financiador?
 - em caso positivo, há contato com escritórios/empresas que indicam potenciais demandas que precisam de financiamento?
 - ainda em caso positivo, quais são os critérios para recomendar o financiamento da demanda?
 - há algum tipo de due diligence prévia referente à disputa que será financiada?
 - quais são os valores das disputas? Existem restrições na política de financiamento referentes a esses?

- quais são as matérias das disputas? Existem restrições referentes a essas em sua política de investimento?

A partir da análise da literatura e das discussões e pontos entendidos como relevantes nas entrevistas dos financiadores, foi possível realizar um enquadramento em "preocupações", com o intuito de entender a possibilidade de realizar as diretrizes contratuais ao final do presente trabalho, conforme a Figura 1:

Figura 1: Diretrizes diante das preocupações evidenciadas pelos financiadores



Fonte: Elaboração da autora.

Conforme demonstrado no esquema acima, o foco da dissertação é endereçar as preocupações dos financiadores a partir de boas práticas contratuais. Considerando essas premissas, o primeiro passo para a elaboração das diretrizes foi verificar se as preocupações dos financiadores são, de alguma forma, tratadas pela literatura. Em um segundo momento, analisou-se, quando não há um tratamento específico, se seria possível, diante do que foi exposto nas entrevistas, criar uma diretriz para a preocupação. Assim, as seções 4.2 e 4.3 discutem todos os dados coletados durante as entrevistas e, em seguida, o capítulo 5 os subdivide em preocupações, com as respectivas recomendações de boas práticas.

4.2 DA OPERAÇÃO DO FINANCIAMENTO

Como já introduzido, a presente subseção organiza os dados coletados nas entrevistas. Os entrevistados foram questionados sobre todo o curso do financiamento, desde o primeiro contato entre o financiador e o financiado, até a decisão por financiar. Tais pontos são tratados nas seções 4.2.1 e 4.2.2. Em seguida, aborda-se como o financiamento é operacionalizado tanto para a obtenção do capital quanto contratualmente. Essas questões estão elucidadas nas seções 4.2.3 a 4.2.6.

4.2.1 Do início da operação

O primeiro passo para a realização do financiamento de litígios é o contato entre o financiador e o financiado. As entrevistas revelaram que, no Brasil, tal relação ainda ocorre principalmente com escritórios de advocacia e, raramente, pelo contato do próprio financiado. Isto é: os escritórios de advocacia, já tendo conhecimento da atuação de determinado financiador, os procuram com a recomendação de financiamento para determinada disputa.

Nesse ponto, é uma grande preocupação dos financiadores, principalmente os internacionais, fazer-se conhecer em escritórios de advocacia. O Financiador 4 estabeleceu uma parceria estratégica com um financiador local, enquanto o Financiador 5 possui contato com advogados nacionais. Por outro lado, os Financiadores 3 e 2, que também não são sediados no Brasil, informaram que tentam participar de eventos ou atender a palestras em escritórios renomados pela sua experiência com arbitragem. Isso tudo se dá com a intenção de que, eventualmente, os escritórios entrem em contato com eles para indicar demanda a ser financiada.

Esse ponto foi inclusive enfatizado pelo Financiador 3, que mencionou especificamente a importância de escolher escritórios de advocacia com o intuito de serem recomendados para potenciais financiamentos. Nota-se que tal postura também é evidenciada por grandes financiadores como a Burford Capital e a Juridica Capital Management, em que cerca de 60% dos seus investimentos são aconselhados por escritórios de advocacia⁷⁸. Nesse aspecto, revelou-se um interesse dos financiadores em estabelecer possível parceria com determinados escritórios com foco em arbitragens, justamente com o objetivo de iniciar o primeiro contato com a demanda a ser financiada.

⁷⁸ SCHANER, Lawrence S. Third Party Litigation Funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 32, p. 175-187, 2012. p. 2.

4.2.2 Da decisão por financiar

Feito o primeiro contato, cabe ao financiador iniciar um processo de análise da disputa, de modo a verificar se o financiamento é ou não interessante. Conforme as entrevistas, foi possível entender que são analisados os seguintes fatores: (i) o valor da causa; (ii) as partes envolvidas na controvérsia; (iii) o mérito e a natureza da controvérsia; (iv) o estágio do procedimento; (v) quem são os indivíduos que atuam no caso (os árbitros, os assistentes técnicos e os advogados das partes); (vi) a possibilidade de acordo; (vii) a jurisdição da arbitragem e (viii) a jurisdição em que os ativos da contraparte estão. Alguns desses fatores foram mais destacados que os demais.

O primeiro fator considerado é o valor da disputa, pois, dentro da política de investimentos dos financiadores, são estabelecidos valores mínimos e até máximos das causas a serem financiadas⁷⁹. Tal limitação se relaciona às estruturas utilizadas para o financiamento e aos valores disponíveis para o investimento, considerando que causas com valores maiores precisarão de um investimento maior. A esse respeito, o Financiador 5 também informou que o valor do investimento é calculado de forma a manter a disputa economicamente rentável.

Sobre as estruturas de financiamento no Brasil, todos os financiamentos ocorrem por meio da estruturação de um FIDC-NP. Nesse sentido, os valores de financiamento variam a depender dos parâmetros de investimento de cada fundo. No caso de demandas com valor muito baixo, o capital investido no FIDC-NP fica pulverizado, de forma que não seria interessante realizar o investimento. Por outro lado, no caso daquelas que requerem um investimento alto, torna-se necessário colocar mais capital no fundo para a realização do investimento. Por essa razão, a depender do fundo estruturado para a realização do financiamento, os parâmetros se alteram.

O Financiador 1 esclareceu que estruturou dois fundos para a realização dos seus investimentos, sendo que um deles possui capital interno, e outro, investimento externo. Dessa forma, a depender do fundo que realizará o financiamento, a limitação quanto ao valor da causa se altera. Nesse ponto, o Financiador 3 informou que, nos casos em que as causas ultrapassam o limite estabelecido pelo fundo, há a possibilidade de seguir com o financiamento mediante a permissão dos quotistas ou por meio da criação de outro fundo.

⁷⁹ O Financiador 1 informou que não financia casos abaixo de R\$ 4 milhões ou com valores muito acima disso, não apresentando um teto máximo em específico. Já o Financiador 3 afirmou que o valor da causa mínimo deve corresponder a R\$ 10 milhões, enquanto o máximo é R\$ 50 milhões. Há também limites relativos: o Financiador 4 informou que o valor da causa deve ser até 10 vezes o seu investimento, enquanto o Financiador 5 informou que financia cerca de 10% do valor da causa.

A rentabilidade mencionada pelo Financiador 5 é averiguada pela proporção entre o valor da causa (realístico) e o montante requerido para financiamento. O propósito é verificar se o valor de eventual sentença condenatória será destinado apenas ao financiador e aos advogados, de forma a não restar valor ao financiado. É importante, na visão do Financiador 5, que o financiado receba uma parte do valor da sentença. Em vista disso, entendem ser estratégico manter um financiamento ao redor de 10% do valor da causa.

Outro fator a ser analisado diz respeito as partes envolvidas na controvérsia. Quanto a isso, foi possível identificar uma diferença entre o Financiador 1 e os demais. Enquanto esse foca sua análise na parte que será financiada, os outros olham para a contraparte da arbitragem.

Assim, o Financiador 1 averigua a possibilidade de o financiado ceder o seu crédito, a situação financeira da empresa e se existem dívidas, principalmente de natureza trabalhista e tributária, ou se há algum registro de inadimplência do financiado. Para tanto, faz-se primeiramente uma análise superficial em sites da empresa, procurando se há alguma *red flag* que impossibilitaria o financiamento. Em um segundo momento, após a realização de proposta de investimento não vinculante, solicita-se certidões, documentações da estrutura societária do financiado, balanço patrimonial e eventuais documentos dos sócios da companhia, com o objetivo de realizar uma análise mais extensa e que resultará no contrato da transação.

O Financiador 4 também informou que é feita uma checagem quanto à capacidade de confiança que pode ser depositada no financiado, em razão de possível assimetria de informações entre o financiado e o financiador no que se refere à disputa, sendo a confiança uma característica muito importante na operação. Não é interessante, por exemplo, financiar uma parte envolvida em escândalos de corrupção, na operação Lava Jato⁸⁰ ou em qualquer possível questão antiética.

A análise da capacidade financeira do financiado também é levada em consideração na análise da sua confiança. O Financiador 4, nesse sentido, informou que, se no decorrer de sua análise for possível verificar que o financiado possui recursos suficientes para financiar a disputa, e mesmo assim está solicitando financiamento, muito provavelmente há alguma questão problemática no mérito ou nos fatos da controvérsia. Esse fator é considerado uma *orange flag*, que pode interferir na escolha por financiar ou não.

⁸⁰ A operação Lava Jato foi um conjunto de investigações, iniciadas em 2014 e realizadas pela Polícia Federal, com o objetivo de combater a corrupção e a lavagem de dinheiro no Brasil. (BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: entenda o caso*. [Brasília, 2021]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 13 out. 2021).

Por outro lado, há a análise da contraparte, isto é, aquela que eventualmente pagará o valor da sentença arbitral condenatória ao financiado. Essa foca principalmente na sua capacidade financeira, liquidez e nos ativos que possui (e em quais jurisdições).

Embora esse aspecto também seja analisado pelo Financiador 1, nota-se que ele possui um foco maior em verificar a capacidade do financiado de ceder o crédito e se há algum aspecto financeiro relevante – como eventual insolvência, dívidas fiscais e trabalhistas ou a necessidade de outorga para a realização da cessão do crédito. De toda forma, a situação financeira da contraparte também é objeto de análise.

