

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Análise dos instrumentos de Litigation Finance e dos mecanismos de tutela ao financiador

Thais Helena Teixeira Tenani

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

Versão de 29.09.2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

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 disto, renunciam que a jurisdição estatal aprecie os futuros litígios oriundos da relação.

A discussão acerca dos custos da arbitragem consiste em elemento importante entre àqueles que pretendem utilizar-se do instituto, tendo em vista todas as despesas que decorrem de sua utilização não costumam ser baixas.¹ No entanto, entre o momento da celebração do contrato até a efetiva instauração de eventual procedimento arbitral, a situação financeira das partes pode ter se modificado de modo que possa existir uma ausência de recursos financeiros para suportar as custas arbitrais necessárias à instauração e condução da arbitragem.

Ainda, o decorrer do procedimento arbitral pode se tornar excessivamente oneroso para uma das partes. O art. 27 da Lei de Arbitragem, ao determinar que "*a sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem*", subdivide os dispêndios vinculados ao procedimento, em (i) custas arbitrais e (ii) outras despesas. As custas, por sua vez, caracterizam-se como as verbas instituídas pelas câmaras arbitrais em seus regimentos, as quais se referem à remuneração de seus trabalhos com a administração do procedimento e aos honorários dos árbitros.² O adiantamento das custas arbitrais é obrigatório e condiciona o próprio prosseguimento da arbitragem, sob pena da impossibilidade de apresentação dos pleitos.³ Além disso,

¹ Em regra geral, o custo da arbitragem é vinculado ao valor da causa. Nesse sentido, câmaras de arbitragem providenciam uma calculadora de custos, com base no valor da disputa. Veja-se calculadora da Câmara de Arbitragem Brasil Canada ("CCBC") <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>

² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 374

³ Por exemplo, Artigo 12.1 do Regulamento de Arbitragem CCBC: "*Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias de suspensão por falta de pagamento, sem que qualquer das partes efetue a provisão de fundos, o processo poderá ser extinto, sem*

é comum que na hipótese de não pagamento das custas pelo requerido, o requerente seja intimado a realizar o adiantamento integral das custas.⁴

As despesas incorridas na arbitragem, por outro lado, seriam os custos necessários para a realização dos atos processuais, tais como, a representação das partes por advogados e os custos durante a instrução probatória, por exemplo, com a contratação de assistentes técnicos, honorários de perito, despesas com a produção de documentos, traduções, viagens de testemunhas, dentre outras.

Quanto à fase de produção de documentos, as despesas com a arbitragem podem tomar dimensões elevadas, principalmente, no sistema de *full disclosure*, comum em arbitragens internacionais, o qual exige das partes a disponibilização da totalidade de documentos em sua posse à parte adversa. Tal sistema muitas vezes exige a contratação de empresas especializadas em discovery, bem como demanda um elevado número de horas trabalhadas para a análise e organização dos documentos

Diante deste cenário de elevados custos da arbitragem, difundiu-se o sistema de financiamento das arbitragens, sendo que o presente trabalho focará no *third party funding*, isto é, no financiamento de arbitragens por terceiros. Existem diversas formas do financiamento entre partes litigantes, há, por exemplo, o financiamento da arbitragem pelas parte contrária, quando a parte convocada à arbitragem não arca com a integralidade dos seus custos e, como resultado, a outra parte deve realizar o pagamento.

Além disso, há 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 administrativas de uma arbitragem. Para tanto, a parte deve comprovar que o seu faturamento é inferior a 200% da "Federal Poverty Guidelines", apresentando documentação que comprove a sua receita e os seus ativos. No que tange aos árbitros, uma vez concedido o benefício, a câmara indicará o árbitro que atuará gratuitamente.⁵

prejuízo do direito das partes de apresentarem requerimento para instituição de novo procedimento arbitral visando solução da controvérsia, desde que recolhidos os valores pendentes."

⁴ O regulamento da CCI, em seu Apêndice II, Artigo 1º (7) determina que: "*Uma parte que já tiver pago a totalidade da sua parcela da provisão global fixada pela Corte poderá, de acordo com o artigo 36(5) do Regulamento, quitar a parcela não paga da provisão devida pela outra parte inadimplente, prestando uma garantia bancária.*"

⁵ Informação obtida no site: <https://www.adr.org/sites/default/files/AAA%20Affidavit%20for%20Waiver%20of%20Fees%20Notice%20California%20Consumers.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

O *third party funding* foi originalmente difundido nos Estados Unidos e, rapidamente, se disseminou no Reino Unido, na Austrália e na Alemanha tornando-se, particularmente, utilizada no domínio de arbitragem tanto em disputas comerciais internacionais, como em conflitos envolvendo investimento estrangeiro⁶.

