FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Análise Econômica do Financiamento de Litígios por Terceiros

Charyelle Roberta Morgan Castagnaro

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 04 de julho de 2022.

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

O financiamento de litígios por terceiros, conhecido na experiência estrangeira por "*third-party litigation funding*", se trata de um mecanismo que consiste na contratação, na maior parte dos casos, por uma parte envolvida em um litígio, seja judicial ou arbitral, de um terceiro estranho, pessoa jurídica ou física, à relação jurídica principal que financiará a disputa, arcando com os custos da controvérsia e, em troca, receberá uma parcela ou a totalidade dos ganhos advindos da resolução de tal litígio.

Por ser uma prática relativamente recente no Brasil, ainda não há regulamentação específica sobre o assunto, mas o financiamento de litígios por terceiros encontra-se ancorado nas regras gerais, constitucionais e infraconstitucionais, especialmente nos princípios da legalidade e da livre iniciativa, ambos previstos na nossa Constituição Federal, e nos artigos 286 e seguintes Código Civil, uma vez caracterizado como uma obrigação de natureza patrimonial, disponível e transmissível a terceiros, por meio de cessão condicional de crédito.

A exigência por uma regulação mais robusta tem se tornado algo recorrente no meio, uma vez que parte dos operadores do direito opoentes a este tipo de financiamento, relacionam a prática com o crescimento exponencial do risco de desequilíbrio ou abuso de poderes entre as partes no litígio financiado. Os apoiadores, por sua vez, entendem que o desenvolvimento do mercado de financiamento de litígios representa um meio de viabilizar o pleito de direitos por demandantes vulneráveis que não conseguiriam tutelar seus interesses no judiciário ou em procedimentos arbitrais sem o devido auxílio financeiro e, além disso, prover recursos próprios do litígio (ex. despesas processuais,

custos de assistência técnica e perícias, etc.). Ainda que seja possível vislumbrar uma enorme eficiência econômica da prática de financiamento, o tema proporciona uma ampla discussão sobre questões de ordem ética, jurídica e econômica.

Destaca-se que, mesmo diante da inexistência de impeditivo legal à pratica deste financiamento, é necessário analisar os potenciais riscos à ordem jurídica que podem surgir no decorrer do litígio em razão de possível conflito de interesses, responsabilidade do terceiro financiador, assimetria de informações, impossibilidade de avaliar a imparcialidade e independência das partes envolvidas, violação de sigilo profissional e etc. Inicialmente, constata-se que a decisão de ajuizar uma ação perante o judiciário é formada por uma série de informações e elementos decisivos. A decisão de uma parte por demandar implica na racionalidade de diversos fatores, quais sejam, os custos do processo e as expectativas de ganho na referida pretensão judicial.

Dito isso, a questão central da pesquisa decorre da interdisciplinaridade do tema na esfera jurídica, que exige uma abordagem analítica sobre o comportamento dos agentes econômicos e as suas influências para compreender, esclarecer e mitigar os riscos da prática de financiamento de litígios por terceiros no judiciário.

Além de discorrer sobre a evolução da indústria de financiamento de litígios, em especial no Brasil, o trabalho buscará avaliar os fatores presentes no processo decisório dos financiadores e financiados, assim como as possíveis implicações supervenientes, e será permeado pela utilização de conceitos da análise econômica do direito e da economia comportamental, principalmente em virtude do recorrente desequilíbrio de poderes entre as partes envolvidas em um financiamento de litígios, partindo do pressuposto de que os financiados, em sua maioria, possuem uma menor capacidade financeira e de processamento de informações complexas sobre as estratégias processuais, em comparação ao financiador.

O modelo de pesquisa preponderante consistirá no modelo exploratório, no formato teórico e prático, principalmente por meio de pesquisa bibliográfica, potencialmente complementado por entrevistas e pesquisas de campo, com o objetivo de analisar como a doutrina e os agentes atuantes (financiados e financiadores) no financiamento de litígios analisam e se posicionam frente às atuais controvérsias, na

condução dos casos, e o que tem sido desenvolvido e implementado na prática para mitigar os riscos existentes, especialmente em um cenário que não existem relevantes contribuições pela legislação nacional ou regulação do assunto até o momento.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

(i) Contextualização fática

(a) Qual o conceito de "*litigation financing*" e "*third-party funding*", também conhecido como "financiamento de litígios" no Brasil?

(b) Em que contexto usualmente ocorre a prática do financiamento de litígios no Brasil?