Outros pontos também são analisados, como (i) o mérito e a natureza da controvérsia, (ii) o estágio do procedimento, (iii) quem atua no caso (os árbitros, os assistentes técnicos, os advogados das partes) e (iv) a possibilidade de acordo. Os Financiadores 2, 3, 4 e 5 informaram que analisam também a jurisdição da arbitragem e a jurisdição em que os ativos da contraparte estão, assim como se nessa jurisdição existem riscos para executar o contrato de financiamento, a fim de subsidiar eventual execução de bens. Isso se dá porque financiam controvérsias em diversos países.

Em termos gerais, a análise do risco do financiamento pode ser dividida em dois subgrupos, sendo esses (i) o risco de decisão e (ii) o risco de execução. O risco de decisão corresponde à coerência jurídica da causa, à lei aplicável, à jurisdição da arbitragem, aos advogados envolvidos, aos árbitros, à câmara de arbitragem e quaisquer outros aspectos que podem estar vinculados a uma decisão negativa.

Já o risco de execução se refere essencialmente a avaliar o quão sã a contraparte é financeiramente, se há liquidez, se no momento do pagamento do crédito haverá caixa disponível e eventuais chances de acordo ou de execução forçada. Fora o valor da causa, nenhum dos financiadores informou se há uma política na empresa que impeça o financiamento diante da escolha por determinada câmara, da lei aplicável ou de outros aspectos da controvérsia, embora isso impacte a decisão final pelo financiamento e seu valor.

Os Financiadores 2, 3, 4 e 5 também informaram que contratam escritórios locais para verificarem se o mérito da ação é bom ou ruim e qual a possibilidade de ganho da causa. O Financiador 4, nesse sentido, informou que sua parceria estratégica com financiador nacional tem justamente o propósito de auxiliar na análise de pontos que fogem de sua *expertise*. Isso, de toda forma, não exclui a análise realizada pelo próprio financiador.

O Financiador 3, por sua vez, informou que faz uma análise *prima facie* do caso, verificando se os argumentos a serem utilizados têm sentido lógico, assim como analisa também as provas que a parte detém para comprovar o seu direito. Quanto a isso, o Financiador 2

informou uma preocupação em criar uma inteligência interna dentro da própria empresa de financiamento a respeito do mérito da controvérsia, com base em casos passados já financiados, criando uma base de dados para mensurar as chances de êxito de determinado argumento.

A matéria da controvérsia foi ressaltada como empecilho ao financiamento para os Financiadores 3 e 4, que informaram que, diante de sua política de investimento, não investem em causas de danos físicos ou direito de família. No que se refere ao Financiador 4, há também um empecilho a controvérsias de direito do consumidor e negligência médica.

Para os demais, não há nada em sua política de investimento que trate da matéria da disputa. Porém, afirmaram de forma positiva que o mercado de financiamento de litígios está começando a criar nichos de investimentos, nos quais algumas empresas vão se especializar em só financiar determinada matéria.

Como já exposto, todos os demais aspectos, embora não vedem o investimento, entram como um fator para a precificação da operação. Isso porque, uma vez realizada toda essa análise e coletados todos os dados necessários, esses aspectos são colocados dentro de uma matriz em que se precifica o valor do financiamento, partindo-se da premissa de que todos os riscos calculados encarecem a operação. Obtido o preço, a proposta e a análise são levadas ao comitê de investimento dos financiadores e, com a aprovação, há uma proposta ao financiado.

4.2.3 Da estrutura do financiamento

A estrutura do financiamento diz respeito ao mecanismo utilizado para obtenção de recursos para tal. Ao tratar desse tema, todos os financiadores entrevistados informaram que, no Brasil, esses são operacionalizados no âmbito do mercado de capitais pela constituição de um FIDC-NP. Sabe-se que o mercado de capitais possibilita a transição de recursos entre aquele que detém capital àquele que requer um financiamento⁸¹ e, nesse sentido, o FIDC ganhou amplo destaque em razão da possibilidade de junção e consolidação de patrimônios pertencentes a investidores distintos em um único canal de investimento⁸².

O instituto do FIDC-NP surge como um desdobramento do FIDC, considerando a necessidade de permitir que “os fundos de direitos creditórios adquiram créditos ainda não

⁸¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais *apud* DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. *Fundos de investimentos no direito brasileiro: aspectos tributários e questões controversas em matéria fiscal*. 2. ed. São Paulo: Almedina. p. 19.

⁸² DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. *Fundos de investimentos no direito brasileiro: aspectos tributários e questões controversas em matéria fiscal*. 2. ed. São Paulo: Almedina. p. 20.

constituídos, ou condicionais, bem como de outras categorias de direitos creditórios que apresentem características diferenciadas em relação aos direitos creditórios”⁸³, conforme o artigo 2º, I da Instrução nº 356 da CVM (ICVM 356), de 2001, que regulamenta a constituição e funcionamento de fundos de direitos creditórios.

Em 2005 a CVM elaborou audiência pública com o intuito de alterar a instrução sobre o registro de companhia aberta para securitizadoras de créditos imobiliários e sobre a oferta pública de distribuição de Certificados de Recebíveis Imobiliários⁸⁴. Em virtude das sugestões apresentadas pelo público, a CVM deliberou por suspender a análise das modificações sugeridas. Isso porque, dentre outras razões, constatou-se a necessidade de permitir a aquisição de direitos creditórios ainda não constituídos, ou condicionados, os quais possuíam uma diferenciação de riscos comparada aos créditos usualmente utilizados pelos FIDC, formulando, assim, a categoria de FIDC-NP⁸⁵.

A principal diferença entre o FIDC e o FIDC-NP é o direito creditório em questão. No primeiro caso, os direitos creditórios são gerados de uma operação realizada em determinado segmento do mercado, qual seja, o financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil ou prestação de serviços. Já no segundo, o direito creditório demanda do investidor uma análise mais aprofundada de aspectos jurídicos (por exemplo, a validade jurídica da cessão para o fundo), bem como de aspectos operacionais. Por assim dizer, o segundo campo de direitos creditórios apresenta riscos de natureza operacional como também jurídica, exigindo do investidor mais do que a *expertise* financeira⁸⁶.

Como já exposto anteriormente, o FIDC-NP é regulado pela ICVM 444 e pela ICVM 356, sendo a primeira que o regula em específico. Nos termos da ICVM 444 (artigo 1º, inciso III), considera-se um FIDC-NP aquele em que a política de investimento permita a realização de aplicações, em quaisquer percentuais de seu patrimônio líquido, em direitos creditórios, "que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia"⁸⁷.

⁸³ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Audiência Pública SDM 04/06*. [S. l., 2006]. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2006/sdm0406.html. Acesso em: 13 out. 2021.

⁸⁴ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Edital de audiência pública nº 01/2005*. Rio de Janeiro, 30 dez. 2004. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2005/sdm0105-edital.doc. Acesso em: 13 out. 2021.

⁸⁵ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Audiência Pública SDM 04/06*. [S. l., 2006]. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2006/sdm0406.html. Acesso em: 13 out. 2021.

⁸⁶ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Audiência Pública SDM 04/06*. [S. l., 2006]. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2006/sdm0406.html. Acesso em: 13 out. 2021.

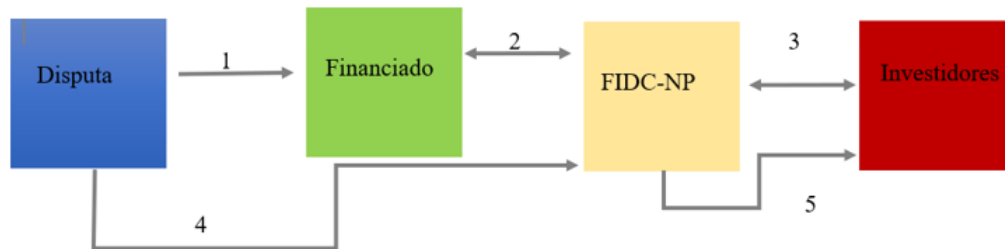
⁸⁷ É a transcrição completa do artigo 1º:

“I – que estejam vencidos e pendentes de pagamento quando de sua cessão para o fundo;

Tratando do caso em específico dos financiamentos de litígios, o objetivo da constituição de um FIDC-NP é obter o financiamento através da securitização⁸⁸ de recebíveis que ainda não estão constituídos. Embora não seja o foco da presente dissertação, é importante explicar, em termos simples, como é estruturada a operação de financiamento no Brasil.

Primeiramente, determinada empresa possui um possível crédito decorrente de uma disputa, que gerará futuro e possível direito creditório. O FIDC-NP adquire esses direitos creditórios, compondo uma carteira com lastro em tais títulos e, em seguida, obtém recursos com a sua emissão no mercado de capitais. Os investidores são aqueles que compram os títulos emitidos pelo FIDC-NP⁸⁹. Em termos práticos, o financiamento ocorre conforme a Figura 2:

Figura 2: Estrutura do FIDC-NP



Fonte: Elaboração da autora.