No Brasil, o tema tornou-se especialmente relevante nos últimos anos, pelas mesmas razões que o instituto se desenvolveu em outros países, isto é, as arbitragens são atividades que demandam recursos, conforme esclarecido acima. O tema, ainda, ganhou destaque com a crise econômica que o país enfrentou, popularizando o pedido de recuperação judicial entre as empresas.⁷ Assim, tal forma de financiamento surge para evitar a negação ao acesso à justiça por dificuldades econômicas, visto que as partes contratantes renunciaram à jurisdição estatal e podem ter dificuldades em ingressar ou manter uma demanda perante um tribunal arbitral.

À título de exemplificação, no cenário internacional, a Court de Cassation de Paris, no caso Pirelli,⁸ anulou decisão arbitral devido a conduta do tribunal que se recusou a ouvir os pedidos reconventionais da parte por esta não ter realizado o depósito prévio requerido pela CCI para pedidos reconventionais. Neste caso, a corte francesa entendeu que o tribunal arbitral violou princípio de acesso à justiça. Em outras situações, tais como, o caso Mil-Tek,⁹ a jurisdição francesa também entendeu pela não operabilidade de cláusula arbitral quando uma das partes não tem os recursos para financiar o processo.

No Brasil, particularmente, o Tribunal do Rio de Janeiro¹⁰ ao analisar a eficácia de cláusula compromissória em razão da denegação ao acesso à justiça decorrente dos elevados custos da arbitragem, entendeu pela aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, determinando que cabia ao tribunal arbitral a análise da questão. Assim, as partes, diante de uma arbitragem, passaram a recorrer a terceiros que teriam interesse em arcar com os custos da disputa em troca de uma parcela dos potenciais ganhos de uma sentença favorável ou de um possível acordo.

⁶ GORJÃO, Duarte Henrique. Third Party Funding ou o Financiamento de Litígios Por Terceiros Em Portugal. Third Party Funding in Portugal. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 51/2016 | p. 295 - 336 | Out - Dez / 2016 DTR\2016\24739.

⁷ Conforme notícia emitida pelo Estadão, em São Paulo cerca de 60% das empresas pleitearam o benefício da recuperação judicial. Informação disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/09/15/em-sp-quase-60-das-empresas-em-recuperacao-judicial-viram-zumbis.htm>. Acesso em 28 de Setembro de 2019.

⁸ Caso Pireli; Cour de Cassation de Paris; Março de 2013.

⁹ Caso Mil-tek Ile de France. Tribunal Commercial de Paris. 17 Mai 2011. Apud FONTMICHEL, Maximin. L' argent dans l' arbitrage.

¹⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Apelação de nº 0031996-20.2010.9.19.0209; Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível; Relator: Des. Alexandre Freitas; Data de Julgamento: jun. 2014

Esse quadro geral ensejou uma série de questões, que vem sendo discutidas nos últimos anos, entre elas (i) como regular a relação do financiador com o financiado (ii) se há conflito de interesse do árbitro com o terceiro financiador ou (iii) quais são os riscos éticos do financiamento de litígios¹¹. Porém, nota-se que o debate focou na perspectiva regulatória da questão e nos seus impactos processuais, havendo um vácuo quanto à análise do mercado que está se disseminando.

Assim, o presente trabalho pretende dar um diferente foco à questão, ao analisar os instrumentos que regulam o financiamento de litígios, com o objetivo de analisar os mecanismos de tutela para o financiador em duas diferentes perspectivas de análise, quais sejam (i) a análise de modelos contratuais brasileiros e (ii) a comparação com os modelos contratuais internacionais. Em segundo plano, o trabalho também pretende analisar o mercado de financiamento de litígios no Brasil, por exemplo, se seria interessante a criação de derivativos de risco vendidos a terceiro e em que medida isto seria vantajoso para os financiadores.

Sabe-se que nos Estados Unidos, 25% a 30% das controvérsias comerciais utilizam o financiamento de terceiros¹², sendo que duas companhias têm atraído especial atenção: a Juridica Capital Management e o Burford Capital Limited. Ambas as companhias possuem focos diferentes de litígios e as disputas a serem investidas tem sido indicadas por grandes escritórios de advocacias. Tipicamente, nessas duas companhias, os investimentos são no montante de USD 3 milhões a USD 10 milhões de dólares, sendo que o valor da disputa deve exceder o valor de USD 25 milhões¹³.