(c) Como o mercado jurídico brasileiro tem aderido ao financiamento de lítigios judiciais no Brasil? Quais os principais reflexos processuais e de ordem econômica enfrentados pela abordagem?

(ii) Referencial teórico-normativo

(a) Quais são as normas e leis que regulam o desenvolvimento e a prática do financiamento de litígios judiciais no Brasil? Como a doutrina tem se posicionado?

(b) Qual seria o enquadramento jurídico geral do financiamento de litígios? Qual seria o negócio jurídico subjacente?

(iii) Abordagem analítica

(a) Quais são os impactos e desafios decorrentes da presença de terceiros financiadores em processos judiciais? Quais são os riscos decorrentes da assimetria entre as partes no âmbito do financiamento de litígios?

(b) Qual a espécie de legitimidade aplicável ao papel do financiador que o possibilita ingressar no litígio, ainda que alheio ao processo judicial objeto de financiamento? Como

funciona a governança sobre um litígio no âmbito de um financiamento? Como regular a relação do financiador com o financiado?

(c) Como uma divergência de interesses suscitada no decorrer da condução de uma causa, entre o financiado e o financiador, poderia ser avaliada no procedimento de financiamento de litígios? A existência de dinheiro externo, por si só, é capaz de alterar a verdade formal da questão controvertida levada ao judiciário? A obrigação de revelação sobre a existência de um Funder pode vir a ser um *nudge* para pacificação de disputas?

(d) Como a análise econômica da prática de financiamento de litígios pode contribuir para as problemáticas existentes? Seria possível identificar as práticas recorrentes, pelo viés econômico comportamental, e compreender a estrutura de incentivos adotadas pelas partes?

(iv) Recomendações finais e possíveis produtos

(a) Qual a estrutura de incentivos que pode ser adotada para as partes envolvidas em um financiamento de litígios?

(b) Quais os mecanismos legais que podem ser usados para mitigar os impactos da prática de financiamento de litígios no âmbito de processos judiciais? Como resolver os problemas decorrentes da ausência de previsão legislativa específica sobre o tema?

Fontes de pesquisa e forma de acesso:

O presente trabalho será baseado em pesquisa bibliográfica, doutrina nacional e estrangeira, pesquisa normativa, pesquisa jurisprudencial, pesquisas de campo, entrevistas com financiadores e operadores do direito atuantes em financiamento de litígios, sendo que neste último caso, pretende-se compreender e identificar as práticas usuais e se quais são os procedimentos adotados para mitigação dos riscos que serão auferidos e delineados no decorrer do trabalho.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância prática e o caráter inovador justificam-se pela lacuna existente pela ausência de doutrina consolidada e legislação nacional sobre o tema, apesar do financiamento de litígios ter crescido exponencialmente nos últimos anos, o que nos permite aprofundar e discutir sobre as distorções e os riscos jurídicos decorrentes desta espécie de financiamento.

Perpassar os conceitos da análise econômica do direito e da economia comportamental para a compreensão o recorrente desequilíbrio de poderes e os possíveis riscos jurídicos existentes para o desfecho deste tipo de financiamento é de extrema importância para aprofundamento da questão principal: os interesses das partes envolvidas (financiador e financiado) e as condições do financiamento – sendo que estas últimas são intrinsicamente ligadas aos interesses das partes.

O escopo de estudo do trabalho tem plena relevância prática para o profissional que atua com financiamento de litígios, assim como os demais agentes envolvidos em um financiamento (incluindo, mas não se limitando, o financiado), uma vez que poderá servir de instrumento para compreensão e diminuição dos efeitos nocivos dos riscos jurídicos inerentes ao financiamento. Além disso, a exposição dos riscos jurídicos à luz da análise econômica nos permite identificar outras formas e padrões de comportamento, geralmente velados, nas relações jurídicas.