Assim, as etapas do processo são as seguintes: (1) o financiado possui uma disputa, a qual gerará um crédito a receber – não há ainda crédito constituído, mas somente a possibilidade de sua constituição; (2) o financiado oferece o seu crédito futuro a um FIDC-NP; (3) o FIDC-NP emite valores mobiliários lastreados em tais créditos futuros, sendo esses valores adquiridos

II – decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações;

III – que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia;

IV – cuja constituição ou validade jurídica da cessão para o FIDC seja considerada um fator preponderante de risco;

V – originados de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial;

VI – de existência futura e montante desconhecido, desde que emergentes de relações já constituídas; e

VII – de natureza diversa, não enquadráveis no disposto no inciso I do art. 2º da Instrução CVM nº 356, de 17 de dezembro de 2001” (grifo nosso)

⁸⁸ "A securitização de recebíveis, por sua vez, é outra possibilidade de estrutura de financiamento para os empresários que necessitam de recursos para o seu negócio, não como o empréstimo bancário convencional ou a operação de *factoring*, mas com a venda de seus ativos para lastrear emissões de valores mobiliários. A securitização está atrelada à ideia de se buscar financiamentos outros que não os do sistema bancário (desintermediação financeira)"(CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. *Factoring e Securitização de recebíveis mercantis. Revista de Direito Mercantil*, [s. l.], n. 166/167, p. 45-71, 16 jan. 2016. p. 50).j

⁸⁹ Art. 4º da ICVM 444: “[o]s fundos regulados por esta Instrução somente poderão receber aplicações, bem como ter cotas negociadas em mercado secundário, quando o subscritor ou o adquirente das cotas for investidor profissional, conforme definido em regulamentação específica”.

pelos investidores; (4) caso ocorra a constituição do crédito, o crédito é repassado para o FIDC-NP, e (5) nesse momento, o FIDC-NP, em posse do crédito cedido, repassa para os investidores os recursos oriundos da sentença da disputa.

Ressalta-se que o investidor deve ser do tipo profissional, possuindo mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) de reais em investimentos aplicados no mercado financeiro e atestando essa condição por escrito. Isso se dá em razão da complexidade dos títulos, que muitas vezes vão requerer a assessoria de advogados para analisar o risco do portfólio⁹⁰.

A constituição de um FIDC-NP é deliberada pelo seu administrador, a quem cabe aprovar o regulamento do fundo. O regulamento descreve todas as características, bem como as cotas que serão emitidas, dando todas as diretrizes do que será financiado. Tal ponto foi explicitado durante as entrevistas conduzidas para esta dissertação. Os entrevistados pontuaram que o regulamento do fundo estabelece um teto máximo e mínimo para o valor de financiamento, o que afeta diretamente valor mínimo e máximo da causa a ser financiada.

Além disso, o tempo de duração do fundo também interfere na decisão. Considerando a morosidade do judiciário brasileiro, dificilmente um fundo de duração curta financiará disputas judiciais. De igual modo, o regulamento do fundo também poderia condicionar a natureza das disputas que seriam financiadas – embora tal não tenha sido mencionado durante as entrevistas, sendo, portanto, incomum até o momento.

Em conclusão, o FIDC-NP é, em regra, utilizado pelos financiadores para a obtenção dos recursos para o financiamento. Fora os valores das causas, não possui uma verdadeira influência na escolha do financiador por financiar determinada demanda.

4.2.4 Do arranjo contratual utilizado

O arranjo contratual é a escolha do modelo a ser utilizado pelas partes, determinando, portanto, como serão reguladas as operações. Conforme elucidado anteriormente, através de análise da literatura sobre o tema, existem diversas formas para a realização do financiamento. Há um consenso doutrinário de que o contrato de cessão de crédito é adequado para a operação, discutindo-se também a possibilidade de constituição de sociedade em conta de participação ou da cessão fiduciária de crédito. Durante as entrevistas, todos os financiadores entrevistados, no

⁹⁰ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 30.

entanto, informaram que se utilizam da cessão de crédito futuro em casos de financiamento – quando não há a compra integral do crédito⁹¹.

Quando questionados do porquê da utilização dessa figura e não da estruturação de outra forma contratual, a resposta foi de ordem prática: a figura do financiamento é ainda muito incipiente no Brasil, o que traz uma insegurança para operação. Assim, a transparência e a simplicidade do instrumento de cessão de crédito futuro o tornaram mais atrativo.

Ao tratarem da possível adequação da sociedade em conta de participação, salientaram que o aspecto do sócio oculto poderia trazer questionamentos ou inseguranças, principalmente em relação à contraparte da arbitragem ou aos membros do tribunal arbitral, que poderiam questionar quem seria o financiador. A cessão fiduciária, por sua vez, requer o registro do contrato em cartório, o que, além de causar uma dificuldade operacional, traria publicidade ao financiamento, tornando-o desinteressante aos financiadores.

Assim, em razão da pouca disseminação de tais operações, os financiadores escolheram um modelo prático e transparente. Os financiadores estrangeiros, em especial, apenas informaram que questionaram escritórios de advocacia brasileiros ou outros membros do mercado sobre qual seria o instrumento adequado para a operação no Brasil, sendo recomendada a utilização do contrato de cessão de crédito futuro.

No decorrer das entrevistas, notou-se que uma preocupação do Financiador 1 é o receio de ser entendido como parte do procedimento arbitral, principalmente no que se refere ao financiamento de causas arbitrais. Não há nenhuma restrição na política de investimentos do financiador que o impeça em atuar como parte nas causas que vão financiar. Porém, informaram que tais casos só ocorrem quando há a compra integral do crédito em controvérsias judiciais. Nesses, há a substituição processual do cedente pelo financiador⁹².

Na arbitragem, porém, o Financiador 1 entende não ser seguro a atuação como parte, em razão do entendimento de que as cláusulas arbitrais são de natureza personalíssima, sendo imprescindível, para instituição da arbitragem, a vontade livre e desimpedida das partes para contratar essa obrigação de natureza processual, mostrando-se indevida a extensão da cláusula a partes não signatárias. Assim, seguindo pela estratégia de segurança (*play safe*⁹³), não é interessante utilizar um arranjo contratual que altere a parte do procedimento arbitral, como a cessão de posição contratual.

⁹¹ Nos casos em que há a compra integral do crédito, há a cessão de posição contratual.

⁹² Esse tipo de operação foi suscitado principalmente nas entrevistas com os Financiadores 1 e 3.

⁹³ Trata-se de estratégia comercial de escolher a opção mais segura.

Ao ver do Financiador 1, a cessão de posição contratual geraria uma problematização desnecessária do crédito, podendo resultar em eventual discussão de ilegitimidade do financiador e pedido de anulação da sentença, questões que prejudicariam ou atrasariam recebimento do crédito. Assim, tais arranjos não são utilizados pelos financiadores. Importante também ressaltar que a preocupação de não ser visto como parte, mas meramente como um terceiro que possui direitos em relação a uma parte da arbitragem, percorre outros aspectos do contrato, como as obrigações do financiador – vistas na próxima seção.

4.2.5 Das obrigações do financiador

Esta subseção aborda o que os financiadores alocam, normalmente, como suas obrigações nos contratos de financiamento. Os financiadores deixaram claro não há um contrato padrão de financiamento de litígios, sendo que todos os arranjos possuem peculiaridades próprias em razão das diversas variáveis que circunscrevem a operação e a análise realizada na *due diligence*; isso reflete nas obrigações que o financiador irá assumir. Logo, é sempre imprescindível que o financiador verifique caso a caso se o dispositivo sugerido se adequa à sua operação de investimento.

De toda forma, os financiadores identificaram duas obrigações que são corriqueiras em suas operações: (i) o dever da transferência de recursos do financiado ao financiador – sendo que a forma como o investimento será realizado sofre alterações – e (ii) o dever de confidencialidade de todo o material analisado.

Foram ainda levantados alguns pontos nas entrevistas com financiadores internacionais que não são evidenciados nos contratos brasileiros. A título de exemplificação, questões como a obrigação de (i) pagamento de sucumbência, (ii) de pagamento a eventual condenação por *security costs* ou (iii) da necessidade de contratação de seguros *After The Event* (ATE) são discutidas, com frequência, pelos Financiadores 2, 3, 4 e 5. Por outro lado, esses pontos não foram levantados na entrevista realizada com o Financiador 1, nacional. A partir dessa coleta de dados, foi possível concluir que, diante da incipiência do mercado brasileiro de financiamento de litígios, os contratos brasileiros apresentam estruturas contratuais mais simples, havendo ainda bastante espaço de desenvolvimento.

Dito isso, a seguir são exploradas todas as obrigações identificadas nas entrevistas, isto é, tanto aquelas previstas nos contratos com o investidor nacional, quanto às identificadas pelos financiadores estrangeiros.

4.2.5.1 Pagamento dos custos

A obrigação mais evidente do financiador é a do pagamento dos custos decorrentes da arbitragem. Para tanto, são inseridas no contrato diversas declarações quanto à condição financeira do financiador e a sua habilidade de realizar o investimento. Além disso, é importante estabelecer que o montante oferecido pelo financiador deve ser destinado ao pagamento dos custos do procedimento arbitral.

Para isso, o financiador normalmente estabelece um parâmetro de capital que será comprometido para a demanda. A análise desse montante já é realizada no início da operação, em que será verificada as características da demanda, seu status atual, a expectativa de duração do processo, as taxas administrativas da câmara em que a arbitragem será instituída e uma perspectiva dos honorários dos árbitros. A partir disso, estabelece-se a obrigação do financiador até o limite determinado.

Nesse aspecto, o Financiador 1 afirmou que, em suas operações, raramente o limite é excedido. Porém, inclui-se nas cláusulas do contrato a possibilidade de as partes contratarem um aditivo, deixando aberta a possibilidade de aumentar o valor do capital para o financiamento. Já os demais entrevistados incluem uma cláusula estabelecendo que, uma vez excedido o capital comprometido, há a possibilidade – e nunca a obrigação – de o financiador investir mais recursos na disputa.