No Brasil, o Grupo Leste é a primeira instituição brasileira a disponibilizar *third party funding* em arbitragens, a partir da antecipação de recebíveis da sentença arbitral ou pela aquisição de direitos creditórios em disputas.¹⁴ Assim, existem os mais diferentes modelos de negócio de financiamento de litígio por terceiro, os quais se utilizam de diversos instrumentos e são praticados por diversos tipos de entidades. Por exemplo, pode-se celebrar o adiantamento de despesas sem a garantia de reembolso, ou a cessão de crédito decorrente de sentença ou acordo.

Nesses dois diferentes cenários, procura-se entender quais são os impactos para o financiador e quais outras questões o financiador deve ter em mente na elaboração do instrumento que financiará

¹¹ Por exemplo, a ética em adquirir o direito de alguém visando o lucro (em especial, quanto à casos de direito personalíssimos), ou se o financiamento de litígios seria um incentivo a "cultura do litígio".

¹² O autor 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. Third-Party Litigation Funding In The United States. Revista De Arbitragem e Mediação | Vol. 32/2012 | P. 175 - 187 | Jan - Mar / 2012 DTR\2012\2277

¹³ SCHANER, Lawrence. Third-Party Litigation Funding In The United States. Revista De Arbitragem e Mediação | Vol. 32/2012 | P. 175 - 187 | Jan - Mar / 2012 DTR\2012\2277

¹⁴ <http://www.leste.com/pt/leste-litigation-finance/>. Acesso em 22 de setembro de 2019

o litígio (i.e, questões de confidencialidade, conflito de interesses com o árbitro e advogado, nível de gerência do procedimento arbitral realizado pelo financiador e financiado).

A metodologia utilizada será o trabalho exploratório sobre práticas jurídicas, visando, em especial, a coleta de modelos contratuais de financiamento de litígio. A partir desta matriz contratual, o presente trabalho pretende analisar as principais questões e controvérsias atinentes ao financiamento de litígios pela perspectiva do financiador e, em primeiro lugar, compará-los aos arranjos internacionais para, em seguida, identificar, os maiores riscos jurídicos e melhores mecanismos de tutela para tanto. Além disso, como questão lateral o presente trabalho objetiva analisar o mercado de financiamento de litígios no Brasil.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Quesitos referentes à contextualização fática:

- Em quais contextos o financiamento de arbitragens se torna necessário? Quem faz uso dele e quem os procura?
- Quais são as principais vantagens e riscos, na perspectiva do financiador, para o financiamento de litígios?
- Como funciona o mercado de financiamento de litígios?

Principais fontes: Doutrina nacional, pesquisas nacionais do mercado e as pesquisas conduzidas nos Estados Unidos.

Quesitos referentes ao referencial teórico-normativo

- Quais são as normas legais e regulatórias para o financiamento litígios no Brasil?
- Como as câmaras de arbitragem tratam do financiamento de litígios em termos de conflito de interesses? Quais são os limites e os deveres impostos aos financiadores?
- Como as entidades de classe (IBA, AIA) regulam o financiamento de litígios? Quais são os limites e os deveres impostos aos financiadores?

Principais Fontes: legislação brasileira e regulação das câmaras arbitrais, IBA, AIA, doutrina nacional e decisões judiciais nacionais.

Quesitos referente à abordagem analítica

- São tomadas medidas contratuais para mitigar os riscos de perda pelo financiador? Quais? Há alguma obrigação do financiador neste sentido? Qual é o nível de (in)gerência em relação às estratégias de defesa que os financiadores exigem das partes?
- Como evitar o conflito de interesse dos árbitros com os advogados (que representam o financiado e o financiador)?
- Há alguma obrigação de revelação dos financiadores com os árbitros?
- Quais aspectos do litígio são analisados para a elaboração da estrutura do financiamento?
- Qual o melhor momento do litígio para realizar o financiamento? Como isto impacta a escolha do modelo contratual?
- Quais as implicações regulatórias na escolha dos instrumentos para o financiamento?

Principais fontes: doutrina estrangeira e nacional, legislação e regulação, documentos de acesso autorizado, entrevistas com advogados que participaram em financiamento de litígios, entrevista com financiadores, legislação estrangeira.