Espera-se que a conceituação e aprofundamento do tema, assim como as práticas identificadas, sirvam como (i) um referencial analítico das potencialidades e outras questões atreladas ao tema de financiamento de litígios, e (ii) um amparo para reformulação de um possível arranjo entre as partes que verse sobre a estrutura de incentivos, envolvendo um controle e prevenção de conflitos de interesses, para a construção de expectativas recíprocas, acompanhado de um mecanismo de resolução de divergências sobre o processo de tomada de decisões nos litígios.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Por atuar em uma gestora de fundos de investimento em direitos creditórios oriundos de ações judiciais, na área de análise e estruturação das operações de aquisição dos ativos judiciais, elaborando todos os documentos necessários para a efetivação das respectivas operações, incluindo as negociações com todas as partes envolvidas, e também por integrar o comitê de risco e *compliance* da referida gestora e vivenciar o gerenciamento de riscos inerentes aos investimentos realizados e implementação de métricas e ferramentas de controle utilizadas para observação e cumprimento de todos os preceitos legais, regulatórios e autorregulatórios, consigo visualizar, na prática, as maiores questões envolvendo o financiamento de litígios por terceiros. Creio que a minha experiência aliada ao presente estudo pode contribuir de forma positiva para o aprofundamento teórico, diante da lacuna existente no mercado, em especial por trazer uma perspectiva sobre os desdobramentos de ordem econômica envolvendo o tema.

5. Bibliografia preliminar

BAKER, Thurbert - «Paying to Play: Inside the Ethics and Implications of Third-Party Litigation Funding». Widener Law Journal. 23 (2013).

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Bem-estar social e o conceito de eficiência", Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. Disponível em: https://seer.imed. edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581. Acesso em: 19 de junho de 2022.

CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. Arbitragem e Financiamento por Terceiros. São Paulo: Almedina, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. Direito & Economia, Rio de janeiro: Campus, 2005.

FINKELSTEIN, Maria. "Assimetria de informações no mercado de capitais", RJLB, Ano, v. 1, p. 1025-1049, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1025_1049.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2022.

VELJANOVSKI, Cento. Third Party Litigation Funding in Europe, 8 J.L. Econ. & Pol'y 405, 2012. - Em Third-Party Litigation Funding.

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.

FARACHE, Arthur. Aspectos jurídicos do financiamento de litígios na esfera judicial. Consultor Jurídico, 24 de julho de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-24/arthur-farache-aspectos-juridicos-financiamento-litigios. Acesso em: 31 de maio de 2022.

SAHANI, Victoria Shannon. Judging Third-Party Funding. UCLA Law Review. 63: 388-448, 2016. https://www.uclalawreview.org/judging-third-party-funding. Acesso em: 31 de março de 2022.

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: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/Disserta%C3%A7%C3 %A3o.pdf?sequence=3. Acesso em: 27 de maio 2022.

ANDRADE, LUIS TOMAS ALVES DE. Third Party Funding in international arbitration and allocation of costs. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, São Paulo, v. 12, n. 47, 2015.

BEISNER, John; MILLER, Jessica; RUBIN, Gary. Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States, Washington D.C.: US Chamber Institute for Legal Reform, 2009.

The Third-Party Litigation Funding Law Review, 3. ed, dez, 2018. (Calunius Capital LLP) Disponível em: https://cdn.roschier.com/app/uploads/2019/12/16122450/third-party-litigation-funding-ed-2-book.pdf Acesso em: 31 de março de 2022.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, 22(86): 127-142, 2014

GONÇALVES, Alexandra M. O Third Party Funding na Arbitragem Comercial. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Tese de mestrado, 2018.

BOVO, Paula Ferreira. Financiamento de Litígios Judiciais por Terceiros ("Third Party Funding"): Uma Ótica Processual. Revista Eletrônica de Direito Processual. REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020.

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

VELCHIK, Michael K; ZHANG, Jeffery Y. Islands of litigation finance. Harvard Law School Discussion Paper, n. 71, julho, 2017.

SAHANI, Victoria Shannon. Judging Third-Party Funding. UCLA Law Review. 63: 388-448, 2016. https://www.uclalawreview.org/judging-third-party-funding/ Acesso em: 31 de março de 2022.

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: 25 de maio de 2022.

TENANI, Thais Helena Teixeira. Análise dos Possíveis Mecanismos de Tutela ao Financiador nas Operações de Litigation Financing. 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2021.

DE ARAUJO, Pedro Mourelle. A Figura do Terceiro Investidor em Arbitragem: Impactos Decorrentes da Presença de Third Party Funders nos Procedimentos Arbitrais. Universidade Federal do Rio de Janeiro Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas Faculdade Nacional de Direito.

6. .Cronograma de execução

	2022					2023												2024			
Atividade	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	Horas
Revisão do levantamento bibliográfico																					40
Leitura e aprofundamento bibliográfico																					40
Análise e interpretação dos dados coletados																					40
Qualificação dos elementos de pesquisa e verificação do enquadramento dos quesitos																					30
Redação																					100
Revisão do texto																					100
Reunião com orientador																					30
Ajustes e revisões finais																					20
Depósito																					0