Ainda, há a opção de os financiadores limitarem determinados valores aos riscos identificados no processo. O Financiador 5, inclusive, entende que uma das melhores formas de mitigar os danos seria verificar, durante a *due diligence*, as principais discussões da disputa e vincular partes do financiamento à superação dessas discussões.

Ou seja, quando realizada a diligência inicial e havendo concordância em financiar a demanda, pode-se incluir que parte do pagamento só será realizado se determinada condição for atingida. Tal estratégia foi chamada pelo Financiador 5 de *phased approach*. Por exemplo, se na fase de diligência é possível identificar a possibilidade de discussão quanto à jurisdição da arbitragem, o financiador pode estabelecer que, caso isso ocorra, o financiamento ocorrerá em duas parcelas condicionais – nas questões jurisdicionais, pode haver o financiamento de 10% do valor comprometido, e somente se as discussões passarem por essa fase e atingirem o mérito, o restante será financiado. Caso contrário, não haverá mais investimento na demanda.

Outro exemplo, revelado também durante a entrevista do Financiador 5, refere-se a pedidos ilíquidos. Esse seria o caso de o financiador querer contratar um perito para a liquidação

dos danos – feito às custas próprias – e, caso o resultado da perícia não seja aceitável, aquele estaria desvinculado de continuar o investimento no procedimento arbitral.

Assim, é importante identificar possíveis riscos quanto à estratégia do caso na diligência inicial, condicionando a oferta do financiamento a esses. A partir disso, há uma garantia que o financiador não perderá por completo o seu investimento.

4.2.5.2 Obrigação referente ao pagamento da sucumbência

À exceção do Financiador 1, os demais informaram que é comum em seus contratos a inclusão de cláusula de *adverse costs*⁹⁴, em que o financiador contrata se ele será ou não responsável pelos custos de eventual sucumbência. Nesse aspecto, a literatura brasileira entende que esses são de responsabilidade do detentor do direito material⁹⁵ – portanto, se na operação de financiamento há a manutenção da titularidade do direito material pelo financiado e, por consequência, não há alteração dos participantes da lide, logicamente, não há a responsabilização do financiador pelo pagamento de eventual sucumbência.

O artigo 421 do Código Civil (2002) garante, no entanto, que as partes são livres para contratar "nos limites da função social do contrato", não havendo, portanto, nada que impeça que elenquem o financiador como aquele responsável pelo pagamento dos custos da sucumbência. De toda forma, as operações de financiamento de litígios e o mercado no Brasil ainda estão em desenvolvimento. Isso acarreta a preocupação, evidenciada pelo Financiador 1, de o tribunal arbitral ou de o judiciário problematizar o crédito, de forma que é preferível sempre seguir a estratégia que aqui foi nomeada de *play safe*.

Para esses casos, considerando a natureza jurídica da sucumbência, existem duas soluções contratuais: (i) responsabilizar o financiado pelos custos da sucumbência ou (ii) incluir no contrato que a obrigação de pagamento da sucumbência pelo financiador não deve ser entendida como alteração do detentor do direito material. Foi ainda levantado pelo Financiador 5 que, embora não seja uma obrigação contratual, é estratégica a contratação de um seguro ATE, com o intuito de mitigar os riscos do pagamento de sucumbência. Esse ponto é mais bem detalhado na seção a seguir.

⁹⁴ *Adverse costs* se referem aos custos com sucumbência.

⁹⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 156-161.

4.2.5.3 Obrigação de contratar seguro ATE

Os seguros ATE não são comuns no Brasil, mas foram pauta constante nas entrevistas com os financiadores internacionais. Eles cobrem os custos de sucumbência, podendo também cobrir custos legais e quaisquer despesas oriundas de uma disputa. Tal mercado se desenvolveu na Inglaterra e no país de Gales em 1995, sendo muito comum em arbitragens internacionais.

As apólices de seguro pós-evento são normalmente obtidas pelos requerentes de uma disputada, muito embora estejam também disponíveis para os requeridos. O seguro protege o tomador da apólice dos riscos de pagar os custos legais da sua contraparte, como também pode cobrir os custos legais do próprio tomador do seguro até determinado limite ou porcentagem. Como o próprio nome sugere, a apólice de seguro ocorre após o evento que ensejou a disputa tenha ocorrido⁹⁶. (tradução nossa)

Nos casos em que as partes contratam os custos de sucumbência, é extremamente interessante a contratação do seguro ATE, que serve como mecanismo de mitigação de danos caso haja uma sentença desfavorável. Os financiadores internacionais, nesse sentido, discorrem em suas operações a respeito da contratação desse seguro. Sua importância é tamanha que o Financiador 5 inclui no seu pacote de financiamento sua contratação⁹⁷. Ainda, informou que, caso seja o financiador o responsável pelos *adverse costs*, o que ensejaria a contratação do seguro ATE, eventuais custos com o seguro são repassados ao financiado contratualmente.

Não há literatura brasileira que trate da natureza jurídica dos seguros ATE. Porém, pode-se supor que, uma vez que a obrigação de pagamento da sucumbência é dever do detentor do direito material da causa, apenas esse teria interesse na contratação desse seguro. Assim, seguindo a estratégia do *play safe*, quaisquer custos relacionados ao pagamento da sucumbência ou até mesmo com eventuais estratégias para mitigar o risco de seu pagamento – qual seja, um seguro ATE – não devem ser alocados ao financiador, sem, ao menos, cláusula específica que determine que isso não deve ser interpretado como assunção do direito material.

⁹⁶ No original em inglês: “*After-the-event insurance policies are typically obtained by claimants, but are also available for respondents.*”⁽²⁹⁵⁾ *They protect the policyholder against the risk of having to pay its opponent’s legal cost, and may also cover the policyholder’s own costs reasonably incurred in pursuing the case, be it in total or up to a certain percentage or cap. The insurer is entitled to an insurance premium set in relation to the amount of costs thereby insured. As its name suggests, the after-the-event insurance policy is concluded after the event giving rise to the legal dispute has occurred.*” (GOELER, Jonas von. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. [S. l.]: International Arbitration Law, 2016. v. 35. p. 53).

⁹⁷ OMNI BRIDGEWAY. *How law firms and insurers can use dispute finance to maximize recoveries*. [S. l.], 09 set. 2020. Disponível em: <https://omnibridgetway.com/insights/blog/blog-posts/global/2020/09/09/how-law-firms-and-insurers-can-use-dispute-finance-to-maximize-recoveries>. Acesso em: 07 out. 2021.

4.2.5.4 Obrigação de arcar com condenação de pedido de *security for costs*

O *security for costs* é uma medida de urgência normalmente utilizada em favor da parte requerida de um procedimento arbitral, sendo uma garantia de ressarcimento das custas. Isso pois, enquanto o requerente pôde analisar os custos de determinada demanda antes de efetivamente tomar a decisão por iniciar o procedimento – verificando se economicamente fazia sentido ingressar ou não com a disputa arbitral – a parte requerida não tem tal opção, podendo escolher apenas entre arcar com os custos da litigância, garantindo sua defesa, ou tomar uma postura de revel⁹⁸.

Assim, diante de determinados critérios, a parte requerida pode realizar um pedido de *security for costs*, em que o requerente deverá apresentar em juízo valor que garantirá os custos e as despesas para a realização do procedimento arbitral. Esses custos podem abarcar as taxas administrativas da câmara, os honorários dos árbitros, os custos com audiência e as verbas de sucumbência⁹⁹. O valor da garantia dependerá da discriminação que o solicitante do pedido de *security for costs* realiza ao estabelecer o montante que deve ser garantido

Nesse ponto, vale ressaltar que os procedimentos arbitrais são suspensos ou até mesmo extintos se, uma vez concedido o pedido de *security for costs*, a garantia não for prestada¹⁰⁰. É razoável, portanto, entender que seria do interesse do financiador garantir os custos solicitados para que a demanda consiga perseguir o seu curso natural.

Tal interesse foi evidenciado na entrevista do Financiador 5, que informou que não só existe o interesse como estão felizes em arcar com os custos, com o propósito de evitar a suspensão do procedimento. De toda forma, se tais custos incluírem o valor de eventual condenação à sucumbência, entende-se que o mais seguro seria que esse seja prestado pelo financiado, ou que haja declaração expressa no contrato de que eventual pagamento de pedido de *security for costs* não altera o detentor do direito material.

⁹⁸ COLBRAN, Stephen. Security for costs of arbitration proceedings in England, New Zealand and Australia. *Arbitration International*, [s. l.]: Oxford, v. 9, n. 1, p. 85-96, mar. 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/arbitration/9.1.85>. Acesso em: 18 out. 2021. p. 85

⁹⁹ GOELER, Jonas von. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. [S. l.]: International Arbitration Law, 2016. v. 35. p. 333.

¹⁰⁰ GOELER, Jonas von. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. [S. l.]: International Arbitration Law, 2016. v. 35. p. 333.

4.2.5.5 Considerações sobre resolução do contrato

Operada a resolução, o artigo 475 do Código Civil (2002) estabelece que “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Produzem-se os efeitos liberatório (das obrigações não executadas, ocorrendo a dispensa das partes de presta-las), restitutivo (ao permitir que o contratante recupere o valor ofertado) e indenizatório (há possibilidade de pleitear perdas e danos)¹⁰¹. Assim, o financiador pode requerer a devolução do valor já financiado.

Uma hipótese de resolução levantada durante as entrevistas foi o preenchimento de cláusulas de *material adverse change*, que tratam do direito do financiador de interromper o pagamento dos custos da demanda mesmo após indícios de que essa será perdida. Em geral, tal disposição é comum em contratos de fusões e aquisições, permitindo que o adquirente da empresa rescinda o contrato e não conclua a operação na hipótese de alteração relevante na empresa objeto da aquisição, que a impacte negativamente¹⁰².