Conclusão propositiva

- Quais cautelas contratuais devem ser tomadas pelo financiador?
- Diante das normas legais e regulatórias em vigor, quais são as limitações na elaboração da estrutura contratual?
- Quais cautelas visando a proteção dos interesses do financiador devem ser tomadas?
- **Principais Fontes:** legislação, documentos com acesso autorizado e doutrina nacional.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O objetivo deste trabalho é oferecer os usuários da arbitragem e aos financiadores de litígios as ferramentas mínimas para a elaboração dos instrumentos de financiamento. Internacionalmente, o mercado de financiamento de litígios já está consolidado, e no Brasil nota-se um constante crescimento. Contudo, a área acadêmica não mapeou ainda esse crescimento no que tange, especificamente, aos financiadores (instrumentos contratuais e mecanismos de tutela). A análise acadêmica se restringiu às questões processuais do fenômeno, bem como à perspectiva do financiado, as estruturas de financiamento, o mercado de financiamento de litígios e, com isso, os interesses de

financiador ficaram em segundo plano. A partir disto, avaliado o mercado brasileiro e os impactos da prática, o trabalho pretende oferecer aos financiadores – além dos advogados que os auxiliam- os padrões mínimos que devem ser adotados para a proteção de seus interesses.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

No decorrer da minha graduação, tive a oportunidade de participar do *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, competição internacional de arbitragem sediada em Viena. A competição já adotou como tema central o third party funding, que me permitiu um primeiro contato acadêmico com a literatura do tema. Além disso, por atuar na área de arbitragem tive a oportunidade de acompanhar casos de financiamento de litígios e a elaboração dos instrumentos foram utilizados no escritório em que atuo.

5. Bibliografia preliminar

ABRAMS, David S. e CHEN, Daniel L. *A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding*. University of Pennsylvania Journal of Business Law. vol. 15. Philadelphia, E.U.A: University of Pennsylvania, 2012.

ANCEL, Marie-Elodie. *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-meme*. VERDERA TUELSS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández Rozas (eds). *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 4:3, Madrid: IproLex, 2011.

BREKOULAKIS, Stavros. *This Parties in Internacional Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. *Aspectos da Economia Institucional e a Arbitragem Comercial*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005.

DANNEMANN, Gerhard. *Access to Justice: an Anglo-German Comparison*. *European Public Law* (1996).

DEFFAINS, Bruno e DESRIEUX, Claudine. *Les Enjeux Economiques du Financement des Contentieux Par Des Tiers*. In: KESSEDJIAN, Catherine (dir.). *Le financement de contentieux par un tiers/ Third Party Funding*. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012

HENRIQUES GORJÃO, Duarte. "*Third Party Funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal*". Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 51/2016. página: 295-336.

KESSEDJIAN, Catherine. Le financement de contentieux par un tiers/ Third Party Funding. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012, p. 11

SCHANER, Lawrence S. "*Third Party Litigation Funding in the United States.*". Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 32/2012. Página 175-187.

NIEUWVELD, L. B.; SHANNON, V. *Third party funding in international arbitration*, 1 ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, 256p.

LEMES, S. M. F. *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade. Abordagem no Direito Internacional, Nacional e Comparado. Jurisprudência*, 1 ed. São Paulo: LTr , 2001, 239 p.

DAELE, K. *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*. 1 ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

STEINITZ, M. *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*. Minn. L. Rev. 1275-1276.

SHAW, Gary J. *Third Party Funding in Investment Arbitration: How non-disclosure can cause harm for the sake of profit*. In: Arbitration International, Vol. 33, Issue 1. 2017. pp. 109-120.

BAUMANN, Antje; SINGH, Michael M. "*New Forms of Third-Party Funding in International Arbitration: Investing in Case Portfolios and Financing Law Firms*" In: Indian Journal of Arbitration Law, Vol. 7, Issue 2 (2019), pp. 29-44

SAHANI, Victoria Shannon. "*Reshaping Third- Party Funding*". In: Tulane Law Review, Vol. 91, Issue 3 (February 2017), pp. 405-472

MULHERON, Rachael. "*England's Unique Approach to the Self-Regulation of Third Party Funding: A critical analysis of recent developments*" In: Cambridge Law Journal, Vol. 73, Issue 3 (November 2014), pp. 570-597

AHN, Keon-Hyung; KIM, Sung-Ryong; Joe, In-Ho. "*Mayor Legal Issues with Third Party Funding in International Investment Arbitration.*" In: Journal of Arbitration Studies, Vol. 23, Issue 2 (2013), pp. 55-80

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecilia. "*A Reforma da Legislação Brasileira*". Rev. Bras. Arb. 224 (2018) / Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. 15, Issue 59 (July-September 2018), pp. 224-235