No caso do financiamento de litígios, essa cláusula se operacionaliza da seguinte forma: identificadas circunstâncias em que se possa verificar a perda da disputa, o financiador poderá se desobrigar de continuar patrocinando a causa. É o caso quando, por exemplo, o financiador descobre documento ou testemunha que revele que o pedido do financiado não possui fundamento jurídico somente após a celebração do contrato¹⁰³.

Tal dispositivo foi revelado apenas nas operações dos Financiadores 3 e 5. O primeiro informou que, em suas operações, a cláusula determina usualmente que o financiador e o financiado devem escolher um terceiro independente para verificar a ocorrência de fato que aumente consideravelmente o risco de perda da demanda. Não há tal critério na estrutura contratual do Financiador 5. Sobre o assunto, esse revelou que as cláusulas de *material adverse change* também incluem mudanças drásticas na estratégia do caso e na situação financeira da parte contrária do procedimento arbitral, caso ocorra uma deterioração significativa de seus recursos, de modo que não consiga pagar a sentença condenatória.

¹⁰¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo. *civilistica.com: revista eletrônica de direito civil*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 1-22, 09 maio 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/507>. Acesso em: 18 out. 2021. p. 6.

¹⁰² ADAMS, Kenneth. A legal usage analysis of material adverse change provision. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, [s. l.], v. 10, n. 1, 2004. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol10/iss1/2/>. Acesso em: 18 out. 2021. p. 9.

¹⁰³ Informação obtida nas entrevistas.

Alguns outros pontos que também foram suscitados como gatilho para a resolução do contrato foram a não utilização do investimento para os custos do procedimento e mentiras nas declarações (principalmente referente a pontos da controvérsia) e nas garantias dadas pelo financiado. Ainda, foram apontados a violação de parâmetros estratégicos estabelecidos no contrato e desarrazoável não aceitação de acordo sugerido pela contraparte.

O critério de razoabilidade, nesse sentido, pode ser auferido por terceiro independente ou pode simplesmente ter como subsídio a recomendação do advogado da causa. Nesse ponto, o Financiador 5 informou que, caso haja discordância entre o financiado e o financiador a respeito do acordo, a controvérsia irá a um terceiro, que decidirá a respeito da razoabilidade do contrato

4.2.6 Das obrigações do financiado

Ao estabelecer as obrigações do financiado, foi possível extrair das entrevistas que o financiador se preocupa com três pontos. São eles: (i) manter o interesse legítimo do financiado na demanda e na sua vitória, (ii) manter os direitos do financiado como parte e detentor do direito material da controvérsia e (iii) mitigar os riscos decorrentes da assimetria de informações.

No que se refere ao primeiro ponto, a estratégia adotada é de não comprar o crédito integral decorrente da sentença. Embora os financiadores entrevistados tenham informado que não há um percentual mínimo ou máximo de compra estabelecido, entendem que o crédito comprado deve ser inferior a 50% do total, a fim de deixar o financiado interessado e engajado na disputa. Nesse sentido, o Financiador 5 informou que normalmente obtém 30% do valor da causa, deixando 70% ao financiado¹⁰⁴.

Já quanto ao segundo ponto, os financiadores não criam quaisquer obrigações com a contraparte e não substituem o financiado em sua relação jurídica. O Financiador 1, para evidenciar o seu completo distanciamento com a matéria de direito, ressalta que deixa o financiado completamente responsável pela estratégia de defesa.

Especificamente quanto à gestão da estratégia, todos os financiadores informaram que não contratam advogados para auxiliarem com a defesa e não interferem na estratégia escolhida, preocupando-se apenas em resguardar o seu direito ao crédito. Assim, inserem no contrato

¹⁰⁴ Nesse ponto, a estratégia comercial do Financiador 5 é verificar os valores dos honorários advocatícios, que devem corresponder a $\frac{1}{10}$ do valor total da condenação. A ideia é obter de 2,5% a 3% do valor que investiu.

declarações de que o financiador perseguirá a demanda, estará comprometido com uma defesa sólida, garantirá o seu direito em fase probatória e enviará relatórios com atualizações da controvérsia.

Como já dito, o Financiador 1 adota uma postura de distanciamento total quanto à estratégia de defesa. Sua preocupação principal é não problematizar o crédito comprado – assim, prefere não interferir na estratégia, pois não tem direitos materiais a serem defendidos em relação à contraparte na arbitragem. O direito do financiador é exclusivo com o financiado, logo, não há por que participar da defesa de direito alheio.

Já a estratégia contratual dos Financiadores 2, 3, 4 e 5 é diferente, embora esses também não interfiram na estratégia da disputa. Em suas operações, são acordados determinados pontos que devem ser seguidos no decorrer da disputa, como (i) a escolha do escritório de advocacia que atuará na demanda, (ii) a tese jurídica que será patrocinada, (iii) o local e a câmara que administrará o procedimento e (iv) a jurisdição para execução. Embora as decisões do procedimento se mantenham com a parte financiada, os financiadores inserem no contrato as variáveis que consideram relevantes.

Nesse ponto, o Financiador 5 entende que é proveitoso que os financiados procurem os financiadores para discutir a estratégia do caso – o que é comum. Assim, sempre que procurados, oferecem sua visão a respeito da disputa, sempre com o intuito de garantir a melhor defesa ao financiado. Nota-se, contudo, que a intervenção na estratégia ocorre apenas diante da vontade do financiado em buscar eventual aconselhamento de seus financiadores.

De toda forma, nos arranjos contratuais do Financiador 5 são incluídas obrigações gerais de assessoria e auxílio com questões estratégicas e comerciais, com negociações e com facilitação de métodos alternativos de resolução de conflitos. Além disso, há o comprometimento do financiador de trabalhar em conjunto com os advogados do financiado, com o intuito de não extrapolar o valor do investimento oferecido.

Já quanto às negociações para um acordo, os Financiadores 4 e 5 informaram que normalmente há uma cláusula que estipula que o financiador deve fornecer suas visões quanto à celebração desse, as quais não são vinculantes. Porém, como forma de mitigar os seus riscos, inclui-se também a possibilidade de resolução do contrato no caso de rejeição de oferta razoável – conforme exposto no final da seção 5.2.5.5.

Uma problemática levantada foi o dever de revelação do financiado da operação de financiamento. A maioria dos financiadores entendem que o *play safe* seria que o financiado faça a revelação no primeiro momento oportuno da arbitragem. Porém, à exceção do

Financiador 1, não há necessariamente a obrigação contratual para tanto, havendo normalmente um acordo verbal.

O intuito da revelação é evitar a presença de conflito de interesses com o tribunal arbitral, o que poderia resultar em eventual anulação da sentença. Dessa forma, basta para a revelação duas informações: (i) há um financiamento e (ii) a identidade do financiador. Não é necessária a apresentação dos termos do contrato do financiamento de litígios, embora os financiadores revelem que as contrapartes do procedimento já tenham solicitado a verificação do documento. Pedido que, pela experiência dos financiadores, vem sendo negado.

Nesse ponto, os Financiadores 4 e 5 possuem uma visão divergente sobre o assunto. O primeiro entende que a revelação só deve ser feita se há uma obrigação legal para tanto. Isso porque, a partir do momento que é feita a revelação do financiamento, a contraparte pode tumultuar a arbitragem alegando eventual insolvência do financiado – argumento utilizado para o pedido da garantia dos custos da arbitragem ou do acesso ao contrato de financiamento. Já o Financiador 5 mencionou que a revelação sobre o financiamento não é interessante após a prolação de sentença favorável ao financiado. Nesse caso, a presença do financiador instiga a parte contrária a esconder os seus ativos, o que leva o Financiador 5 a optar pela não revelação.

Bianca Del Monaco coloca como diretriz que o contrato “deve conter disposições que tratem das consequências em caso de constatação superveniente de conflito de interesses”¹⁰⁵. Tal recomendação se pauta no crescimento da relevância do temo Brasil, principalmente diante da tendência das câmaras arbitrais de incentivar o dever de revelação.

4.3 DAS LIMITAÇÕES À OPERAÇÃO

No decorrer das entrevistas, também foi questionado se os financiadores entendem que há alguma limitação nas operações de financiamento de litígios no Brasil. Com efeito, o objetivo desta dissertação é identificar e recomendar mecanismos que o financiador pode incluir nos seus contratos de financiamento. Assim, não se pretende, na presente seção, dissertar sobre as limitações operacionais e tributárias ou elaborar sugestões para tais pontos, o que pode ser

¹⁰⁵ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%20a7%20a30.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 24.

enfrentado em outro trabalho. A ideia, aqui, é identificar as melhores disposições contratuais para os financiadores.

Assim, os financiadores entendem que a falta da estrutura do *trust* no Brasil – não existindo veículos de investimento adequado no Brasil –, a impossibilidade de os escritórios de advocacia realizarem diretamente os gastos com a disputa – interferindo nas questões tributárias – e a falta de uma regulamentação que estabeleça as obrigações do financiador são limitantes para a operação no Brasil. No que se refere ao último, os financiadores se baseiam nas recomendações de condutas internacionais para a elaboração do contrato.

Nota-se que, das três limitações identificadas, somente a terceira possui algum impacto no contrato, sendo que as demais se referem as questões operacionais da transação. De qualquer forma, opta-se por explorar todas as três nesta seção, para registrar todas as problemáticas levantadas no trabalho investigativo realizado.

4.3.1 Da estrutura do financiamento pelo *trust*

Durante as entrevistas, a figura do *trust* foi mencionada pelos Financiadores 2 e 3 como o principal veículo de investimento para as operações de financiamento de litígios fora do Brasil. Nesse quesito, entendem que a falta dessa estrutura no direito brasileiro – e, por consequência, a utilização do FIDC-NP – seria uma limitação às operações.

O instituto do *trust* tem suas raízes no direito anglo-saxão, sendo uma estrutura de investimento coletivo ancorada em três participantes. O primeiro é aquele que constitui o *trust* (*settlor of trust*), determinando que um ou vários bens serão administrados por um ou vários *trustees*, no interesse de uma ou várias pessoas (*beneficiary* ou *cestuis que trust*)¹⁰⁶ – esse último pode ser, inclusive, o próprio instituidor.

O início do *trust* nos países de *common law* ocorreu no âmbito familiar, sendo utilizado atualmente para o financiamento de ativos como aviões e navios. No cenário familiar, o *trust* é muito usado para a transmissão das heranças: um pai de família que queira transmitir os seus bens aos filhos poderia constituir um *trust* para tanto. Nesses casos, ocorre a transferência dos

¹⁰⁶ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Uma Introdução ao Instituto Jurídico Inglês do Trust. *Pós em Revista*, [s. l.]: Centro Universitário Newton Paiva, n. 5, 06 jun. 2012. Disponível em: <https://posemrevista.wordpress.com/2012/06/06/e5d11-uma-introducao-ao-instituto-juridico-ingles-do-trust/>. Acesso em: 07 out. 2021.

direitos patrimoniais dos ativos a serem herdados ao *trustee*, que fica com a responsabilidade de guardar, cuidar e administrar os bens conforme as instruções dispostas no *trust*¹⁰⁷.

O *trustee* se incumbe de exercer os direitos recebidos em *trust* em proveito dos beneficiários, ou até que o *trust* atinja um objetivo específico. Embora não seja o objetivo da presente dissertação discorrer a respeito dessa estrutura e o porquê sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro seria positiva ou negativa, os financiadores mencionaram que o conforto com essa estrutura decorre, principalmente, da efetiva transmissão de direitos patrimoniais ao *trustee*, ponto que é tratado como um dos principais aspectos do *trust*, que

[c]onstitui, portanto, um mecanismo jurídico pelo qual uma pessoa, o *trustee*, é investida de um título, relativo a determinados bens ou direitos, devendo, no entanto, exercer os poderes derivados do título em benefício de outra. O *trustee* não é, porém, um mero mandatário ou administrador: é legalmente proprietário dos bens constituídos em *trust*, podendo deles dispor nos limites e para as finalidades em que foi constituído o *trust*, já que o sistema anglo-saxão não atribui ao direito de propriedade a unicidade, tipicidade e exclusividade conhecidas nos direitos de Civil Law¹⁰⁸.

Considerando a ampla utilização do *trust* internacionalmente e, principalmente no direito anglo-saxão, a implementação desse veículo no ordenamento jurídico nacional pode trazer incentivos ao financiamento de litígios no Brasil, principalmente por investidores internacionais. De toda forma, não é o papel desta dissertação analisar se tal incorporação é legal ou possível – a sua menção aqui se deu apenas para o registro de todas as informações obtidas no trabalho investigativo realizado.

4.3.2 Da forma de pagamento dos custos da disputa

Outro aspecto limitador das operações levantado no decorrer das entrevistas é a forma de pagamento dos custos da disputa. Conforme salientado pelo Financiador 3, os financiadores normalmente oferecem o seu investimento ao escritório de advocacia que representa a parte financiada¹⁰⁹, que utilizará o capital fornecido para contratar e pagar diretamente peritos legais, peritos técnicos, honorários dos árbitros, taxas das câmaras e outros custos.

¹⁰⁷ RUCÉ, Philip J. The Trustee and the trust protector: a question of fiduciary power - Should a trust protector be held to a fiduciary standard?. *Drake Law Review*, [s. l.], v. 59, p. 67-96, 12 dez. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815173. Acesso em: 18 out. 2021. p.67-69.

¹⁰⁸ COSTA, Judith Martins. O Trust e o Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s. l.], v. 12, p. 165-209, 2017. p. 168.

¹⁰⁹ Ou a parte financiada.

No entanto, no Brasil, o pagamento de tais custos não é centralizado nos escritórios de advocacia, sendo os recursos repassados individualmente aos financiadores. Em resumo, ao invés de o financiador pagar de uma única vez o escritório de advocacia para que esse contrate e pague os custos que decorrerem da disputa, cabe ao financiador arcar com cada custo individualmente, gerando uma burocracia entendida como desnecessária.

Tal política é comum no Brasil por conta de um racional tributário. Isso porque o montante pago pelo financiador aos escritórios de advocacia é entendido como receita do escritório, podendo ser tributável pelas Contribuições para o Programa de Integração Social e para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/COFINS). Assim, não é interessante para esse efetuar os pagamentos no lugar do financiador, pois terá uma carga tributária maior¹¹⁰.

4.3.3 Da falta de regulamentação aos financiadores

O terceiro desafio mencionado pelos financiadores é a falta de um guia de conduta quanto às suas obrigações. Os financiadores internacionais mencionaram que, diante da falta de regulação do Brasil, utilizam-se do Código de Conduta dos membros da Associação dos Financiadores de Litígios da Inglaterra e do País de Gales¹¹¹. Trata-se de parâmetros para prática e comportamento das operações de financiamento de litígio.

Dentre as obrigações do financiador em face ao financiado no Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios, estão:

- a) o dever de confidencialidade de todas as informações e documentos referentes à disputa;
- b) tomar as medidas razoáveis para que o financiado tenha recebido aconselhamento, por advogado independente, sobre os termos do contrato de financiamento;
- c) não tomar quaisquer medidas que façam com que o advogado da parte financiada aja em desacordo com os seus deveres profissionais;

¹¹⁰ Há o entendimento jurisprudencial de que os gastos por terceiros incorridos por escritório de advocacia, não são tributáveis pelo PIS/COFINS se reembolso da despesa for comprovado.

¹¹¹ ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND AND WALES. *Code of Conduct for Litigation Funders*. [Londres], jan. 2018. Disponível em: <https://associationoflitigationfunders.com/documents/>. Acesso em: 13 out. 2021.

- d) não influenciar o advogado da parte financiada a ceder o controle da disputa ao financiador;
- e) ter acesso aos recursos necessários para cumprir com as obrigações financeiras contratadas;
- f) pagar todas as dívidas no momento que se tornarem devidas;
- g) cumprir com as responsabilidades financeiras dispostas no contrato de financiamento por um período mínimo de 36 meses;
- h) manter acesso direto a um mínimo capital¹¹²; e
- i) aceitar uma obrigação contínua de revelação quanto à adequação dos fundos do financiador.

O Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios também determina que o contrato que regulará o financiamento poderá dispor a respeito:

- a) da responsabilidade do financiador por eventual sucumbência;
- b) do pagamento do prêmio de eventual seguro referente à sucumbência (*after the event insurance*);
- c) de eventual ordem de garantia dos custos da disputa (*security for costs*);
- d) da alocação de quaisquer outras responsabilidades ao financiador;
- e) de que o financiador opine sobre eventual acordo;
- f) de que o financiador resolva o contrato caso:

¹¹² O Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios oferece um valor padrão de capital. Contudo, esse pode ser mudado no contrato entre as partes.

- perca razoavelmente o interesse na disputa;
- acredite razoavelmente que a disputa não é mais comercialmente viável;
- acredite razoavelmente que houve uma violação contratual do contrato pelo financiado.

A respeito do último item, o financiador não pode resolver o contrato discricionariamente, na ausência das circunstâncias estabelecidas no código. De toda forma, o Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios determina que, ocorrida uma dessas circunstâncias, o financiador permanece responsável pelo financiamento até a data de término do contrato, exceto caso a resolução se der em razão da violação do contrato pelo financiado.

Apesar de o Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios oferecer parâmetros éticos que devem ser seguidos pelo financiador no decorrer da operação, entende-se que esses não podem ser plenamente aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso se dá especialmente no que se refere à possibilidade de contratar sobre a sucumbência, pedido de *security for costs* ou custos ATE, conforme salientado anteriormente.

Por outro lado, o funcionamento das operações como um arranjo contratual privado feito com uma fiscalização mínima é plenamente possível. É o que acontece no mercado australiano, por exemplo. A dissertação de Bianca Del Monaco, ao analisar como as diferentes jurisdições regulam o financiamento de litígios, informou que o parlamento australiano, ao promulgar a *Corporations Amendment Regulation 2012* (nº 06) dispensou todas as formas de regulação da operação¹¹³.

Neste capítulo, foram abordadas as principais limitações ao financiamento de litígios, à luz do ordenamento vigente, sendo essas (i) a ausência da estrutura do trust, (ii) a burocracia para o pagamento dos custos da disputa – que não são intermediadas pelos escritórios de advocacia – e (c) a falta de um guia de conduta quanto às obrigações dos financiadores. Em conclusão, nota-se que não são empecilhos às operações, mas apenas sugestões que oferecem maior facilidade e segurança para essas transações, conforme os dados coletados nas entrevistas.

¹¹³ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%20c3%a7%20c3%a3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 13 out. 2021. p. 110.

5 DIRETRIZES AOS FINANCIADORES

A partir das entrevistas e da análise explicada no capítulo 5, foi possível dividir as preocupações levantadas pelos financiadores em 14 temas. Esses são sistematizados nas alíneas a seguir, acompanhados de recomendações (subalíneas):

- a) conflito de interesses financiador e árbitro e o dever de revelação:
 - deve-se incluir obrigação que o financiado deve revelar a presença de um financiamento na disputa;
 - deve-se incluir disposição contratual determinando que o financiado não deve apresentar o contrato de financiamento quando realizada a revelação e, caso isso seja demandado pelo Tribunal Arbitral, tal deve ser informado imediatamente ao financiador;
 - na eventual necessidade de apresentação do documento, o financiado deve defender ao máximo a confidencialidade do documento, sugerindo, por exemplo, que o documento seja tarjado.

- b) conflito de interesses financiador e financiado e abuso do direito processual:
 - de modo a evitar situações de conflito de interesse, o gerenciamento da estratégia da disputa deve ser do financiado;
 - deve-se incluir o dever de que o financiador (i) não irá tomar quaisquer medidas que façam ou possam fazer com que o advogado da parte financiada aja em desacordo com os seus deveres profissionais e (ii) não influenciará o advogado da parte financiada a ceder o controle da disputa ao financiador.

- c) o financiador ser entendido como parte – caso haja a preocupação do financiador ser entendido como parte pelo Tribunal Arbitral, recomenda-se que:
 - o crédito não seja integralmente comprado;
 - o financiador não contrate advogados para atuarem na disputa ou interferirem de forma ativa nas estratégias da controvérsia;
 - o financiador não se responsabilize pelo pagamento da sucumbência e, caso o faça, inclua dispositivo contratual de que isso não deve ser entendido como assunção do direito material;

- o financiador não se responsabilize pela contratação de seguro ATE e, caso isso ocorra, inclua dispositivo contratual de que isso não deve ser entendido como assunção do direito material;
 - o financiador não se responsabilize pelo pagamento dos valores de sucumbência em eventual condenação de pedido de *security for costs* e, caso isso ocorra, inclua dispositivo contratual de que tal não deve ser entendido como assunção do direito material.
- d) consequências da posição de terceiro do financiador no processo civil:
- deve-se incluir disposição contratual de que o financiado estará obrigado a executar a contraparte no caso do não cumprimento de eventual sentença condenatória.
- e) alteração das circunstâncias do contrato:
- deve-se incluir dispositivo que desobrigará o financiador a continuar o financiamento da disputa uma vez identificada circunstância que altere a situação fática do início do contrato e que evidencie um aumento de chances de perda ou o não pagamento da sentença pela contraparte;
 - deve-se incluir a previsão de reembolso ao financiador.
- f) manter o interesse da parte financiada na demanda:
- a cessão de crédito deve ser realizada em um montante inferior a 50% do valor da sentença;
 - deve-se incluir dispositivo obrigando o financiado a se comprometer a apresentar uma defesa sólida e a garantir o seu direito em fase de instrução.
- g) assimetria de informações do financiador referente às provas e à origem da disputa:
- deve-se incluir declarações e garantias de que o financiado não mentiu ao financiador quanto à disputa;
 - deve-se incluir dispositivo informando que se as informações fornecidas pelo financiado referentes à disputa forem inverídicas, o financiador tem o direito de resolver o contrato.
- h) estratégia da disputa:

- deve-se incluir obrigação de que o financiado enviará relatórios dos advogados responsáveis pela controvérsia, com atualizações da disputa;
 - identificados na *due diligence* pontos relevantes para o financiamento, deve-se incluir tais elementos nas cláusulas de declarações de garantias do financiado, referentes à escolha da jurisdição em que se iniciará a disputa, do árbitro, da câmara da disputa e, caso relevante, outros pontos da estratégia.
- i) perda total do investimento:
- deve-se incluir dispositivo determinando um valor máximo comprometido para o financiamento da demanda, a partir dos elementos analisados pela *due diligence*;
 - deve-se incluir providência de que o financiador pode aumentar o valor máximo do financiamento, caso necessário;
 - identificada a possibilidade de bifurcação da arbitragem em fases, deve-se limitar os percentuais dos investimentos que serão oferecidos em cada uma, condicionando o investimento da fase posterior ao vencimento da preliminar. Por exemplo, quando houver uma bifurcação da disputa em uma fase com argumentos de jurisdição e uma fase posterior de mérito, ou uma fase em que será analisado o direito e em seguida a fase comprobatória. Nesses casos, deve-se limitar determinado percentual do financiamento total para a primeira fase, condicionando o restante do financiamento a uma sentença parcial positiva;
 - caso o financiado possua vários devedores, deve-se incluir cláusula de preferência em relação ao crédito decorrente da sentença, que será fornecido ao financiador.
- j) pedido de *security for costs* – caso haja uma preocupação do financiador em não ser entendido como parte da demanda:
- ele não deve se responsabilizar pelo pagamento dos valores de sucumbência em eventual condenação de pedido de *security for costs* e, caso isso ocorra, deve incluir dispositivo contratual de que isso não deve ser entendido como assunção do direito material;
 - deve-se incluir disposição determinando que, caso o financiado não consiga arcar com os valores da sucumbência em eventual concessão de pedido de *security for costs*, o financiador terá a possibilidade de disponibilizar os recursos necessários, para evitar a suspensão e extinção do procedimento arbitral.

k) celebração de acordo:

- deve-se incluir dispositivo contratual estabelecendo que financiado deve enviar a proposta de acordo ao financiador para discussão;
- deve-se acrescentar ao contrato que o financiado não está vinculado a qualquer recomendação ou sugestão do financiador;
- deve-se incluir dispositivo garantindo que o financiador, caso entenda que o acordo foi recusado por motivos desarrazoáveis (como quando houver recomendação dos advogados de fazê-lo), possa resolver o contrato.

l) arranjo contratual:

- na prática, não há qualquer controvérsia referente ao melhor arranjo contratual a ser utilizado no financiamento de litígios. A mais utilizada pelos financiadores, de acordo com os dados obtidos, é a cessão de crédito futuro;
- considerando o argumento da troca do proprietário do crédito, lembra-se que certos autores sugerem que a cessão fiduciária de crédito é o melhor arranjo contratual para a operação, justamente porque o financiador será o proprietário fiduciário do crédito e não mais o financiador. Tal arranjo contratual também pode ser interessante se evidenciado que o financiado está em uma situação pré-falimentar, pois o financiador terá preferência, em relação aos demais credores, na obtenção do crédito decorrente da sentença.

m) veículos para o financiamento:

- de acordo com as informações obtidas pelos financiadores, utiliza-se o FIDC-NP;
- os veículos de financiamento brasileiros podem ser aprimorados a partir da estrutura do *trust*, diante da familiaridade que os estrangeiros sentem com tal figura societária e a maior segurança fornecida em razão da troca de propriedade do *trust* ao *trustee*, que atuará em prol dos interesses do beneficiário.

n) demais temas:

- com base no Código de Conduta da Associação de Financiadores de Litígios, entende-se ser interessante incluir a possibilidade de o financiador resolver o contrato caso perca o interesse na disputa, acredite que ela não é mais

comercialmente viável ou que houve uma violação contratual pelo financiado, dentro dos limites da razoabilidade.

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento desta dissertação permitiu elaborar diretrizes de boas práticas contratuais para os financiadores de litígios. Em um ambiente sem regulação específica e diante de um mercado incipiente, com poucas decisões judiciais sobre o tema, o que se nota é uma insegurança sobre como os financiadores devem se portar no curso da operação e que obrigações podem ou não incluir em seus contratos.

Assim, o trabalho partiu de uma análise da origem histórica do financiamento de litígios e do seu desenvolvimento nacional. Em seguida, foi realizada uma análise da literatura, a qual revelou as atuais controvérsias que surgem com as operações de financiamento: (i) qual o melhor enquadramento jurídico para o instrumento, (ii) as possíveis consequências de cada modelo contratual, (iii) os conflitos de interesse entre o financiador e os demais participantes dos processos, com destaque para o dever de revelação e o potencial conflito entre financiador e árbitro, e (iv) a posição do financiador no processo civil.

A partir disso, foram entrevistados cinco financiadores para a elaboração das diretrizes. Com isso, identificou-se quais eram suas preocupações. Alguns aspectos se diferenciaram entre os entrevistados nacionais e internacionais.

A grande preocupação do financiador nacional em não ser interpretado como uma parte demonstra que ainda há muito insegurança com o Judiciário brasileiro, considerando que não há decisão ou análise sobre o tema. Em contrapartida, a segurança dos financiadores internacionais quanto a esse ponto revela que tal entendimento é incomum em jurisdições estrangeiras. De toda forma, por ser um tema ainda não analisado pelos tribunais e preocupação de alguns financiadores, existem formas contratuais de mitigar tal risco, por exemplo, (a) pela inserção de cláusulas determinando que o financiador não se responsabilize pelo pagamento de questões inerentes ao direito material e, caso o faça, inclua dispositivo contratual de que isso não deve ser entendido como assunção do direito; (b) não ocorra a compra integral do crédito; e (c) que o financiador não contrate advogados para atuarem na disputa ou interferirem de forma ativa nas estratégias da controvérsia;

Nota-se também que os contratos nacionais e suas operações parecem ser mais simples do que as estrangeiras. Não contêm, por exemplo, cláusulas de *material adverse change*, contratações de seguros ATE, mecanismos contratuais para tratar das estratégias, a figura do *trust*, entre outros pontos. Novamente, tal diferenciação decorre da incipiência do mercado brasileiro. Nesse sentido, as entrevistas e o contato com os financiadores estrangeiros ampliam as possibilidades contratuais, bem como as figuras das operações nacionais.

Quanto ao último ponto, a título de explicação, dois financiadores mencionaram a vantagem da figura do *trust* comparativamente ao FIDC-NP, com ênfase de que na figura do *trust* ocorre a efetiva transmissão de direitos patrimoniais ao *trustee*. A criação do *trust* ainda está sendo discutida no âmbito legislativo, mas as demais possibilidades oferecidas pelos financiadores internacionais podem ser incorporadas aos contratos nacionais, por não serem contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, há uma grande preocupação nacional com o dever de revelação, ponto que não é tão destacado pelos financiadores internacionais – os quais até informam que, em diversos momentos, não é interessante revelar o financiamento. A imparcialidade do árbitro é tratada como questão de ordem pública no Brasil, e, além disso, a violação ao dever de revelação já ensejou a anulação de sentença arbitral. Assim, tal preocupação deve ser destacada em contratos de financiamento com operadores estrangeiros, sendo uma recomendação importante que as partes revelem o financiamento e a identidade do financiador, a fim de preservar o procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Kenneth. A legal usage analysis of material adverse change provision. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, [s. l.], v. 10, n. 1, 2004. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol10/iss1/2/>. Acesso em: 18 out. 2021.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Consumer Arbitration Rules: cost of arbitration. [S. l.], 01 jan. 2016. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule_0.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

APPELBAUM, Binyamin. Investors put Money on Lawsuits to Get Payouts. *New York Times*, [s. l.], 14 nov. 2010. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html>. Acesso em: 07 out. 2021.

ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND AND WALES. *Code of Conduct for Litigation Funders*. [Londres], jan. 2018. Disponível em: <https://associationoflitigationfunders.com/documents/>. Acesso em: 13 out. 2021.

BAO, Chiann. Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter. *Journal of International Arbitration*, [s. l.]: Kluwer Law International, v. 24, n. 3, p. 387-400, 2017.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Audiência Pública SDM 04/06*. [S. l., 2006]. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2006/sdm0406.html. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Edital de audiência pública nº 01/2005*. Rio de Janeiro, 30 dez. 2004. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2005/sdm0105-edital.doc. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: entenda o caso*. [Brasília, 2021]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada nº 9412. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CREDOR/DEVEDOR ENTRE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO ÁRBITRO PRESIDENTE E O GRUPO ECONÔMICO INTEGRADO POR UMA DAS PARTES. HIPÓTESE OBJETIVA PASSÍVEL DE COMPROMETER A ISENÇÃO DO ÁRBITRO [...]. Requerente: ASA BIOENERGY HOLDING A G e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 19 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 maio 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=9412&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206. [...] Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; [...]. Agravante: M B V COMMERCIAL AND EXPORT ESTABLISHMENT Agravado: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda

Pertence, 12 de dezembro de 2001. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 59, 30 abr. 2004. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=5206&classe=SE-AgR>. Acesso em: 07 out. 2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. *Resolução n.º 6/2019*: Financiamento de terceiros. [São Paulo, 2019]. Disponível em:
https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Resolucao_n_6.2019.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL. *Resolução Administrativa N.º 14/20*: recomendações sobre financiamento de terceiros em arbitragens administradas pela CAMARB. Belo Horizonte, 28 ago. 2020. Disponível em:
<https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>. Acesso em: 07 out. 2021.

CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional Comercial e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*. 2014. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6676>. Acesso em: 07 out. 2021.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Factoring e Securitização de recebíveis mercantis. *Revista de Direito Mercantil*, [s. l.], n. 166/167, p. 45-71, 16 jan. 2016.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *RA 18/2016*: Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC. São Paulo, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em: 07 out. 2021.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Centro de Arbitragem e Mediação. *Regulamento de Arbitragem*. [S. l., 2016]. Disponível em:
<https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

CBAR. *Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBAr-Ipsos*. 2021. Disponível em:
<https://cbar.org.br/site/arbitragem-no-brasil-pesquisa-cbar-ipsos/>. Acesso em 27 out. 2021

COLBRAN, Stephen. Security for costs of arbitration proceedings in England, New Zealand and Australia. *Arbitration International*, [s. l.]: Oxford, v. 9, n. 1, p. 85-96, mar. 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/arbitration/9.1.85>. Acesso em: 18 out. 2021.

COSTA, Judith Martins. O Trust e o Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, [s. l.], v. 12, p. 165-209, 2017.

DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. *Financiamento de litígios*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 out. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. *Fundos de investimentos no direito brasileiro: aspectos tributários e questões controversas em matéria fiscal*. 2. ed. São Paulo: Almedina.

FISCHER, James M. Litigation Financing: A Real or Phantom Menace to Lawyer Professional Responsibility. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 191-226, 2014.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Fouchard Gaillard Goldman on international arbitration. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 416-446, 1999.

GOELER, Jonas von. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. [S. l.]: International Arbitration Law, 2016. v. 35.

GORJÃO, Duarte Henriques. Third Party Funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 51, p. 295-336, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo. *civilistica.com: revista eletrônica de direito civil*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 1-22, 09 maio 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/507>. Acesso em: 18 out. 2021.

HUANG, Bert I. Litigation Finance: What Do Judges Need to Know? In: COLUMBIA LAW SCHOOL PUBLIC LAW & THEORY WORKING PAPER GROUP. Paper Number 13-362. [S. l.], jul. 2021. p. 525-538.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION; QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on Third-Party Funding in international arbitration: the ICCA reports n. 4*. [S. l.]: International Council for Commercial Arbitration, abr. 2018. Disponível em https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Acesso em: 07 out. 2021.

KHOSHSIMA, Anusheh. Malice Maintenance Is Runnin' Wild: a demand for disclosure of third-party litigation funding. *Brooklyn Law Review*, v. 83, n. 3, p. 1029-1058, 2018.

LEMES, Selma. *Arbitragem em Número e Valores*. São Paulo, 2020. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

LESTE. *Leste Litigation Finance*. [S. l., 2015]. Disponível em: <http://www.leste.com/pt/leste-litigation-finance/>. Acesso em: 22 set. 2019.

MELLO, Adriana Mandin Theodoro de; THEODORO, Ana Vitória Mandim; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENEZES, Caio Campello de. Como Barrar as Táticas de Guerrilha em Arbitragens Internacionais?. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s. l.]: Comitê Brasileiro de Arbitragem; Kluwer Law International, v. 12, n. 45, p. 82-107, mar. 2015. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/12.45/RBA2015004>. Acesso em: 16 out. 2021.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Uma Introdução ao Instituto Jurídico Inglês do Trust. *Pós em Revista*, [s. l.]: Centro Universitário Newton Paiva, n. 5, 06 jun. 2012. Disponível em: <https://posemrevista.wordpress.com/2012/06/06/e5d11-uma-introducao-ao-instituto-juridico-ingles-do-trust/>. Acesso em: 07 out. 2021.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

NIEUWVELD, Lisa Bench; SAHANI, Victoria Shannon. *Third-party funding in international arbitration*. 2. ed. [S. l.]: Wolters Kluwer, 2016.

OMNI BRIDGEWAY. *How law firms and insurers can use dispute finance to maximize recoveries*. [S. l.], 09 set. 2020. Disponível em: <https://omnibridgetway.com/insights/blog/blog-posts/global/2020/09/09/how-law-firms-and-insurers-can-use-dispute-finance-to-maximize-recoveries>. Acesso em: 07 out. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Tribunal de Ética (São Paulo). *E-5.402/2020. CONTRATAÇÃO POR HONORÁRIOS QUOTA LITIS: EXCEPCIONALIDADE - LIMITES – MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE [...]*. Relator: Doutor Eduardo Augusto Alckmin Jacob, 12 de agosto de 2020. [São Paulo, 2020]. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2020/e-5-402-2020>. Acesso em: 13 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. v. 3.

PWC; QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives*. [S. l.], 2013. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/pwc-international-arbitration-study2013.pdf>. Acesso em 20 jun. 2021.

REINO UNIDO. Comissão de Leis. *Proposals for the Reform of the Law Relating to Maintenance and Champerty*. Londres: Her Majesty's Stationery, 1966. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2016/08/LC.-007-PROPOSALS-FOR-REFORM-OF-THE-LAW-RELATING-TO-MAINTENANCE-AND-CHAMPERTY.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

RUCE, Philip J. The Trustee and the trust protector: a question of fiduciary power - Should a trust protector be held to a fiduciary standard?. *Drake Law Review*, [s. l.], v. 59, p. 67-96, 12 dez. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815173. Acesso em: 18 out. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento nº 2166470-26.2019.8.26.0000. [...] Apelação – Ação Anulatória De Arbitragem – Preliminares Afastadas – Dever de revelar que não ficou demonstrado – Relação de emprego mantida pelo árbitro que deu ensejo à sua suspeição – Possibilidade De Anulação Pelo Poder Judiciário – Inteligência Do Disposto No Artigo 32, Inciso Ii, Da Lei De Arbitragem - Sentença Mantida – Recurso Não Provido [...]. Agravante: L. H. de S. F. Agravado: A. C. e C. de S. S.A. Relator: Fortes Barbosa, 09 de outubro de 2019. *Diário da Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 3783, 24 out. 2019. Judicial - 2ª instância.

SCHANER, Lawrence S. Third Party Litigation Funding in the United States. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s. l.], v. 32, p. 175-187, 2012.

SCHERER, Maxi C. Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements?. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. Dossiers- ICC 2013. [S. l.], 2013. p. 94-100.

STEINITZ, Maya. Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding. *Minnesota Law Review*, [s. l.], v. 95, n. 4, p. 1268-1338, 2011.

THE ECONOMIST. *Litigation finance faces ethical quandaries*. Nova Iorque, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2019/11/07/litigation-finance-faces-ethical-quandaries>. Acesso em: 07 out. 2021.